

**Andrea Lisette Guadalupe Oviedo**

**INCLUSIÓN DE CONTRATOS MODERNOS EN LA  
LEGISLACIÓN COMERCIAL ECUATORIANA.**

Plan de Trabajo de Conclusión de Curso (TCC) presentando como requisito parcial para la obtención del grado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia con especialización mayor en Derecho Empresarial y menor Internacional.

**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO**

Quito, 2015

GUADALUPE, Andrea, L., Inclusión de los Contratos Modernos en la Legislación Ecuatoriana. Quito: UPACÍFICO, 2015, 115p. Ab. Mario Godoy (Trabajo de Conclusión de Carrera – T.C.C. presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales de la Universidad Del Pacífico).

Resumen: En el tracto jurídico ecuatoriano en los últimos veinte años debido al gran desarrollo económico comercial que trae aparejado el establecimiento de nuevas empresas que por su naturaleza se conjugan en negocios jurídicos, nos encaminan a enfrentarnos a nuevos retos mercantiles esto debido a la dificultad jurídica que conlleva que los contratos modernos que se ejecutan no están contemplados en el ordenamiento jurídico comercial, y esto no solo en el ejercicio mercantil dentro de nuestras fronteras sino a escala internacional; aquí radica la importancia de que los contratos que mencionamos previamente sean incluidos en la ley ecuatoriana y de esta manera ser competitivos mercantilmente frente a las leyes que mundialmente se manejan. La normativa resulta escasa, sabemos que nuestra ley fundamental cuando hablamos de temas mercantiles es el Código de Comercio, que por su antigüedad adolece de vacíos que el tracto jurídico amerita considerar y sobre todo incluir contratos tales como Distribución, Know How, Shopping Center, Joint Venture, Franquicia y Factoring, deben estar contemplados en nuestra Legislación.

Palabras claves: Contratos Civiles, Contratos Mercantiles. Distribución, Know How, Joint Venture, Shopping Center, Franquicia, Factoring.

Ampliar (Ctrl+0)

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Andrea Lisette Guadalupe Oviedo declaro ser la autora exclusiva del presente trabajo de conclusión de carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autora a la Universidad del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo del trabajo de conclusión de carrera de título "Inclusión de los Contratos Modernos en la Legislación Comercial Ecuatoriana".



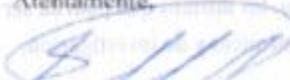
Andrea Lisette Guadalupe Oviedo

## CERTIFICACIÓN

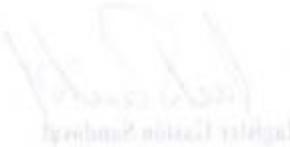
DOCUMENTO DE CONFIABILIDAD

Yo, Doctor Mario Godoy, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad del Pacífico, como Director del presente trabajo de conclusión de carrera, certifico que la Señorita Andrea Lisette Guadalupe Oviedo, egresada de esta institución, es autor exclusiva del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.

Atentamente,



Mario Godoy, Doctor



Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad del Pacífico

Quito, 20 de Julio del 2018.  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
HONORABLE LA TITULARIA  
COMPROBANTE N.º 1777777777  
Andrea Lisette Guadalupe Oviedo  
Dr. Mario Godoy  
Dr. Mario Godoy

Fecha:  
Título de Tesis:  
Autor:  
Tutor:  
Instituto del Expositor:

CERTIFICACIÓN

## DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

Al presentar este Trabajo de Conclusión de Carrera uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Jurisprudencia de la Universidad Del Pacifico, hago entrega del documento en ciernes, a la Biblioteca de la Universidad para que haga de este trabajo investigativo un documento disponible para su lectura.

La estudiante ha certificado estar de acuerdo en que se realice cualquier consulta de este Trabajo de Conclusión de Carrera dentro de las Regulaciones de la Universidad según como lo dictamina la L.O.E.S. 2010 en su Art. 144.

Conforme a lo expresado, adjunto a la presente, se servirá encontrar cuatro copias digitales de este Trabajo de Conclusión de Carrera para que ingresen a custodia de la Universidad Del Pacifico, los mismos que podrán ser utilizados para fines académicos y de investigación.

Para constancia de esta declaración, suscribe



Magister Gastón Sandoval

Vicedecano de la Facultad de Negocios y Economía

Universidad Del Pacifico

Fecha:	Quito, 20 de Julio del 2015.
Título de Tesis:	"INCLUSIÓN DE CONTRATOS MODERNOS EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL ECUATORIANA".
Autora:	Andrea Lisette Guadalupe Oviedo
Tutor:	Dr. Mario Godoy Naranjo.
Miembros del Tribunal:	Dra. Mery Flores Samaniego Dr. Iván Merchán Aguirre
Fecha de Sustentación:	14 de Mayo del 2015.

## Contenido

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPITULO PRIMERO .....	5
1. EL CONTRATO CIVIL Y MERCANTIL.....	5
1.1 El contrato civil.....	5
1.2 Clasificación de los contratos .....	8
1.3 El contrato mercantil.....	11
1.4 Mercantilidad subjetiva .....	12
1.5 Clasificación de los contratos mercantiles:.....	13
1.6 Comerciantes .....	13
CAPITULO SEGUNDO .....	14
2.- LOS CONTRATOS MODERNOS .....	14
2.1 Generalidades de los contratos modernos .....	16
2.2 Teorías doctrinarias referentes a los contratos innominados. ....	17
2.3 Contratos mercantiles en la legislación comercial española .....	19
2.4 Contratos mercantiles en la legislación mexicana .....	20
2.5 Contratos mercantiles en la legislación comercial uruguaya. ....	21
2.6 Clasificación de los contratos modernos .....	23
Contrato de shopping center.....	23
2.7 La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales .....	27
2.8 Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales .....	29
CAPITULO TERCERO .....	31
3.- CONTRATO DE FACTORING .....	31
3.1 Antecedentes.....	31
3.2 Definición de factoring .....	33
3.3 Naturaleza Jurídica .....	36
3.4 Clases de Factoring .....	38
Factoring según la financiación .....	38
-Factoring a la vista .....	38
-Factoring al Vencimiento.....	39
Factoring de acuerdo al lugar en donde se ejecute el contrato .....	39
-Factoring internacional:.....	40
3.6 Derechos y obligaciones de las partes .....	41
3.7 Extinción del contrato.....	43

CAPITULO CUARTO .....	45
4.- CONTRATO DE JOINT VENTURE .....	45
4.1 Antecedentes .....	45
4.2 Del contrato .....	46
4.3 Naturaleza Jurídica .....	48
4.4 Clases de Joint Venture .....	49
4.5 Derechos y obligaciones de las partes: (CHAVEZ, 2012) .....	52
4.6 Terminación del contrato .....	54
CAPITULO QUINTO .....	55
5.- CONTRATO DE FRANQUICIA .....	55
5.1 Antecedentes .....	55
5.2 Del contrato .....	56
5.3 Naturaleza Jurídica .....	58
5.4 Partes que intervienen en el contrato de franquicia .....	60
5.5 Derechos y obligaciones de las partes .....	61
CAPITULO SEXTO .....	63
6.- CONTRATO DE DISTRIBUCION .....	63
6.1 Del Contrato .....	63
6.1 Naturaleza Jurídica .....	65
6.2 Clausulas frecuentes (NARANJO, 2006) .....	67
6.3 Características Principales: (FARINA, 2005) .....	67
6.4 Modalidades del contrato de distribución .....	68
6.5 Partes del contrato .....	69
6.6 Derechos y obligaciones de las Partes .....	70
6.7 De la Terminación del Contrato .....	72
CAPITULO SEPTIMO .....	73
7.- CONTRATO KNOW HOW .....	73
7.1 Del Contrato .....	73
7.2 Objeto del Contrato .....	76
7.3 Elementos del Contrato de Know How .....	77
7.4 Partes .....	78
7.5 Naturaleza Jurídica .....	81
7.6 Clases de know how (CHAVEZ, 2012) .....	83
7.7 Terminación del Contrato .....	83

CAPITULO OCTAVO .....	84
8.- CONTRATO DE SHOPPING CENTER.....	84
8.1 Antecedentes.....	84
8.2 Del contrato .....	85
8.3 Partes que intervienen en el contrato .....	86
8.4 Derechos y Obligaciones de las partes .....	87
8.5 Naturaleza Jurídica .....	88
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIÓN .....	94
PROYECTO DE INCLUSIÓN DE CONTRATOS INNOMINADOS (MODERNOS) EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL ECUATORIANA .....	95
BIBLIOGRAFIA Y TRABAJOS CITADOS.....	119

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo histórico del Derecho Mercantil en el Ecuador tiene sus orígenes a partir del 4 de noviembre de 1831, fecha en la que el Congreso Nacional autoriza poner en vigencia en el país el Código de Comercio Español de fecha 30 de mayo de 1829; en 1873 se presenta el proyecto de Ley, mismo que paso por la revisión de los presidentes Antonio Borrero e Ignacio de Veintimilla aprobándose y entrando en vigencia a partir del primero de mayo de 1882. Posteriormente durante la presidencia de Eloy Alfaro en el año 1906 se crea un nuevo Código Comercio, sin embargo tras 50 años aproximadamente de múltiples reformas se termina conformando una Comisión Legislativa que integra sistemáticamente el “Código de Alfaro”, con las necesidades comerciales que al año 1960 se necesitaban integrar en una nueva Ley Comercial. <sup>1</sup>(Fuente: Bolsa de valores de Quito, 2014). En efecto desde 1960 nuestra Ley no ha evidenciado avance alguno en lo que ha legislación comercial respecta, el retroceso que representa la falta de innovación y el desajuste a los requerimientos legales y contractuales de los Códigos de Comercio que rigen a nivel mundial frena el desarrollo del Ecuador en su entorno Mercantil.

La necesidad de encontrar un régimen legal que pueda favorecer el manejo de instrumentos comerciales resulta indispensable para la vida del Derecho Mercantil en el país, la legislación debe actualizarse para estar acorde a las garantías que demandan los negocios

---

<sup>1</sup>ANTECEDENTES HISTORICOS CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO.  
<http://www.bolsadequito.info/inicio/quienes-somos/antecedentes-historicos/>. VISTO 17/11/2014.

jurídicos que a diario se realizan, esta investigación tiene como eje fundamental los contratos mercantiles de mayor auge en nuestro país y a nivel del comercio mundial, por tanto haremos énfasis en aquellos más utilizados, tales como:

1.- DISTRIBUCIÓN

2.- FACTORING

3.- FRANQUICIA

4.- JOINT VENTURE

5.- KNOW HOW

6.- SHOPPING CENTER

En el tracto jurídico ecuatoriano en los últimos veinte años debido al gran desarrollo económico comercial que trae aparejado el establecimiento de nuevas empresas que por su naturaleza se conjugan en negocios jurídicos, nos encaminan a enfrentarnos a nuevos retos mercantiles esto debido a la dificultad jurídica que conlleva que los contratos modernos que se ejecutan no están contemplados en el ordenamiento jurídico comercial, y esto no solo en el ejercicio mercantil dentro de nuestras fronteras sino a escala internacional; aquí radica la importancia de que los contratos que mencionamos previamente sean incluidos en la ley ecuatoriana y de esta manera ser competitivos mercantilmente frente a las leyes que mundialmente se manejan.

La normativa resulta escasa, sabemos que nuestra ley fundamental cuando hablamos de temas mercantiles es el Código de Comercio, que por su antigüedad adolece de vacíos que el tracto jurídico amerita considerar; principalmente si de contratos hablamos, aquellos que nuestra ley no contempla, los hemos denominado: “innominados”, los mismos que se han

venido manejando por reglamentaciones internacionales y por la gran supletoria del silencio de la ley: “la costumbre”, en materia contractual el Código Civil nos da las nociones básicas en relación a los fundamentos de los contratos sin embargo en ninguna ley podemos encontrar por ejemplo una definición de contrato mercantil, ni cuál es su tratamiento, a diferencia del Código de Comercio Español, en donde se encuentra literalmente reglamentado, por citar un breve ejemplo. Para el Monseñor Juan Larrea Holguín “*en el Derecho Comercial y en el Laboral tiene mayor aplicación la Costumbre*”<sup>2</sup> (HOLGUIN, 2013), es por tanto que los contratos modernos, se manejan de esta manera por su naturaleza innominada.

“La contratación moderna tiene los requisitos de forma e interpretación de los contratos tradicionales, pero se efectúa en forma estandarizada; es más ágil en su formación por no resultar de negociaciones individuales paritarias entre los intervinientes, sino de la determinación de las bases y cláusulas de contratación que expresan la voluntad normativa de una de las partes, derivada de la autonomía privada en lo referente a la libertad contractual expresada en las repetidas conductas individuales que le van otorgando personalidad propia y homogeneidad”<sup>3</sup>(SCRIBD, 2010). Precisamente de acuerdo a estas “repetidas conductas individuales” es en donde se configura la costumbre mercantil de la cual partimos cuando nos enfrentamos a la ejecución de alguno de los contratos innominados, consolidando por tanto el vínculo de realización del negocio jurídico que

---

<sup>2</sup>CONCEPTOS, PRINCIPIOS Y FUENTES DEL DERECHO.

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=517&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=517&Itemid=27)  
VISTO 15/04/2015.

<sup>3</sup> CONSIDERACIONES POR LAS QUE LOS CONTRATOS MODERNOS DEBERIAN TENER LEGISLACION PROPIA EN PERU. <http://es.scribd.com/doc/35567491/contratos-modernos-tesis> VISTO 13/07/2014

tenemos por objeto; lógicamente resulta más ágil por no estar reglado, puesto que las condiciones son básicamente las que se ejecutan en su común uso.

El requisito esencial cuando hablamos de un contrato mercantil se basa en las negociaciones que se realizan ya sea entre comerciantes o entre un consumidor y un comerciante que prestara un determinado servicio, sin duda cada día las necesidades de consumo se dirigen a diferentes aéreas comerciales, es decir concurrentemente el mercado de bienes y servicios se expande, para lo cual necesitamos garantías jurídicas; que nuestra legislación nos brinde la seguridad necesaria para contratar y no quedar en indefensión por citar una de las consecuencias a las que nos vemos enfrentados. Al respecto por ejemplo encontramos a la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, emitido en los años noventa en la ciudad de México y que nos brinda el enfoque del Derecho Internacional Privado en lo que a contratos respecta explícitamente a la contratación mercantil.

Al respecto el Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco nos menciona: “El impulso de los procesos de globalización, el progresivo énfasis que a ellos se otorga y su generalización, así como el incremento de transacciones internacionales han determinado una importancia mayor para ciertos contratos que anteriormente no resultaban usuales como al presente” (GUZMAN CARRASCO, 2005)<sup>4</sup>. Estos contratos más que simplificar la actividad comercial, pretenden un eficiente tratamiento a temas específicos; pero el que nuestra legislación se actualice no solamente beneficiaría al desarrollo económico del Ecuador, sino

---

<sup>4</sup> GUZMÁN, Marco Antonio. Contratación Mercantil y Bancaria Especializada. Contratos Mercantiles más usuales. Pg.54.

que de manera amplia crezca nuestra competitividad comercial coadyuvando a la inversión extranjera. La pretensión del presente proyecto es clara y concisa, conoceremos la importancia de cada uno de los contratos que enumeramos previamente, incluyendo un “modelo de inclusión legal” a nuestro Código de Comercio.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **1. EL CONTRATO CIVIL Y MERCANTIL**

#### **1.1 El contrato civil**

Para empezar nuestra investigación sobre los contratos innominados en materia mercantil, debemos tener de una manera clara y certera la conceptualización de la palabra “contrato”; al respecto la doctrina en general nos menciona que CONTRATO “es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y constituye una especie particular de convención; cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”, (CABANELLAS, 2006)<sup>5</sup>. El surgimiento de una relación jurídica tiene como parte fundamental la convención a la que se ha llegado entre las partes intervinientes; las obligaciones que de esta fusión de voluntades surja emitirá una pequeña sociedad en el momento en que dos o más partes convergen sus intereses en virtud de alguna cosa que se pueda transferir. En efecto la declaración de voluntad de las partes, configurara la relación jurídica que entre estas nazca y por tanto una obligación determinada de dar o hacer.

Al respecto EL Código Civil Ecuatoriano afirma “Contrato o convención es un acto por el cual una de las partes se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer, alguna cosa; cada

---

<sup>5</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Juridico Elemental. Definición Contrato. Pg.91.

parte puede ser una o muchas personas.” La ley sitúa como sinónimo la palabra contrato o convención, refiriéndose a tales conceptos como la obligación recíproca de una parte con otra, de aquí nacen situaciones a las que encasillamos como obligaciones de dar es decir de entregar o realizar la tradición de la cosa objeto del contrato. De la misma manera tenemos obligaciones de hacer, un claro ejemplo es en cuanto a la contratación para la realización de un servicio determinado en el cual una parte se compromete para con otra a prestar un servicio mientras que la otra parte se ve obligada a pagar por la realización del mismo. En cuanto a las obligaciones de no hacer podemos expresarlas en un contrato con reserva de dominio por ejemplo, en donde el deudor no puede enajenar la cosa hasta el momento en que no pague la totalidad del bien, de lo contrario se verá obligado al pago de daños y perjuicios.

La teoría de los contratos nos presenta los elementos comunes a ellos los cuales son: la Capacidad, partiendo del principio general de que toda persona es capaz excepto las que la ley declare incapaces, nuestra legislación al respecto menciona que las personas que deseen celebrar un contrato deben ser mayores de dieciocho años, sin embargo habrá quienes se encasillen por ejemplo en incapacidades absolutas como las de los dementes o sordomudos y las relativas como las de los interdictos y mayores adultos, a estas últimas las llamamos relativas porque la condición de las persona pueden producir efectos jurídicos para que dicha incapacidad pueda ser superada, situación que no sucede con la incapacidad absoluta. El segundo elemento contractual es el Consentimiento, de acuerdo a nuestra definición de contrato necesitamos que exista un acuerdo de voluntades y que el mismo no adolezca de vicios, es decir que el Error, la Fuerza y el Dolo, no hayan jugado un papel determinante para la celebración del acuerdo. El tercer y cuarto elemento radican en que el Objeto y la

Causa Contractual sean licitas, es decir, que de ninguna forma contravengan al Derecho Público Ecuatoriano.

Cabe resaltar que el Contrato como tal es ley para las partes, en consecuencia, jurídicamente hablando cualquier tipo de incumplimiento acarrea la terminación del mismo, para la rescisión de un contrato contaremos con las siguientes formas de extinguir las obligaciones:

- 1.- Por la convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.
- 2.- Por la solución o pago efectivo.
- 3.- Por la novación.
- 4.- Por la transacción.
- 5.- Por la remisión.
- 6.- Por la compensación.
- 7.- Por la confusión
- 8.- Por la pérdida de la cosa que se debe.
- 9.- Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- 10.- Por el evento de la condición resolutoria
- 11.- Por la prescripción.

Podemos concluir por lo tanto que las obligaciones pueden extinguirse en su totalidad o en parte, cada uno de estos modos de extinguir las obligaciones nos señala el camino a seguir cuando se ha cumplido una condición determinada, no nos detendremos a examinarlos, debido a que nuestro principal objetivo es precisamente el nacimiento de las obligaciones.

## **1.2 Clasificación de los contratos**

Para el efecto es necesario saber que los contratos se clasifican de la siguiente manera de acuerdo al código Civil:

### **1.- Por las partes que se obligan:**

**1.1.- Contratos unilaterales.-** Una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna.

**1.2.- Contratos bilaterales.-** Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

### **2.-Por la utilidad que reporta a los contratantes:**

**2.1.- Contratos gratuitos.-** Cuando tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo el otro gravamen.

**2.2.- Contrato oneroso.-** Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

### **3.-Por la equivalencia de la prestación:**

**3.1.- Contratos conmutativos.-** 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.

**3.2.- Contratos aleatorios.-** Si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

#### **4.- Por su subsistencia:**

**4.1.- Contratos principales.-** Tienen vida propia, no necesitan de otra para poder existir. La generalidad de los contratos es principal.

**4.2.- Contratos accesorios.-** Supone necesariamente la existencia de una Obligación Principal, sin la cual no puede subsistir porque su objeto es asegurar el cumplimiento de ella.

#### **5.- Por su perfeccionamiento:**

**5.1.- Contratos consensuales.-** Son aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes en cualquier forma que se expresen, aunque sea verbalmente.

**5.2.- Contratos reales.-** Es real cuando es necesaria la tradición de la cosa a la que se refiere.

**5.3.- Contrato solemne.-** Cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellos no surte ningún efecto civil.

## **6.- Por su denominación y Reglamentación por la Ley:**

**6.1.- Contratos nominados.-** Son aquellos que están expuestos en una norma de forma expresa, la ley les da un nombre y así constan en la legislación. Tradicionalmente constan en la legislación. Tienen nombre.

**6.2.- Contratos innominados.-** Son aquellos que por ser de reciente data, no se encuentran señalados en la legislación, es decir que aún no están normados. Los contratos mercantiles modernos en su mayoría se encasillan en esta clase de contratos; entre los cuales tenemos contratos como: JOINT VENTURE, KNOW HOW, SPONSORIZACION, etc. Son contratos que aun siendo utilizados, en el tracto jurisdiccional no encuentran justificación legal o reglamentaria en nuestra legislación es decir se encuentran innominados, se usa o técnicamente no existen en la legislación mercantil nacional

## **7.-Por el Acuerdo de las Partes:**

**7.1.- Contratos de libre discusión.-** Aquellos que las partes pueden libremente discutir sus cláusulas para llegar a un acuerdo que beneficie a los partes recíprocamente.

**7.2.- Contratos de adhesión.-** Una de las partes impone sus condiciones que la otra parte no puede impugnar y que sin la aceptación de dichas clausulas no habría contrato.

## **8.- Por el consentimiento de todos o algunos:**

**8.1.- Contratos individuales.-** Son aquellos como su nombre lo indica, en el que las partes son uno solo.

**8.2.- Contratos colectivo.-** Es celebrado teniendo a varias personas como una parte.

### **9.- Por su ejecución:**

**9.1.- Contratos instantáneos.-** Se cumplen en el mismo momento en que son celebrados, es decir se llevan a cabo en un solo acto.

**9.2.- Contratos de tracto sucesivos.-** Aquel que su cumplimiento se realiza en un periodo de tiempo determinado.

## **1.3 El contrato mercantil**

El Contrato Mercantil como tal no tiene una definición en nuestra legislación, sin embargo para el efecto nuestro Código de Comercio, en su artículo primero indica que: “rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”, podríamos por tanto decir que la Contratación Mercantil regula a las personas que hacen del comercio su actividad habitual, dándoles la calidad de comerciantes. Sin embargo para entender en esencia lo que es un Contrato necesariamente debemos recurrir al Código Civil para entender limitadamente el tema a tratar.

En nuestra investigación de Contratos Innominados la principal fuente es la Costumbre, precisamente por los vacíos legales a los que nos enfrentamos (CHAVEZ, 2012)<sup>6</sup> el mismo Código de Comercio en su artículo 4 al respecto nos menciona: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la Republica, o en una determinada

---

<sup>6</sup> APUNTES DE CLASE “CONTRATACION MERCANTIL”. DR. Fausto Chávez. 2012.

localidad, y reiterados por más de diez años”, ya que los contratos innominados que desarrollaremos en los siguientes capítulos, como su nombre lo indica no están signados en nuestra legislación, se han manejado por las costumbre y por las generalidades referentes a todos los contratos, que previamente hemos analizado, de igual manera nuestro Código de Comercio aduce que en los casos que no se encuentren resueltos por este cuerpo legal, se aplicaran las disposiciones del Código Civil.

A pesar de los vacíos en la legislación, intentaremos exponer una definición de Contrato Mercantil como: Aquel acuerdo en donde tenemos el concurso real de dos o más voluntades que se comprometen a ejecutar obligaciones de dar o hacer, es esencial en este tipo de contratos que una de las partes tenga la calidad de comerciante, es decir que haga del comercio su actividad habitual. El elemento final en este tipo de contratos es el lucro y por tanto la obtención de ganancia por este negocio jurídico.

#### **1.4 Mercantilidad subjetiva**

Es importante hacer referencia al artículo 140 de nuestro Código de Comercio en el que encontramos a la “Mercantilidad Subjetiva”, al respecto tenemos: “El contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado”. Posteriormente veremos a profundidad en qué consiste la calidad de “comerciante matriculado”, de manera breve podríamos decir que la celebración de un contrato con una persona que previamente ha obtenido su matrícula de comercio, legalmente inscrita en el Registro Mercantil de su cantón, nos daría el espacio para hablar de un contrato mercantil, rigiéndonos al Código de Comercio, así como si el comerciante no está legalmente matriculado el contrato lógicamente perderá su calidad de “mercantil”. Aquí encontramos la primera gran

diferencia entre un contrato mercantil y civil, la calidad de comerciante es la disyuntiva que en esencia marca nuestro camino contractual.

### **1.5 Clasificación de los contratos mercantiles<sup>7</sup>:**

- 1.- Según su objeto, puede abarcar todas las actividades permitidas por la ley.
- 2.- Por su volumen pueden dedicarse al comercio por mayor y menor.
- 3.- Según su naturaleza jurídica (Compra venta, comisión, transporte, seguros, etc.)
- 4.- Según el lugar donde se realiza el comercio puede ser interno o internacional.
- 5.- Según el medio de transporte utilizado, el comercio es terrestre, marítimo, fluvial, aéreo.

### **1.6 Comerciantes**

El código de comercio en su artículo 7 nos muestra ciertas especificaciones acerca de los comerciantes: “tienen capacidad para ejercer el comercio todas las personas que tienen capacidad para contratar”, sin embargo la ley impone limitaciones marcadas como “incapacidades especiales”, entre las cuales no pueden considerarse como tales a:

- 1.- Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y clérigos.
- 2.- Los funcionarios públicos, a quienes está prohibido ejercer el comercio.
- 3.- Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Por lo tanto para la realización de un negocio jurídico específicamente la celebración de un contrato mercantil no debemos incurrir en alguno de estos tres puntos acerca de las incapacidades especiales, al tenor de la ley tenemos por tanto dos exigencias básicas, tener

---

<sup>7</sup> Apuntes de clase “Contratación Mercantil”, Clasificación del Comercio, DR. FAUSTO CHAVEZ.

capacidad para contratar es decir tener dieciocho años y ser un comerciante debidamente matriculado; a partir de estos detalles se podría ejercer cualquier tipo de actividad comercial cuando hablásemos de contratos ya que de manera más simple los actos de comercio que realizamos a diario en nuestra vida cotidiana, no nos obligan mayor solemnidad. En síntesis esta capacidad resultaría determinante para encajar en la figura de comerciante legalmente matriculado, este trámite básicamente consiste en que cualquier persona que desee ejercer el comercio con un capital determinado, debe inscribir su matrícula de comercio en el Registro Mercantil correspondiente a su cantón, cabe recalcar que un “comerciante” adoptara otro tipo de responsabilidades además de obtener su acreditación por ejemplo el llevar contabilidad de su negocio o el pago de impuestos al fisco

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **2.- LOS CONTRATOS MODERNOS**

“Los contratos innominados surgen en el derecho romano, producto de la necesidad de regular y dar respuesta a situaciones nuevas “negotia nova” que la dinámica social fue generando y que no correspondían al principio de la tipicidad contractual. Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución, la prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa fiducia cum creditore. Es decir, se trató de un esfuerzo de los juristas romanos, desarrollado

a través del otorgamiento de acciones procesales, ante la inexistencia de una regulación jurídica específica propia de los contratos nominados”. (QUINTANA, 2002)<sup>8</sup>

Con esta concepción histórica podemos continuar nuestro análisis situándonos en la actualidad, al respecto diremos que nuestros contratos innominados tienen esta cualidad ya que no existe en nuestro derecho una regulación particular, esto sucede debido a que el mundo de los negocios a diario nos enfrenta a un sinnúmero de opciones en donde los contratantes, basándose en un Principio de Autonomía y de acuerdo al derecho moderno pueden establecer sus propias condiciones y cláusulas; sin dejar de lado que resulta aplicable que utilicemos las reglas comunes a todos los contratos.

Como hablamos en nuestro primer capítulo, ante el vacío legal al que nos enfrentamos y antes de entrar al mundo de los contratos modernos, lo primero que debemos hacer es empezar por tener clara nuestra definición de contrato mercantil, al cual lo expusimos de la siguiente manera: Contrato Mercantil es aquel acuerdo plasmado en cláusulas y condiciones, en donde el concurso cierto de dos o más voluntades se comprometen a ejecutar obligaciones de dar o hacer para un determinado negocio jurídico. Es esencial en este tipo de contratos que una de las partes tenga la calidad de comerciante, es decir que haga del comercio su actividad habitual y que el fin sea el lucro, por tanto la obtención de ganancia por su ejecución.

Una vez que nuestro Contrato Mercantil está definido, es importante que la ley deje la menor cantidad de vacíos, que incluso las costumbres mercantiles no sean el único

---

<sup>8</sup> QUINTANA, E. A. (2002). CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL. *REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS ATIPICOS EN UN ORDEN JURIDICO NACIONAL*. MEXICO.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/17.pdf>. VISTO 04/Noviembre/2014; 16h00

referente; precisamente porque no existe un tratamiento específico a ciertos rasgos contractuales es que nos enfrentamos a los contratos innominados, que tienen tanta importancia debido a las oportunidades comerciales que surgen a diario.

Sobre este tema la Dra. María Rosario Naranjo Heredia nos menciona: “Las figuras contractuales comerciales clásicas, dirigidas principalmente hacia las negociaciones individuales entre comerciantes y consumidores, han resultado insuficientes frente a las exigencias de la actividad económica actual, caracterizada por una demanda masiva. Se impone entonces la necesidad de incorporar contratos ágiles y uniformes”. (NARANJO, 2006)<sup>9</sup>

Resulta por tanto ineficiente que solamente se pretenda dar uso a los contratos habituales, comunes y nominados (reglados) en nuestra legislación comercial y a las costumbres mercantiles respecto a la actividad comercial que en el país se maneja. La globalización nos exige ser competitivos, eficientes, pero más allá de los temas económicos; como entendidos de Derecho nuestro objetivo debe estar dirigido a que la ley regule de manera particular a las actividades contractuales novedosas en un mundo en donde imperan los negocios.

## **2.1 Generalidades de los contratos modernos**

1.- Catalogamos a los contratos modernos como innominados, ya que las leyes ecuatorianas, principalmente el código de comercio no los regula.

2.- Los contratos innominados se han realizado de manera escrita, en donde encontramos que de manera frecuente se utilizan formatos estandarizados para celebrarlos, también encontraremos que se los pueden celebrar no precisamente de esta manera, ya que algunos

---

<sup>9</sup> NARANJO, María de Rosario. DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO-6ª-2006. Página 145.

de estos negocios jurídicos se difunden a través de “clausulas predisuestas por anuncios, carteles y prospectos”

3.- Los contratos mercantiles se encuentran en una escala de prestación de bienes y servicios por lo tanto su promoción y comercialización, se la realizara por ejemplo de acuerdo a la compra o venta en centros comerciales. Para el efecto será necesario hablar del contrato de “shopping center”, ya que es el principal estándar de comercialización en un lugar determinado. Este tipo de comercialización se denomina directa.

4.- La comercialización indirecta se basa en que tenemos algunos contratos mercantiles, en donde intervienen comerciantes y que se vinculan con una empresa productora ayudando a que un tercero adquiera un bien o servicio determinado pero a través del comerciante. Probablemente el más claro ejemplo sea el Contrato de Distribución.

5.- Una de las principales características de estos contratos es que no siempre se celebran entre partes que se encuentran domiciliadas en un mismo país, lo más frecuente es que una de las partes intervinientes se encuentra establecida en el extranjero principalmente en un país desarrollado; sin duda los contratos mercantiles expanden nuestro mundo jurídico no solo a la transferencia de bienes y servicios en un sentido únicamente comercial; en ocasiones también se expandirán a temas de conocimientos tecnológicos como en el caso del contrato de “know how”.

## **2.2 Teorías doctrinarias referentes a los contratos innominados.**

### **1. Teoría de absorción.**

Establece que en los contratos mixtos habrá siempre un elemento prevalente que absorbe los elementos secundarios; esta circunstancia permitiría regular el contrato con las normas

del contrato nominado correspondiente, el que estaría dotado de una fuerza de expansión respecto de las figuras contractuales que estén provistas de una función económica análoga. (MESSINEO, 1952)<sup>10</sup>. Esta teoría por tanto supone que existen factores que prevalecen y que corresponden a un contrato que si se encuentra reglado, es decir que al contrato innominado le serán aplicadas las cláusulas y prestaciones del contrato que si tiene la característica de nominado.

## **2. Teoría de la combinación.**

Esta teoría postula la existencia de una estrecha relación entre los elementos del contrato singular (nominado) y las normas mediante las cuales éste se encuentra disciplinado por la ley. (MESSINEO, 1952)<sup>11</sup>. Para la aplicación de esta teoría es necesario descomponer el contrato de acuerdo a los elementos típicos que el mismo contenga, de esta manera a cada porción le será aplicada las normas que más se ajuste al tipo legal de acuerdo al que se trate.

## **3. Teoría de la aplicación analógica.**

Un tercer criterio para establecer el régimen legal de los contratos innominados menos ambicioso pero más serio, al decir de Messineo es el de la aplicación analógica. (MESSINEO, 1952)<sup>12</sup> Este tercer punto nos lleva al equiparar los contratos innominados frente a los contratos que si encontramos en la legislación y con los cuales como ese principio nos dice se tenga “mayor analogía”

---

<sup>10</sup> Messineo, Francesco, Doctrina general del contrato, trad. de Santiago Setís Melendo et al., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 397.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.398.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.399.

### **2.3 Contratos mercantiles en la legislación comercial española**

A partir del artículo cincuenta del Código de Comercio Español empieza el tratamiento en lo referente a los contratos de comercio, al respecto tenemos que los contratos mercantiles en todo lo que a ellos concierne como las modificaciones, excepciones, interpretación, capacidad de los contratantes o la extinción de las obligaciones se regirán a las reglas generales del Derecho Común cuando en este código no se encuentren reguladas. Es sumamente importante la declaración de validez y por tanto el reconocimiento de obligaciones que producen estos contratos, independientemente de la forma o el idioma en el que se celebren, así como la clase a la que correspondan o la cantidad que tengan por objeto.

A diferencia de cómo hemos visto en nuestro código de comercio, la ley española señala que los establecimientos públicos legalmente autorizados en donde se reúnen los comerciantes para concretar o cumplir operaciones mercantiles, serán denominadas “Bolsas de Comercio”, las mismas que no solo se crean por intervención del gobierno sino que pueden ser creadas por sociedades particulares. Es novedosa esta ley puesto que aquí encontramos tres legislaciones que en nuestro país se representan como tres cuerpos normativos diferentes: el código de comercio, la ley de instituciones del sistema financiero y la ley de compañías; así de manera eficiente encontramos en un solo cuerpo legal todos los articulados que tengan similitud y que puedan llegar a complementarse.

Sin embargo nuestro mundo de contratos innominados es de igual tratamiento en España, ya que los contratos mercantiles que son tomados en esta legislación son los de común uso, como el contrato mercantil de transporte o el contrato de seguro, es decir contratos clásicos que el código de comercio contempla; por lo tanto contratos como el underwriting, know

how, joint venture, etc, no los encontraremos en la mencionada legislación comercial. Cabe resaltar que me permito citar el ejemplo de la legislación española por complementar nuestras concepciones básicas de lo referente al contrato mercantil porque es uno de los principales vacíos que como previamente lo dijimos, encontramos en nuestra ley.

## **2.4 Contratos mercantiles en la legislación mexicana**

Se encuentra establecido en el derecho positivo mexicano, en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, dicha disposición subsume la norma de que “los contratos que no están especialmente regulados en estos Códigos se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento” (QUINTANA, 2002)<sup>13</sup>

En todo caso lógicamente son conocidos como innominados porque no existe una regulación determinada, esto no únicamente por el vacío de la ley sino “en virtud de la versatilidad de opciones que la vida de los negocios ofrece a los contratantes”. Hablamos por tanto en el derecho mexicano de una autonomía de voluntades, la misma que confiere a los sujetos intervinientes la libertad para contratar, partiendo del principio de comercializar bienes y servicios y de esta manera enriquecerse con las nuevas figuras contractuales que se presentan en el mercado.

De acuerdo a la doctrina mexicana, el tratamiento de estos contratos se puede dar incluso tomando en cuenta la legislación civil de este país, por ejemplo siguiendo las reglas

---

<sup>13</sup> QUINTANA, E. A. (2002). *CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL*. Recuperado el 3 de NOVIEMBRE de 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/17.pdf>. VISTO 05/Noviembre/2014; 10h00.

generales referentes a los contratos con una “autorregulación de intereses” que serán establecidas por las partes contratantes dentro de los límites establecidos en el ordenamiento; por último se hace alusión también a las distintas fuentes del derecho es decir jurisprudencia, doctrina y costumbre.

## **2.5 Contratos mercantiles en la legislación comercial uruguaya.**

El Código de Comercio Uruguayo en su artículo 191, hace referencia que serán comunes los mandatos acerca de contratos a los que encontramos en su legislación civil, es decir lo referente a la capacidad de los contratantes, requisitos de los contratos, excepciones que impiden su ejecución o las causas para anularlo o rescindirlo. Así también se establece como puede justificarse un contrato comercial, para lo cual se deben cumplir los siguientes reglamentos:

1. Por escrituras públicas.
2. Por las notas de los corredores y certificaciones extraídas de sus libros.
3. Por documentos privados, firmados por los contratantes o algún testigo, a su ruego y en su nombre.
4. Por la correspondencia epistolar.
5. Por los libros de los comerciantes.
6. Por testigos.

El código Uruguayo de Comercio determina la posibilidad de que el contrato pueda ser realizado de manera verbal siempre y cuando las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la cosa y el precio; sin embargo recalca que si existe algún contrato que requiera

solemnidades sustanciales, es decir que exijan escritura pública para su validación, solo se consideraran perfectos una vez que las partes lo han firmado.

El caso es similar a los que previamente revisamos, a diferencia de que hemos encontrado la acepción de contratos de uso común, sin embargo los contratos modernos se mantienen innominados; un detalle importante es que nos da lineamientos que en todo caso pueden servir en el momento de redactar un contrato sui generis a los que estamos haciendo alusión, estos requisitos están contemplados en el artículo doscientos noventa y seis y al tenor de la ley nos manifiestan:

Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato servirán para la interpretación de las bases siguientes:

1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes, que el sentido literal de los términos.
2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el texto general.
3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad.

4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.
5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos.
6. El uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde deben ejecutarse el contrato, prevalecerá sobre cualquier inteligencia en contrario, que se pretenda dar a las palabras.
7. En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación.

## **2.6 Clasificación de los contratos modernos**

Nuestra investigación en toda su extensión pretende que conozcamos a profundidad los contratos modernos que consideramos más representativos en la actividad comercial del país, a continuación vamos a hacer un breve repaso sobre los mismos. Cabe resaltar que en los siguientes capítulos dedicaremos un capítulo completo por cada contrato. Empecemos a familiarizarnos de manera muy general.

### **Contrato de shopping center**

Podemos encontrar el origen de los shopping center en los E.E.U.U., en la década de los 50, ante la conformación de grandes centros urbanos con numerosa población. La organización comercial de los shopping centers ha resultado ser exitosa en todos los países en que se ha

implantado, generando una saludable desconcentración urbana. La definición adoptada por la INTERNATIONAL COUNCIL OF SHOPPING CENTERS de los E.E.U.U. expresa que se trata de un grupo de establecimientos comerciales unificados arquitectónicamente (Silvia Semperena, 2010)<sup>14</sup>

El objetivo del contrato de shopping center es la concentración de un cierto número de actividades comerciales, distribuyéndolas o encasillándolas por los bienes y servicios que se puedan ofrecer. Por lo tanto este contrato pretende juntar a todos aquellos interesados en establecer en un lugar de encuentro sus negocios o comercios. Este Contrato puede tener ciertas similitudes a un contrato de arrendamiento, ya que lo que existe es una concesión de funcionamiento en un determinado establecimiento comercial.

### **Contrato de joint venture**

Este contrato como lo menciona la Dra. María del Rosario Naranjo en su Tratado de Derecho Mercantil y Societario (2006) surge como una necesidad para combatir las prácticas monopólicas en Estados Unidos, creando un ambiente de libre competencia, teniendo como principio básico a la eficiencia en cuanto a la operación comercial de una empresa. “Propicia el agrupamiento temporal de las empresas, para desarrollar tecnología, presentar ofertas, ejecutar obras públicas, proveerse mutuamente de materias primas o comercializar ciertos productos” (pg.183)<sup>15</sup>

Se busca básicamente cubrir las falencias o no dejar espacios libres en cuanto a funciones que una sola empresa no podría cumplir, es por esta necesidad de optimizar recursos

---

<sup>14</sup> [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia\\_0015.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia_0015.html)

<sup>15</sup> NARANJO, M. d. (2006). *DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO*. QUITO: MES. Pag. 183.

escasos como tiempo y dinero, que mediante la unión de varias empresas se pueden cumplir con proyectos de gran escala como por ejemplo: prestación de servicios para la construcción de obra pública, así como puertos, aeropuertos, represas hidroeléctricas, etc.

### **Contrato de know how**

El contrato de Know How principalmente hace referencia al conjunto de conocimientos a escala técnica, comercial y administrativa, que se vuelven necesarios en el momento de ejecutar actividades comerciales o productivas de manera ágil y eficiente. Podríamos definirlo como “Convenio en Virtud del cual una parte se obliga a suministrar continuamente a otra la información y el asesoramiento necesarios para la aplicación de conocimientos tecnológicos y administrativos obtenidos después de un proceso de estudio, investigación y experiencia, a cambio de una remuneración,

Es decir hablaríamos básicamente de un contrato por el cual una parte se obliga para con otra a prestar servicios de asesoría, facilitando la aplicación de los conocimientos tecnológicos que la misma posee para garantizar que la empresa que contrata los mencionados servicios pueda beneficiarse y empezar a producir comercialmente de una manera eficiente, cabe resaltar que el beneficiario de la información se obliga a guardar secreto sobre los conocimientos recibidos y a que solamente sean utilizados en los ámbitos que previamente se han fijado en el contrato.

### **Contrato de factoring**

Se ubica en una antigua operación mercantil inglesa, esto es la comisión agente que aparece en el siglo XV, este agente era un comerciante que adquiría y vendía mercancías en nombre

propio por cuenta ajena, cumpliendo la función de un comisionista, a quien se le designaba Factors. (NARANJO, 2006)<sup>16</sup>

Este contrato supone la gestión de negocios ajenos, por ejemplo puede darse la prestación por parte del factor que básicamente consiste en la adquisición de créditos o prestando servicios complementarios referentes a la gestión o cobro de créditos o cobros de garantías, así como una eventual financiación.

### **Contrato de Underwriting**

En el contrato de Underwriting encontramos a casas de valores, bancos e instituciones financieras, las cuales se compromete con una persona jurídica emisora o tenedora de valores a asumir la obligación de adquirir o a su vez de garantizar la colocación de un paquete de emisión de valores en el mercado. Para esto podemos encontrar tres modalidades de ejecutarlo: En firme, con garantía total o parcial y al mejor esfuerzo.

Las partes que pueden intervenir por lo tanto es el underwriter que es la persona que adquiere la emisión del paquete de valores encargándose de esta forma a su cuenta y riesgo de la venta en el mercado, la contraparte o beneficiaria puede ser una persona jurídica interesada en que sus acciones o valores sean comerciados de manera eficiente en el mercado.

### **Contrato de Franquicia**

---

<sup>16</sup> DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO. Dra. María del Rosario Naranjo Heredia.

Según Alfonso Riera, autor del libro “Lo elemental de las franquicias”, las define como: “un formato dirigido a la comercialización de bienes y servicios a través de la cual una persona, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios para que pueda comercializar determinados bienes o servicios con métodos comerciales y administrativos uniformes, a cambio de prestaciones previamente acordadas”.

Por lo tanto en este contrato tenemos dos partes, en primer lugar un franquiciante que autoriza a un franquiciado o la contraparte, en “contraprestación de una compensación financiera” a vender mercaderías u ofrecer servicios de acuerdo a un sistema previamente diseñado por el franquiciante, es decir se configura como ha de ser operado el negocio; lo realmente importante de este contrato es que más allá de la transferencia de un sistema operativo, se transfiere la vinculación a una marca comercial, de acuerdo a la UNIDROIT se transfiere la forma de operar un servicio, el nombre comercial o logotipo diseñado por el franquiciante.

## **2.7 La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales**

Es necesario determinar que cuando hablamos de contratos modernos, lógicamente estos contratos deben tener un tratamiento internacional ya que no precisamente se realizara la contratación únicamente con empresas nacionales, más allá del derecho comercial el derecho internacional privado jugara un papel determinante.

Esta convención tuvo por objeto la integración comercial entre los países que integran el continente americano y que de esta manera se faciliten los procesos para la contratación internacional removiendo las diferencias que se puedan presentar de acuerdo al marco jurídico de cada país.

El derecho referente a esta convención se aplicara aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte. Es importante mencionar el articulo tres de la convención “Las normas de esta Convención, se aplicaran, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional”, por tanto regularmente se dará ajuste a las necesidades mercantiles que surjan de los negocios jurídicos que internacionalmente hablando se realicen.

Los principales puntos que regula la convención son los siguientes:

- a) Su interpretación.
- b) Los derechos y obligaciones de las partes
- c) La ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria.
- d) Los diversos modelos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones
- e) Las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Este tratado pretende resolver las cuestiones necesarias en cuanto a los regímenes jurídicos que puedan ser aplicables cuando de contratación internacional hablemos y regirá indefinidamente para los Estados Partes. Se reconoce la independencia

económica de cada uno de los Estados y las normas que se aplicaran velaran por una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estado Partes de la Convención.

## **2.8 Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales**

Los principios UNIDROIT establecen las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, estas reglas pueden ser aplicadas cuando las partes hayan acordado que el contrato se rijan a estos principios, así como cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; básicamente la función de estos principios es interpretar o complementar el derecho nacional en el caso de los contratos innominados y en el caso de aplicar instrumentos internacionales de derecho.

Existe una tendencia en aplicar los Principios Generales del Derecho y/o el *Ius Mercatorum* para la regulación de las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, es decir, con elementos que las vincula con más de un Estado, por ende, adquiriendo la relación jurídica su carácter internacional. Sin embargo, algunos tratadistas indican que en muchas ocasiones la aplicación de la *Lex Mercatoria* deja mucha incertidumbre dada su oscuridad, es decir, su aplicación se complica ya que sus reglas están dispersas y pueden interpretarse de manera distinta según donde y quienes la aplican, por eso ha surgido la iniciativa del Instituto de Roma en crear un cuerpo normativo común, unificador y armonizador, dirigido al tráfico mercantil, ya sea como Derecho Sustantivo

aplicable a los contratos comerciales internacionales o como herramientas (utilizadas por los árbitros) para la solución de controversias. (CORTEZ, 2009)<sup>17</sup>

Encontraremos lineamientos básicos para la validez de nuestro contrato, aquí veremos que el mismo se perfeccionara mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes, que sea suficiente para manifestar que ha existido un acuerdo entre las mismas. Como definición de oferta tenemos que: “Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”. De hecho los principios UNIDROIT nos establecen al igual que nuestro código civil ciertas situaciones en las que un contrato no podrá ser válido, definiéndolas como causales de anulación, por ejemplo cuando hablamos de: “Error”, mismo que lo entenderemos como una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento de la celebración del contrato, para este efecto encontramos la figura de “Error Determinante” que hace alusión a que una parte podría anular el contrato si al momento de la celebración el error fue de tal importancia, que de no haber ocurrido no se hubiese celebrado dicho acuerdo al momento de conocer la realidad de las cosas.

Tenemos también como causal de nulidad al “Dolo”, refiriéndose al mismo como la intimidación que pudo haber sufrido una persona, es decir que fue inducida por la contraparte a celebrarlo, o cuando la otra parte hubiese omitido dolosamente el revelar ciertas circunstancias de vital importancia para la realización del negocio jurídico, esto de acuerdo a la que según estos principios se cataloga “lealtad negocial”.

---

<sup>17</sup> <http://negociosycontratosinternacionales.blogspot.com/2014/01/principios-de-unidroit.html>. VISTO 15/Noviembre/2014; 9h00.

Por último tenemos la causal de “Intimidación” que nos manifiesta que una parte puede anular el contrato, si fue inducida por la otra parte de manera violenta o con amenazas, de tal forma que la situación se habría tornado tan grave como para no dejar otra alternativa que la celebración del contrato por las amenazas acaecidas.

Básicamente estos principios nos da la libertad necesaria para celebrar un contrato y que las partes puedan determinar su contenido. Los principios de legalidad se encuentran aquí expresos, simplemente se expone el carácter vinculante de los contratos cuando hablamos a escala internacional, es decir estos siempre constituirán ley para las partes y por tanto su cumplimiento es obligatorio, desde el momento que se perfecciono cuando hubo la aceptación de cómo dijimos previamente una oferta.

## **CAPITULO TERCERO**

### **3.- CONTRATO DE FACTORING**

#### **3.1 Antecedentes**

El Dr. Víctor Cevallos Vásquez en su Manual de Derecho Mercantil, nos menciona sobre los antecedentes del Factoring lo siguiente: “El antecedente del factoring se ubica en una antigua operación mercantil inglesa, esto es la comisión agente que apareció en el siglo XV. Este agente era un comerciante que adquiría y vendía mercancías en nombre propio por

cuenta ajena, cumpliendo la función de un comisionista, a quien se le designaba factors”<sup>18</sup>  
(CEVALLOS, 2012)

El mercado inglés empezó por enviar factors a Estados Unidos y de esta manera adentrarse en el mercado americano, situación que se tornaba de la misma manera en relación con los comerciantes de Francia y España, que encargaban a un factor residente en las colonias americanas para que pueda realizarse la venta de mercancías y de esta manera eliminar los riesgos que se derivaban de las relaciones comerciales en países extranjeros, esto principalmente en cuanto a la comercialización de textiles; así se obtenía el pago de manera inmediata sin tener la necesidad que venzan los plazos que se otorgaban a los compradores.

Al respecto encontramos que Juan M. Farina en su libro *Contratos Comerciales Modernos* nos hace la siguiente referencia: “El factoring es un contrato que tiene su origen en la práctica del comercio en los Estados Unidos. Es una relación jurídica de duración, en la cual una de las partes (empresa factoring) adquiere todos o una porción o una categoría de créditos que la otra parte tiene frente a sus clientes; adelanta el importe de dichas facturas (factoring de financiación), se encarga del cobro de ellas y, así se pacta, asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores”<sup>19</sup>. (FARINA, 2005)

Hacemos referencia a estos dos autores puesto que la doctrina tiene estas dos fórmulas para encontrar el origen del factoring, cabe resaltar que en gran proporción esto se torna con la conclusión de que en realidad este tipo de operación comercial surgió en Gran Bretaña y que tras la conquista de Estados Unidos se lo adoptó con algunas modificaciones y variantes que desencadenaron en lo que actualmente se conoce como “new style factoring”,

---

<sup>18</sup> CEVALLOS, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil. El Factoring*. Pg. 158.

<sup>19</sup> JUAN M. FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, pg.97.

uno de los aspectos que marca la contratación bajo esta modalidad y que da lugar a las técnicas de financiación modernas es que a partir de 1960 las empresas de factoring de Estados Unidos empiezan a “explotar el mercado europeo y el mundial”, esto ligado a la decisión tomada por el First National City Bank en 1959 de crear un departamento factoring, “absorbiendo la sociedad Huleschman and Company”. Es por este motivo que las concepciones que actualmente tenemos de este contrato son referidas al sistema estadounidense. Por lo tanto la función de las empresas de factoring sería el asumir el riesgo que surge cuando las empresas venden con crédito; sin dejar de lado que es posible que estas mismas empresas brinden un servicio de asesoría “técnica, contable o administrativa”, como sucede en Alemania en donde el objeto principal de este contrato radica en estas tres funciones.

### **3.2 Definición de factoring**

Factoring, termino ingles hace referencia al contrato por el cual un Banco o una Institución Financiera especializada ofrece la prestación de un servicio correspondiente a tres áreas: la atención financiera, administrativa y contable de la cartera de créditos de una persona que desea contratar este servicio, a cambio de un pago. Según la práctica lo que tenemos es la cesión en firme de un derecho de crédito, en donde su titular transfiere sus créditos comerciales a cambio de un importe convenido. Cabe resaltar que la palabra factoring, proviene de la expresión factor, nada tienen que ver estos términos con factura, es importante no caer en una confusión puesto que el “factoraje” traducción que se ha realizado a nuestro idioma nos refiere al encargo y empleo que se realiza al factor como un auxiliar del comercio, que actúa en nombre del contratante, es decir compra las facturas de su cliente a medida que son emitidas por este y realizar los cobros pactados.

El factor realiza una tarea de evaluación técnica de riesgos, una labor de gestión de cobros, unas tareas administrativas y una función de financiación mediante la apertura de crédito al cedente. La principal ventaja para el titular del derecho es que cobra de inmediato la cantidad que se le debe, si bien, tiene que soportar el coste de la operación. Para las empresas con gran volumen de cobros supone contar con una gestión más eficaz de su tesorería ahorrando costes administrativos. (ARRIBAS, 2013)<sup>20</sup>

Por lo tanto el Factor empresa especializada con quien se contrata, es quien asume el encargo para la cobranza de un crédito y por tanto el riesgo, esto a cambio de una comisión denominada factoraje.

El factor para poder cumplir con el contrato recibe facturas y toda la documentación necesaria referente al crédito, se subroga en los derechos al exclusivo efecto de su cobro, así el factor anticipa el importe de las facturas que recibe, deduciendo un porcentaje convenido por la gestión del cobro, gastos de financiación y premio. Cabe resaltar que si existe algún problema con los créditos que se le han encargado al factor, este puede repetir contra la empresa lo que ya se le anticipo. Como ya lo hemos mencionado cuando el objeto del contrato es la asesoría, encontraremos que centrara en cómo se debe conceder los créditos así como colaboración en la auditoría contable.

La falta de regulación legal de este contrato determina que el factor, al adquirir los créditos, no cuenta con un título ejecutivo que le permita accionar judicialmente con agilidad, sino que se ve obligado a abastecerse de suficientes elementos probatorios para acreditar en

---

<sup>20</sup> <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato-de-factoring.html>.  
VISTO10/Noviembre/2014; 15h00.

juicio su derecho. Por otra parte, la complejidad del mecanismo de utilización de este contrato, y la usencia en nuestro medio de conocimientos técnicos y de la experiencia necesaria para su aplicación, son causas que también obstan al crecimiento del factoring.<sup>21</sup>

En este contrato por lo analizado tenemos una transferencia de una obligación comercial de la que tenemos pendiente un cobro, confiriéndole la autorización de realizar dicho cobro a un Factor, quien se encargara de cobrarla, esto a cambio del pago de los gastos que se generen por su intervención. El contratante por tanto se compromete a entregar facturas que posee de terceros deudores, incluso a realizar la notificación respectiva a estos de dicha transferencia; de esta forma el factor podrá realizar sus gestiones de cobranzas, tomando en cuenta que previamente se realizó el pago de las mismas al contratante.

Esta técnica especializada de gestión profesional además de permitirnos la transferencia de facturas que tienen pendiente un cobro, es un punto de ayuda al equilibrio financiero de una empresa; encontramos por tanto cuatro actividades básicas que tiene a su cargo el factor:

- 1.- Gestión de la cartera de deudores.
- 2.- Financiamiento de recursos a base de aquella
- 3.- Cobro de los créditos que una empresa tiene a su favor.
- 4.- Protección frente a los riesgos del crédito.

El contrato de Factoring según lo mencionado también podría incluir asesoramiento respecto a:

-Conveniencia o Inconveniencia de determinados clientes o proveedores.

---

<sup>21</sup> GHERSI, Contratos civiles y comerciales, p.193.

-Marketing.

.-Ventas.

-Control de Facturas.

-Técnicas Contables especializadas.

-Suministro de Información Estadística.

La empresa contratante gracias a la gestión de cobranza y a la asesoría en materias especializadas, incrementa de sobremanera su eficiencia operativa puesto que disminuye la carga de su infraestructura administrativa, optimizando de esta manera recursos escasos como tiempo y dinero; sin dejar de lado que asegura que los terceros deudores cumplirán con las obligaciones pendientes generadas por los créditos concedidos en las operaciones mercantiles.

### **3.3 Naturaleza Jurídica**

Por su Naturaleza Jurídica podemos encontrar que este contrato tiene las siguientes características:

- **Bilateral**

Es un Contrato Bilateral puesto que las partes contratantes son el factor o entidad financiera que se comprometa a realizar el cobro de los créditos a brindar asesoría, mientras que su contraparte es el cliente adherente quien entrega la gestión de cobranza de sus facturas.

- **Consensual**

Es consensual ya que se perfecciona con el consentimiento de las partes, al ser innominado la ley no exige mayor solemnidad para que este contrato se repute perfecto.

- **Innominado**

Al no estar reglado por nuestro ordenamiento Jurídico, explícitamente por nuestro Código de Comercio se lo considera atípico y por lo tanto innominado, sin embargo por la complejidad de los asuntos que se pactan, es necesario que se lo realice por escrito; estableciendo de esta manera las condiciones que se han pactado o convenido para su ejecución.

- **Oneroso**

Ambas partes asumen obligaciones; por un lado el factor a realizar las funciones para las que se lo contrato así como el cliente adherente que debe pagar por el servicio que recibe.

- **De tracto sucesivo**

Las prestaciones de ambas partes se van cumpliendo con el transcurso del tiempo, es decir no se ejecuta de manera instantánea o inmediata. Lo podríamos determinar también como un contrato de Ejecución Continua. Puede contener prestaciones que deban realizarse periódicamente.

- **De adhesión**

La doctrina nos dice que la empresa de factoring elabora previamente un contrato con las cláusulas necesarias para el eficiente cumplimiento del contrato, por lo tanto la contraparte se adhiere al texto ya elaborado.

- **No solemne**

Debido a que no está contemplado en nuestra legislación no encontramos que se exijan algún tipo de solemnidades, es por este motivo y como lo dijimos previamente, lo único necesario sería que fuese realizado por escrito.

- **Autónomo**

Es un Contrato Principal, es decir subsiste por sí solo; no dependen de otro contrato para poder ejecutarse.

### **3.4 Clases de Factoring**

El factoring permite al cliente adherente acceder y convenir a diferentes servicios que el factor puede tomar a su cargo, entre las cuales tenemos:

#### **Factoring según la financiación**

##### **-Factoring a la vista**

Esta clase de contrato es conocido también como Factoring con financiación, consiste en que la empresa factoreada recibe por parte del factor el pago inmediato por los créditos o facturas entregadas.

La adopción de esta modalidad favorece la liquidez de las empresas, que con estos fondos puede cancelar sus obligaciones, lo que permite al factoreado pagar anticipadamente sus

propios proveedores y obtener de estas mejores condiciones de contratación; además al hacerse efectivo, pueden reponer inmediatamente su stock de mercaderías. (FARINA, 2005)<sup>22</sup> Este tipo de factoring en el sistema anglosajón toma el nombre de “credit-cash factoring”.

### **-Factoring al Vencimiento**

Conocido también como “maturity factoring” o “factoring sin financiación”. Según Rodríguez Azuero en el factoring al vencimiento el factor asume la obligación con el cliente de pagar las facturas al vencimiento de cada una de ellas o en su defecto a cierto plazo promedio de su vencimiento, previamente acordado entre las partes; ello implica que, el cliente o sociedad adherente no recibe propiamente un anticipo sino la seguridad o garantía de que a la fecha del vencimiento de los créditos su monto será cancelado.

Esta modalidad de factoring ofrece al factor pagar por las facturas que le han cedido en medida que los terceros deudores cumplan con sus obligaciones crediticias en los “plazos convenidos”. “El factor no asume aquí el riesgo de cobrabilidad, y en consecuencia, no percibe la comisión por este riesgo” (GHERSI, 2011)<sup>23</sup>

## **Factoring de acuerdo al lugar en donde se ejecute el contrato**

### **-Factoring interno:**

---

<sup>22</sup> JUAN M. FARINA, Contratos Comerciales Modernos, pg.132.

<sup>23</sup> GHERSI, Contratos civiles y comerciales, pg. 197.

Denominado también “factoring domestico”, tiene como referencia que tanto el cliente o factoreado así como el deudor se encuentran en el mismo territorio; es independiente que la empresa de factoring este domiciliada en un país diferente.

### **-Factoring internacional:**

Para que se cumpla esta condición es necesario que el cliente adherente y el deudor se encuentren ubicados en países diferente, es independiente que el factor también se ubique en otro país.

## **3.5 partes intervinientes en el contrato**

En este contrato las partes intervinientes son:

### **EL FACTOR:**

Generalmente es una Institución Financiera o una Empresa prestaría de los servicios de Factoring. También se lo ha denominado “Sociedad de Factoring” según ROLIN. Básicamente las funciones del Factor consisten en comprar las facturas a sus clientes y se encarga del cobro de las mismas.

### **CLIENTE ADHERENTE:**

También lo podemos llamar “factoreado”, generalmente es una empresa que vende determinados bienes o “presta servicios a plazos a terceros”.

Es la persona natural o jurídica que teniendo un volumen importante de cartera presenta al factor o sociedad de factoring sus estados financieros, sus sistemas de venta, en general la

información comercial respecto de sus deudores, de tal suerte que con esa información y una vez celebrado el contrato logra que el factor liquide de contado su cartera. (CEVALLOS, 2012)<sup>24</sup>

## **LOS DEUDORES**

Los autores coinciden en que los deudores hablando jurídicamente no son partes en este contrato, pero si desarrollan un papel fundamental y esencial, ya que uno de los objetivos de este contrato es tratar de reducir el riesgo cuando tenemos créditos pendientes, es decir el rol que juegan los deudores es determinante puesto que es por esta condición que se ejecuta el acuerdo entre el factor y el cliente. Según ROLIN esta tercera parte se la puede enmarcar básicamente como: “el titular de la deuda transferida al factor”.

### **3.6 Derechos y obligaciones de las partes**

#### **Obligaciones del factor:**

- Pagar las cuentas aprobadas. Es decir pagar “el precio” por las facturas que aún no están vencidas cuando le han sido entregadas.
- Cobrar los créditos. Su obligación se constituiría en hacerse cargo del riesgo financiero que implica que su cliente ha concedido créditos y por tanto existen facturas por cobrar.
- Cubrir los servicios que se hubiesen convenido en el contrato por ejemplo facturación y contabilidad.

---

<sup>24</sup> CEVALLOS VICTOR, Manual de Derecho Mercantil, pg.279.

-El factor en síntesis sustituye al propietario de dichas facturas y tiene la potestad de reclamar las obligaciones que tienen con él los deudores.

### **Obligaciones del cliente**

-Entregar los créditos (Facturas). El cliente adherente debe comunicar al factor todo lo referente a sus deudores, es decir todo lo que concierne al negocio jurídico que ha realizado con ellos.

-Comunicar al factor los pagos que le hubieren realizado directamente los clientes objeto de la cesión, es decir si el cliente adherente hubiese recibido un pago por alguna de las facturas entregadas al factor debe comunicárselo, puesto que el cancelo por anticipado el valor de dicha factura.

-Garantizar la existencia de una obligación, es decir que los créditos existen con la validación de las facturas que se entregaran al factor.

-Permitir el control y verificación de sus estados contables, esto siempre y cuando el contrato tenga por objeto la asesoría administrativa.

-Pagar la comisión al factor y las obligaciones monetarias que se hayan pactado. Puede pactarse en el contrato que el pago por sus servicios sea una cantidad determinada, además de una comisión respecto a los créditos transferidos y “eventualmente una tasa de interés”.

-Notificar a los terceros deudores acerca de la celebración del contrato de factoring, ya que con ello se les comunica que ahora el pago debe realizárselo al factor.

### **Obligaciones del deudor con el factor:**

-Pagar las deudas contenidas en las facturas.

### **Derechos del factor**

-Aceptar o rechazar los créditos.

-Cobrar al adherente cuando él hubiese realizado el cobro de alguno de los créditos entregados.

-Transferir a otro factor los créditos que tengan a su cargo.

-En el caso de una asesoría revisar los libros contables de la empresa a la que se brinda el asesoramiento.

-Resolver el contrato en caso de incumplimiento.

### **Derechos del adherente:**

-Cobrar por los créditos que se han cedido al factor.

-Exigir el cumplimiento de los servicios que se hubiesen contratado.

-Resolver el contrato en caso de incumplimiento.

### **Derechos del deudor:**

-Exigir los recibos correspondientes al realizar sus pagos.

## **3.7 Extinción del contrato**

El contrato de Factoring puede terminar por el acontecimiento de las siguientes situaciones:

- 1.- Por el Incumplimiento del plazo. Podemos considerar esta causal como un vencimiento del plazo convenido en el contrato.
- 2.- Por el Incumplimiento del contrato.
- 3.- Por el acuerdo de las partes, siempre y cuando esto se haya convenido previamente en el contrato.
- 4.- Por Recisión o anulación del contrato.
- 5.-Se puede estipular como causa de terminación del contrato que la empresa factoreada o el factor se encuentren en proceso de quiebra, aunque según ciertos autores la operación podría seguir mientras se encuentre en ejecución el concurso preventivo.

## CAPITULO CUARTO

### 4.- CONTRATO DE JOINT VENTURE

#### 4.1 Antecedentes

Este contrato tiene su origen en el XIX en los Estados Unidos, en donde en sus inicios era conocido como “Joint adventure”, posteriormente los usos mercantiles abreviaron esta expresión a como la conocemos actualmente. Su significado básicamente hace referencia a una “aventura común” por un emprendimiento en conjunto. Quizás la integración de las empresas mercantiles norteamericanas fue uno de los factores determinantes para el nacimiento del Contrato de Joint Venture, esto con base a una política anti monopólica, impulsando la libre competencia pero con la posibilidad de encontrar cooperación entre ellas. Existe por tal una “alianza estratégica” referente a la relación bilateral que entre las partes surge, su característica principal por tanto se configuraría en el compromiso adquirido dirigido a compartir y limitar el riesgo . (SOLIGNAC, 2010)<sup>25</sup>

El nacimiento del Joint Venture, se justifica como una formula o instituto que propicia el agrupamiento temporal de las empresas, para desarrollar tecnología, presentar ofertas, ejecutar obras públicas, proveerse mutuamente de materias primas o comercializar ciertos productos. (NARANJO, 2006)<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> NIDIA SOLIGNAC, Tratado de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo. CONTRATO JOINT VENTURE, pg. 596.

<sup>26</sup> MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Derecho Mercantil y Societario, pg. 177.

Un contrato de Joint Venture típicamente incluye un acuerdo entre dos o más partidos o compañías (socios) para contribuir con recursos a un negocio común. Estos recursos pueden ser materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos. Los socios en un Joint Venture normalmente siguen operando sus negocios o empresas de manera independiente a la nueva empresa común o Joint Venture.<sup>27</sup>

## **4.2 Del contrato**

Cuando hablamos de un Contrato de Joint Venture prácticamente encontraremos que se trata de la cooperación entre empresas, una “cooperación industrial”, como su nombre lo indica es una aventura conjunta, que pretende formar una “alianza comercial estratégica” en donde las empresas que se unen pretenden alcanzar mediante el trabajo en conjunto que los riesgos por estar inmersos en el mercado se reduzcan o que al menos sean compartidos.

Según la doctrina es definido como “una especie de consorcio integrado generalmente por importantes empresas para la realización de objetivos determinados”. Generalmente estas empresas se unen para realizar proyectos de magnitud en donde como lo mencionamos previamente existe un riesgo, que de ser compartido resulta más eficiente; precisamente el Joint Venture está presente en el cumplimiento de proyectos como: la realización de obras de infraestructura, túneles, puertos, complejos hidroeléctricos, etc. Según José Abelardo Garrone, este tipo de proyectos escapan de las posibilidades de una sola empresa; ya que las inversiones necesarias son altas mientras que si existen la cooperación o la unión de dos o más empresas los costos y riesgos financieros disminuyen de manera considerable.

---

<sup>27</sup> [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/joint\\_venture.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/joint_venture.htm)

La producción de bienes y servicios ligaría varias empresas para enfrentarse de manera eficiente al mercado, no podemos dejar de lado que actualmente no basta con solo tener un capital, la gestión administrativa y la ejecución de proyectos permite a las empresas jugar un papel determinante en el mercado; de la misma manera la posibilidad de entrar a nuevos sectores comerciales podría resultar nula para una sola empresa sí, no cuenta con un capital no solo económico sino tecnológico, de mano de obra y de infraestructura; precisamente estos elementos para dos o más empresas sería más factible obtener, así la realización del Joint Venture permite que no solo se compartan riesgos, sino que abaratemos todo tipo de costos. Se lo cataloga como la unión de tres factores básicos recursos, conocimientos y aptitudes para la realización de proyectos; sin embargo además de la cooperación encontraremos que tendremos una división o explicado de una manera más técnica, se compartirán ganancias además de compartir riesgos, como ya lo hemos mencionado reiteradamente.

Es necesario recalcar que no existe una “fusión” ni una “absorción” entre las empresas que desean implementar un “Joint Venture”, ya que la función principal de este contrato es que las partes se unan solo para la implementación de un proyecto determinado, precisamente cuando los gastos para la prosecución del mismo puedan ser muy altos o cuando los conocimientos técnicos necesarios aplicar le fueran imposibles de manejar a una sola empresa. Por lo tanto es una alianza estratégica, podremos también llamarlo contrato de riesgo compartido.

Los puntos básicos que debe contener este contrato son:

-Cuestiones relacionadas al control de la empresa.

- Aportaciones de Capital que se realicen a la fusión que se crea.
- Como se dividirán las Utilidades que se generen.
- Todo lo referente a la administración de la empresa.
- Cuando y cuáles son las posibilidades para dar por terminado el contrato.

### **4.3 Naturaleza Jurídica**

Por su naturaleza el Contrato de Joint Venture es:

- **Bilateral:**

Es un contrato bilateral puesto que supone la necesidad de la unión de dos o más empresas al momento de la prestación de un servicio o para llevar a cabo una obra determinada. Sería imposible que se lo realice unilateralmente ya que el Joint Venture procura un riesgo compartido y la distribución de funciones.

- **Innominado:**

No existe disposición legal en el Ecuador que regule a este Contrato por lo cual lo denominamos atípico, según la doctrina su aplicación es posible porque lo enmarcamos en el ámbito jurídico del Derecho Comparado.

- **Oneroso:**

Lógicamente no es gratuito, es un convenio que tiene por fin el lucro tras la consecución de un proyecto para el cual dos o más empresas se han unido. Encontraremos que las partes podrán realizar aportaciones en dinero, bienes, tecnología o maquinaria a nivel industrial;

así como una división de utilidades es decir ganancias y en el peor de los escenarios las pérdidas también serían compartidas.

- **Consensual:**

Las empresas llegan al acuerdo de enfrentarse a esta aventura común, por lo tanto basta con esta convención entre las partes; no requiere formalidad alguna puesto que es un contrato atípico por lo que las solemnidades se reducirían únicamente a que el contrato se lo realice por escrito.

- **De libre discusión:**

A diferencia de los contratos de Adhesión en este contrato las partes pueden discutir las cláusulas, así como el aporte que cada una realizara ya sea en dinero o en bienes necesarios para el proyecto.

#### **4.4 Clases de Joint Venture**

##### **Joint venture corporativa**

Conocido también como Joint Venture de Alianzas Estratégicas, básicamente tiene por objeto que los socios que se unen en el proyecto no realicen únicamente aportes de carácter económico, es decir que cada socio puede aportar con diferentes factores necesarios para la producción como tecnología, maquinaria, instalaciones, etc. Hablamos por tanto de

aportaciones que deben cumplir las empresas suscriptoras del contrato que consistirán en como lo dijimos en dinero o en bienes, servicios o tecnología. En síntesis como nos dice Cabanellas “hablamos de una inversión de riesgo y no de una inversión financiera”.

Esta asociación es hoy usual. Imaginemos la construcción de aviones. El costo es tan alto que puede requerir la alianza de 3 ò 4 países (Airbus) o lanzar una estación al espacio y en un plano más modesto la construcción de un aeropuerto (airport partner) o una represa. En todos estos casos no se desea correr todo el riesgo solo. Si algo sale mal puede provocar la quiebra de la firma. Por otro lado, la alianza puede permitir llevar a cabo la obra por las competencias de cada uno. Este contrato es requerido especialmente para actividades de alta especialización que implica la complementación de recursos financieros, conocimientos tecnológicos, investigación y desarrollo, exploración, comercialización, distribución, exportación, es normalmente utilizado para el comercio internacional, en la actividad minera, licitaciones internacionales, explotación de los recursos naturales, navegación, en el sector de hidrocarburos, etc. (SALAS, 2014)<sup>28</sup>

### **Joint venture contractual**

Con este tipo de contrato se establece una “relación de colaboración o emprendimiento” entre las empresas que han decidido aliarse contractualmente bajo esta figura; estos acuerdos de colaboración marcan las actividades que cada parte tendrá a su cargo o realizar, de la misma manera se establece como serán repartidas las ganancias y los riesgos que se asuman. Incluso en lo referente al manejo de los aportes de cada uno de los contratantes,

---

<sup>28</sup> [http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Medio%20Empresarial/6%20n60%20set.04/legal\\_flint.htm](http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Medio%20Empresarial/6%20n60%20set.04/legal_flint.htm).  
VISTO 8/Noviembre/2014; 8h00.

“no se destinan a la formación de un capital societario, sino a la constitución de un fondo común, sobre el cual cada parte conserva su derecho” (MAINIERI, 2012)<sup>29</sup> Con un Joint Venture Contractual las empresas tienen la posibilidad de participar de una manera directa en la consecución de un resultado de carácter económico; lo importante es que cada una de las empresas mantienen su autonomía jurídica y operativa; puesto que no habrá influencia de las empresas con las que se han aliado; cada una de ellas cumplirá con la función a la que se ha comprometido de acuerdo a las cláusulas del contrato firmado.

La diferencia con un Joint Venture Corporativa radica en que en los Contratantes no tienen órganos para la adopción de decisiones en común ni personalidad jurídica y en general, no existe una estructura que permita un control común sobre la propiedad o elementos utilizados para el fin compartido por los participantes. (FARINA, 2005)<sup>30</sup>

Por lo que para la realización de las obras o servicios para las que se ha firmado el contrato encontraremos de manera implícita la cooperación entre las empresas asociadas, en virtud de que se ha constituido una comunidad de intereses, que mediante la actuación de las empresas en conjunto serán satisfechos. Tras la finalización del proyecto para el cual se firmó el contrato, las ganancias que se obtengan serán repartidas entre las empresas que aquí se vieron inmersas; realmente el riesgo compartido lo podremos encontrar cuando se esté realizando el proyecto tomando en cuenta la distribución de funciones.

---

<sup>29</sup> MAINIERI, La promoción de los Joint Ventures, Revista Intercom.

<sup>30</sup> JUAN M. FARINA, Contratos Comerciales Modernos, pg. 439.

#### **4.5 Derechos y obligaciones de las partes: (CHAVEZ, 2012)**

##### **❖ “Derecho comun para representar y obligar a los demas”:**

Los contratantes actúan como “propietarios y agentes de los otros”; es decir que cada uno adquiere el compromiso de velar porque cada parte cumpla con las obligaciones signadas en el contrato y derecho para exigir que los términos del contrato que favorezcan a cada uno no sean violentados.

##### **❖ “Entregar sus contribuciones”:**

Como lo vimos anteriormente cada una de las partes se compromete a contribuir con diferentes factores, ya sean monetarios o de carácter técnico; estas deben ser entregadas en el tiempo previsto en el contrato y con las especificaciones del caso contenidas en las clausulas.

##### **❖ “Controlar la empresa”:**

Recordemos que no hablamos de una fusión, sino de una nueva empresa que ha nacido por la unión de dos o más empresas para emprender una aventura de riesgo, es por esta razón que cada una de las empresas contratantes deben velar por la “consecución del objetivo trazado”

##### **❖ “Actuar de buena fe”:**

Sabemos que este contrato no está reglado por las leyes ecuatorianas, como lo analizamos es un contrato que no exige mayor formalidad ni solemnidad; es por esta razón que

necesitamos que los contratantes tengan una relación basada en la buena fe contractual, pues hablamos de un contrato de plena confianza entre los miembros; a esto se lo ha denominado con el término “fair play”.

#### ❖ **“No concurrencia”:**

Los colaboradores están impedidos de competir en la misma actividad materia de la aventura, toda vez que ello significaría un acto de deslealtad al convenio. (CEVALLOS, 2012)<sup>31</sup>

#### ❖ **“Asumir las pérdidas”:**

Como sabemos el Joint Venture es un contrato de riesgo compartido, por lo tanto las pérdidas que puedan acaecer serán distribuidas a todos los contratantes en igual proporción.

#### ❖ **Prestaciones de las partes**

Cada parte según el contrato está obligada a entregar sus aportaciones ya sea en:

-Activos Financieros

-Aportes de Bienes de Capital no dinerarios.

-Aportación de Tecnología.

---

<sup>31</sup> VICTOR CEVALLOS VASQUEZ, Manual de Derecho Mercantil, pg.307.

## **4.6 Terminación del contrato**

-De acuerdo al tiempo que se necesite para la ejecución del proyecto para el que las empresas firmaron el contrato.

-Es posible que las partes hayan fijado en el contrato un plazo determinado para la duración del Joint Venture.

-Este contrato puede terminarse por muerte de alguno de los contratantes o incapacidad de alguna de las partes que afecten de determinada manera a la consecución del contrato, ya sea porque una de ellas aportaba con un elemento de producción que sea indispensable para la realización del proyecto.

-Por el incumplimiento del contrato por alguna de las partes contratantes.

## **CAPITULO QUINTO**

### **5.- CONTRATO DE FRANQUICIA**

#### **5.1 Antecedentes**

Este contrato tiene su origen en los Estados Unidos a fines del siglo XIX “como método utilizado por los fabricantes para colocar sus productos en el mercado a través de terceros”. Quienes empezaron a utilizar esta modalidad de contratos fueron la “Singer Sweing Company” en 1863 y la “General Motors” en 1898. Pero toma mayor fuerza e importancia a partir de la Segunda Guerra Mundial, en donde la dirección de la franquicia está dirigida al marketing, planificación, control y coordinación de las actividades que se realicen en el mercado bajo un determinado nombre comercial.

“En los años setenta se comenzó a legislar en los Estados Unidos de América sobre este contrato. El primer texto legal que regula el franchising en el ordenamiento estadounidense fue la California Investmen Act, de 1970 (California Corporación Code). Tras la publicación de la California Investment Act, surgieron, en los Estados Unidos de América, una multitud de leyes estatales en la materia y finalmente varias normas de rango federal. A

dicha regulación se ha sumado la de algún otro ordenamiento legal, como el canadiense”.  
(FARINA, 2005)<sup>32</sup>

Según la Federal Trade Commission, la franquicia básicamente constituye una relación de carácter económica, en virtud del cual el franquiciado podrá comercializar bienes o servicios con un nombre comercial que está fuertemente grabado en el mercado, avalado por una marca que permite que los consumidores puedan identificar tan solo por la publicidad un producto determinado.

## **5.2 Del contrato**

El contrato de franquicia conocido también como “franchising”, en donde intervienen por una parte el franquiciante quien otorga una “licencia” a un franquiciado, para que “venda productos o servicios de su titularidad”; es decir él es una suerte de permiso o privilegio en la que se transfiere no solo un nombre comercial, puede concesionarse una licencia y uso de marca, un know how, asistencia técnica y contable; estos aspectos transferidos estarán bajo el control del otorgante de la franquicia.

“El termino franchise puede significar dos cosas: el derecho del franchisee a vender ciertos productos o servicios, y el lugar de negocios donde el franchisee ejerce ese derecho”<sup>33</sup>

Este es un mecanismo no solo jurídico sino económico, el contrato de franquicia permite al franquiciante y al franquiciado realizar un “negocio mercantil” en el cual se puede transferir métodos para la administración empresarial o para la comercialización de bienes o servicios que se identificaran con un nombre comercial, precisamente es este nombre el objeto principal de la franquicia puesto que el franquiciado podrá realizar una actividad

---

<sup>32</sup> JUAN M. FARINA, Contratos Comerciales Modernos, pg. 559.

<sup>33</sup> LARD SIEGEL, Franchising, pg.8.

económica respaldada por el franquiciante; es decir se concede la posibilidad de que exista un “revendedor autorizado”; tomando en cuenta que el franquiciado es un comerciante autónomo, que “se integra a la red del franquiciante a manera de sucursal” (CEVALLOS, 2012)<sup>34</sup>

Una franquicia puede tener diferentes funciones entre las cuales encontramos:

- Franquicias dirigidas a que las fabricas puedan distribuir sus productos
- Empresas que venden al por mayor a sus franquiciados para que revendan los productos al por menor.
- En el sentido estricto de la franquicia cuando existe la concesión de una imagen, de un nombre comercial y un método estandarizado en cuanto a procesos de elaboración de productos

Precisamente la franquicia pretende que sus franquiciados no realicen procesos diferente puesto que se trata de proteger una marca o un servicio; resultaría por tanto imposible que el nombre de los productos varié, mucho menos sus sabores ya que el consumidor caería en confusión. Con esta cesión lo que comercializamos es la facilidad para hacer negocios con un nombre que ya es conocido en el mercado y que resulta atractivo para el consumidor.

La función específica radicaría en la colaboración dentro de un mercado de bienes y servicios que pueda brindarse los intervinientes, la obligación asumida entre el ceder una marca por una parte y la comercialización por la otra; “todo lo que permita al público consumidor asociar su imagen comercial con el tomador”. Todos los objetivos que de este

---

<sup>34</sup> VICTOR CEVALLOS, Manual de Derecho Mercantil, pg. 310.

contrato confluyen requieren la coordinación, así como una complementación para que la actividad comercial pueda realizarse con éxito, es decir se torne eficiente. (ETCHEVERRY, 1995)<sup>35</sup>

Los elementos básicos de un Contrato de Franquicia podrían estar determinados de la siguiente manera:

-En primer lugar el pago de una “regalía” que constituiría básicamente el uso del nombre comercial y los procesos que se manejen para la producción de los bienes y servicios que se pretendan incluir en un determinado nicho de mercado.

-El uso de los nombres comerciales, marcas o signos distintivos del franquiciante y sus productos.

-Se puede transferir los sistemas operativos o los planes de comercialización que utiliza el franquiciante en cuanto al manejo de su negocio. Es probable que se entregue manuales operacionales o un “marketing plan”

-Funcionaria básicamente como una sucursal autorizada para distribuir ciertos productos, comercializando no solo ellos sino como lo hemos dicho antes un nombre comercial.

### **5.3 Naturaleza Jurídica**

Por su Naturaleza Jurídica este contrato es:

- **Bilateral:**

---

<sup>35</sup> Raúl ETCHEVERRY. Derecho Comercial y Económico. FRANCHSING. Pg.391.

Intervienen por un lado el Franquiciante cediendo sus derechos como dueño de una marca y un sistema de comercialización y por otra parte el franquiciado quien a cambio del pago de una regalía, obtiene el derecho de lucrar de los elementos que le son entregados para ingresar al mercado.

- **Oneroso:**

Por ser su fin el lucro es decir la obtención de una ganancia a través del manejo de un negocio ya establecido, es considerado un contrato oneroso.

- **Innominado**

No se encuentra reglado por las leyes Ecuatorianas por lo tanto es un Contrato Atípico. Básicamente este contrato además de ser utilizado por las costumbres mercantiles notaremos que tiene gran influencia del sistema comercial anglosajón y europeo.

- **Consensual:**

Por ser un Contrato Innominado no requiere mayor formalidad, la única solemnidad que podría ser exigida es que se lo realice por escrito para determinar las obligaciones que contraen cada una de las partes.

- **De adhesión**

El franquiciado se adhiere a las condiciones que el franquiciante propone en el contrato para conceder la cesión de todo lo referente a su negocio.

## 5.4 Partes que intervienen en el contrato de franquicia

Las partes que intervienen en este tipo de contrato son:

### **El franquiciante:**

Por lo general el Franquiciante es una compañía extranjera que tiene bajo su propiedad determinados bienes y servicios; el nombre comercial o la marca de estos productos son muy conocidos en el mercado, es decir han ganado cierta fama en el sector comercial. El franquiciante permite el uso de su marca y por tanto del logotipo característico de su negocio; así como su sistema de administración y comercialización.

“El franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos (know-how) y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado”<sup>36</sup>. Mediante el contrato de franquicia el franquiciante tiene la posibilidad de extender su negocio a todo el mundo, sin la necesidad de crear sucursales directas que le generan gasto.

### **El franquiciado**

El franquiciado tiene como obligación el pago de una regalía a cambio del uso de una marca, un nombre comercial, logotipo y diseño de un determinado producto. A través de este contrato allá la posibilidad de incursionar en “negocios ya probados”, evitando de esta

---

<sup>36</sup> Código Civil Español, artículo 1392.

manera evitar el fracaso al realizar negocios nuevos que no puedan tener gran éxito; de esta manera el franquiciado reduce en magnitud “el riesgo empresarial”

“El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y/o procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos”<sup>37</sup>

## **5.5 Derechos y obligaciones de las partes**

### **Derechos del franquiciante** (NARANJO, 2006)<sup>38</sup>

- 1.- Inspeccionar el local del franquiciado y tomar muestras del producto.
- 2.- Fijar el Precio de venta de los productos y servicios
- 3.- Determinar el monto mínimo de ventas.
- 4.- Recibir el pago (canon y regalías) en contrapartida de la licencia en el plazo y las condiciones pactadas.
- 5.- Autorizar a no subfranquiciantes.
- 6.- La demás que se fijen en el convenio.

### **Derechos del franquiciado:** (NARANJO, 2006)<sup>39</sup>

- 1.- Tener la exclusividad territorial de la distribución de los bienes o servicios.
- 2.- Exigir la entrega de los bienes que van a ser distribuidos.

---

<sup>37</sup> OSVALDO MARZORATI, El contrato de franchising en el Derecho Comparado actual, pg. 1104.

<sup>38</sup> DRA. MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg. 196.

<sup>39</sup> DRA. MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg. 197.

- 3.- Hacer uso de la marca, nombre comercial, diseños o propiedad intelectual de la compañía franquiciante.
- 4.- Recibir asesoría técnica, administrativa y publicitaria de la compañía franquiciante.
- 5.- Las demás que se establezcan en el contrato.

**Obligaciones del franquiciante:** (NARANJO, 2006)<sup>40</sup>

- 1.- Conceder una exclusividad territorial.
- 2.- Prestar asistencia financiera.
- 3.- Respetar el plazo de duración de la franquicia;
- 4.- Proporcionar los productos para su distribución o comercialización.
- 5.- Realizar entrenamientos, dar asesoría técnica, administrativa y publicitaria.
- 6.- Las demás que contemple el convenio contractual.

**Obligaciones del franquiciante** (NARANJO, 2006)<sup>41</sup>

- 1.- Realizar las inversiones pactadas para la instalación del negocio.
- 2.- Respetar la circunscripción territorial en la cual debe realizar sus operaciones.
- 3.- Cumplir con el mínimo de ventas que fije el franquiciante.
- 4.- Pagar el canon y la regalía de acuerdo a lo convenido por la concesión que se le hace.

---

<sup>40</sup> DRA. MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg. 197.

<sup>41</sup> DRA. MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg. 198.

- 5.- Confidencialidad sobre las invenciones y propiedad intelectual del franquiciante.
- 6.- Prohibición de competir con su franquiciante en negocios similares.
- ‘7.- Las demás que contemple el convenio contractual.

## **CAPITULO SEXTO**

### **6.- CONTRATO DE DISTRIBUCION**

#### **6.1 Del Contrato**

El contrato de distribución consiste en una concesión que realizan las empresas productoras de bienes y servicios para que como su nombre lo indica se pueda realizar la distribución de la producción y de esta forma llegar al “público consumidor”. Al distribuidor, persona a quien se le ha otorgado la exclusividad dentro de un territorio determinado podrá comercializar las mercancías que ahora tiene a su cargo y poder lucrar de dicha actividad.

“Es un contrato celebrado entre empresas en virtud del cual una de ellas (distribuido) otorga a otra (distribuidor) el derecho, exclusivo o no, de distribuir sus productos en forma

continuada en una zona geográfica determinada, por un cierto tiempo y en las condiciones que se fijan en el contrato. Por este contrato un fabricante, o proveedor, o importador, acuerda con un comerciante (el distribuidor) la colocación continuada de sus productos, esto durante un tiempo prolongado (diez o más años en el comercio internacional) dentro de una zona geográfica determinada, que puede ser un país, una región, una provincia” (VILLEGAS, 2010)<sup>42</sup>

Básicamente encontramos una relación como lo dijimos anteriormente del productor de ciertos bienes con una contraparte que no tiene calidad ni de “productor” ni de “consumidor”; por lo tanto podemos catalogar al “distribuidor” como un intermediario, quien tiene como principal función la “comercialización específica”

El “distribuido” o “productor” concede el derecho de distribución al “distribuidor”, para esto en el contrato se fijaran ciertas cláusulas o limitaciones que se imponen, por lo tanto este tipo de contrato no precisamente se enmarca en el mundo de lo consensual; poniéndonos como escenario la adhesión a estas obligaciones adquiridas. Generalmente este contrato opera en primer lugar con un crédito en el momento en que el distribuidor adquiere las mercancías, para lo cual debe efectuar la entrega de bienes en garantía del cumplimiento de sus compromisos crediticios, la ventaja radica además de la exclusividad en el mercado, en que el comerciante contara con un “precio de adquisición” y un “precio de venta”; es decir se le concede un descuento y es ahí en donde obtiene su ganancia.

---

<sup>42</sup> CARLOS GILBERTO VILLEGAS, Contratos Mercantiles y Bancarios, pg. 716.

Esta relación Jurídica nos introduce en la realización de innumerables compraventas para que le distribuidor pueda de esta manera acceder al mercado y comercializarlas. Manteniendo su estabilidad comercial y una independencia financiera, pues de ninguna manera este se constituye un empleado del productor, sino un “Socio Comercial”.

“En este sentido, es interesante citar lo resuelto en un fallo, según el cual el contrato de distribución es un contrato consensual que le otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste, generalmente, en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, denominada impropriamente, “comisión” y, más acertadamente, “de reventa”.<sup>43</sup> Precisamente hablamos de reventa ya que aquí encontraremos el margen de ganancia que obtendrá el distribuidor, como lo mencionamos previamente no podríamos hablar tampoco de una “remuneración”, ya que el pago no lo realiza el distribuidor, no existe una relación laboral de dependencia; mediante su actividad comercial en el mercado el distribuidor obtendrá el éxito en el mercado; en específico su actividad será lucrativa mediante lo que pueda ganar entre lo que debe pagar a su proveedor y lo que pueda cobrar a sus clientes.

“El objeto del contrato es ampliar sus negocios mediante empresas independientes, para evitar costosas estructuras, eludiendo, como principio, responsabilidades de diverso orden, para lo cual dispone de la colaboración especializada de terceros, a fin de hacer llegar sus productos o servicios a los consumidores” (TURRIN, 2008)<sup>44</sup>

## 6.1 Naturaleza Jurídica

### ○ **Bilateral:**

---

<sup>43</sup> CNCom, Sala B, 17/2/87, ED, 123-461.

<sup>44</sup> TURRIN, Contrato de Distribución, pg.200.

En este contrato participan dos partes “el distribuido” o “productor y por otra parte “el distribuidor” ambas partes adquieren derechos y obligaciones.

- **Oneroso:**

Se concede la distribución y por tanto la exclusividad a cambio de “prendas” como garantía de las obligaciones crediticias por las compras que se realizaran reiteradamente; así como el descuento que recibirá el distribuidor entre el precio de compra y el precio de venta de los productos que adquiere.

- **Innominado:**

Este contrato no se encuentra tipificado en nuestra legislación, por lo tanto lo calificamos como innominado.

- **No formal:**

Al ser un contrato atípico y por tanto la ley no nos exige ningún tipo de formalidad, la única solemnidad que encontraremos es que se realice por escrito. Específicamente hablaríamos de que su perfeccionamiento necesita solo el consentimiento de las partes.

- **De adhesión:**

Como su nombre lo indica, el distribuidor se adhiere a las cláusulas que ha fijado el productor en el contrato, es decir no existe mayor discusión sobre ellas.

- **De tracto sucesivo:**

Las obligaciones que las partes han contraído se extienden a todo el tiempo para el cual se haya fijado el contrato; por ejemplo en el caso de las reiteradas compraventas a realizarse.

## **6.2 Clausulas frecuentes (NARANJO, 2006)<sup>45</sup>**

-Exclusividad para el distribuidor dentro de una zona geográfica determinada; no existirá “invasión” por parte de otros distribuidores en las zonas concesionadas.

-Fijación de un monto mínimo de ventas para el distribuidor; se fijara generalmente presupuestos semanales o mensuales no solo de venta, sino de compra al productor.

-Entrega de las mercaderías con descuento para el distribuidor. Aquí encontraremos marcada la diferencia entre el precio que concede el proveedor y el precio que el distribuidor entregara a los clientes en las zonas a él encargadas.

-Compromiso del distribuidor de no fabricar, vender o distribuir artículos de empresas competidoras del productor.

-Entregar los materiales publicitarios a los clientes; es común que el proveedor junto con las mercancías envíe al distribuidor promociones, premios y publicidad.

## **6.3 Características Principales: (FARINA, 2005)<sup>46</sup>**

Según Juan M. Farina las principales características del Contrato de Distribución son:

-Duración

-Exigencia de una venta mínima.

-Entrega de la mercadería al distribuidor con un descuento.

---

<sup>45</sup> MARIA DEL ROSARIO NARANJO, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg. 186

<sup>46</sup> JUAN M. FARINA, Contratos Comerciales Modernos, pg 492.

-Fecha de pago de las facturas.

-Lugar y forma de entrega de la mercadería y de acopio.

-Precios de venta.

-Estipulaciones sobre publicidad.

-Compromiso de los distribuidores de no fabricar, vender o distribuir otros artículos en competencia.

#### **6.4 Modalidades del contrato de distribución**

El contrato de distribución puede tener más de una vía para poder realizarse, todo esto depende de la organización económica con la que cuente el distribuidor y como este pretenda llegar al mercado, lógicamente el proveedor en el contrato puede fijar en sus cláusulas no solo el espacio geográfico, sino como su nuevo socio comercial realizara la venta de sus productos; entre las principales modalidades encontramos:

##### **❖ Distribución en dos niveles:**

Este tipo de distribución se efectúa cuando el distribuido o productor realiza la venta con el distribuidor o como lo mencionamos con su “nuevo socio comercial” y este último vende las mercancías directamente a sus clientes; es decir la cadena termina cuando esta tercera parte los compradores, a quienes encontramos en el mercado de bienes y servicios adquieren las mercaderías; lógicamente con el precio de venta obteniendo el distribuidor su comisión por este negocio.

##### **❖ Distribución en tres niveles:**

Según este modelo de distribución el productor, realiza la venta al distribuidor el mismo que es catalogado como “distribuidor mayorista”; una vez que ha adquirido las mercaderías este las vende al “comerciante revendedor”, es aquí en donde encontramos una cuarta parte que es el revendedor al “usuario final”. Debemos por tanto suponer que tanto el “distribuidor mayorista” como el “comerciante revendedor”, contaran con distintos precios de compra y precios de venta y ambos obtendrán una comisión el momento en el que cada uno sea accionante de transacción comercial. Estas dos últimas partes realizaran el ejercicio de su actividad de manera autónoma e independiente; cabe resaltar que el único que tiene una relación comercial directa con el proveedor es el distribuidor, el comerciante revendedor ya opera como cliente; por último el comerciante revendedor operara como un vendedor al por menor.

## **6.5 Partes del contrato**

### **El productor:**

Es la persona que se encarga de todo el proceso de producción de ciertos bienes y servicios, para que puedan ser distribuidos. Podemos encontrar que se lo denomina también “concedente”, quien es el fabricante de un determinado producto y por tanto representante de una empresa de gran conocimiento en el mercado; esta persona cederá el derecho de comercialización de sus productos en una zona geográfica; ya sea países, ciudades o específicamente ciertos sectores de una población.

“También puede tratarse de un importador o comercio mayorista que utilizando la colaboración de un distribuidor pretende penetrar un nuevo país, región o territorio”<sup>47</sup> Por

---

<sup>47</sup> CARLOS GILBERTO VILLEGAS, Contratos Mercantiles y Bancarios, pg. 720.

lo tanto hablaremos de que el distribuido tendrá como mediador al distribuidor, de manera que la responsabilidad de manejar el mercado será en su mayoría de este último.

### **El distribuidor:**

“Estructurado como empresa comercial, quien actúa en nombre propio y por lo tanto, asume toda responsabilidad frente al consumidor, excepto en lo referente a vicios de los productos”<sup>48</sup> Es decir el distribuidor se encargara de que los productos lleguen al mercado y que los mismos satisfagan las necesidades del consumidor, sin embargo esta responsabilidad no precisamente se reflejara cuando exista algún tipo de problema de fabricación de dicho producto, de ser el caso la responsabilidad será netamente del Productor.

El distribuidor por lo general tiene un sistema de comercialización estructurado, contando con los elementos para recibir grandes cantidades de mercaderías y los medios para que estas puedan ser distribuidas; cuentan con gran conocimiento de las zonas en donde efectuaran la distribución y clientes con los cuales manejaran una relación comercial, así como una cartera de crédito.

## **6.6 Derechos y obligaciones de las Partes**

### **Derechos del productor o distribuido:**

-Obtener las prendas por los créditos a conceder al distribuidor.

-Recibir el pago respectivo en los días que se haya concedido el crédito, por la venta de las mercancías.

---

<sup>48</sup> MARIA DEL ROSARIO NARANJO, Manual de Derecho Mercantil y Societario, pg.185.

-En algunos casos se puede exigir exclusividad en el momento de la comercialización del producto.

### **Derechos del distribuidor:**

- Recibir los porcentajes pactados de utilidad entre el precio de compra y el precio de venta.
- Que le sean entregadas las cantidades exacta de los pedidos que haya realizado al productor para poder abastecer al mercado.
- Devolver la mercadería por los vicios ocultos del producto.
- Mantener su exclusividad territorial para la distribución.

### **De las obligaciones del distribuido:**

- Entregar de la manera convenida las mercancías en condiciones óptimas para la venta al distribuidor.
- Comunicar al distribuidor si existe variación en los precios.
- Respetar el convenio de exclusividad con el distribuidor.
- Entregar los elementos publicitarios que sean necesarios para la venta de los productos.

### **De las obligaciones del distribuidor:**

- Pagar el precio acordado por las mercancías al distribuido.

- Preparar un establecimiento adecuado para el almacenamiento de los productos.
- Respetar las zonas de distribución que le han sido concesionadas.
- Cumplir con las actividades publicitarias contempladas en el contrato.
- Cubrir un presupuesto a través del mínimo de compras establecido.
- Permitir que el distribuido controle los medios utilizados para la venta de las mercancías.
- Guardar confidencialidad de los secretos comerciales de los productos a distribuir.

## **6.7 De la Terminación del Contrato**

El contrato de Distribución puede terminar por las siguientes causas:

- Por la operación del plazo determinado en el contrato.
- Según las causales previstas en el contrato como:
  - Quiebra o Concurso preventivo de alguna de las partes.
  - Por la muerte de alguna de las partes.
  - Cambio de la actividad comercial del productor o del Distribuidor de Acuerdo a como se haya convenido en el contrato.
  - Por Incapacidades Absolutas de alguna de las partes en concordancia al Código Civil Ecuatoriano.
  - El incumplimiento de acuerdos en cuanto a compras o los sistemas de
  - Distribución impuestos por el distribuidor; es decir el incumplimiento de

-Alguna de las partes en cuanto a las clausulas acordadas.

## **CAPITULO SEPTIMO**

### **7.- CONTRATO KNOW HOW**

#### **7.1 Del Contrato**

“La expresión inglesa *Know How* se refiere al conjunto de habilidades y conocimientos técnicos, comerciales y administrativos, necesarios para ejecutar en forma fácil y eficiente una determinada actividad de producción o comercialización. Este conjunto de conocimientos puede ser objeto de un contrato independiente o ser un elemento importante dentro de otras figuras contractuales, como la franquicia” (NARANJO, 2006) <sup>49</sup> Este tipo de contrato se basara en suministrar información o asesoría que resultan trascendentes en un proceso productivo, pues se verán en juego la transmisión de conocimientos

---

<sup>49</sup> DRA. MARIA DEL ROSARIO NARANJO HEREDIA, Derecho Mercantil y Societario, pg.203.

tecnológicos o administrativos para la realización de una actividad determinada que tiene como contraprestación una remuneración.

Por lo tanto el creador de un programa informático que contenga procesos para el manejo de la contabilidad de una empresa, explotara su producto mediante el traspaso de los derechos de uso a un comprador, brindándole la asesoría necesaria para el manejo de dicho sistema. Tendríamos entonces la transferencia de un flujo de información que una de las partes utilizará exclusivamente y guardara el sigilo respectivo sobre los conocimientos conferidos. La información que se concede se enmarca como un bien objeto de derechos y obligaciones en el ámbito jurídico, es decir hablamos de una protección pues existe un legítimo interés, el mismo que se refleja en la exclusividad de su uso, en el hecho de no ser divulgada la información conferida y en la preservación de la misma; partiendo de la idea de encontrarnos frente a la configuración de un interés legítimo por parte del titular del know how en la visión económica y moral.

“El know how es la suma de ciertos conocimientos o procesos, secretos y originales, que una persona tiene, y que, debidamente aplicados, dan como resultado un beneficio a favor de quien lo emplea” (FRAN MARTINS, 1969). Se concede por tanto el usufructo de los derechos que se derivan de procesos o fórmulas durante el tiempo que se estipule en el contrato, en donde también se determinara el precio que se pagara por esta transmisión de conocimientos.

“El juez Upjohn, a su vez, en el caso "Handley Page v. Butlerworth" ' consideró que *know how*, a pesar de no tener "un significa preciso", "es un activo". Evidentemente, tal definición tiene de ser calificada, ya que la información tecnológica no se contabiliza, como un

edificio. . . o basta como una patente. Lo mismo sucede, sin embargo, con otros elementos inmateriales de la actividad comercial -la respetabilidad, la imagen, la eficiencia del equipo de vendedores, etc. —, a pesar de que tales ítems puedan ser evaluados en dinero en caso de venta de la empresa.” (LORD RADCLIFF, Jurisprudencia Inglesa). En consecuencia por el pago que se realiza se confiere el uso de informaciones tecnológicas que resultan necesarias en el mercado, así surge la posibilidad de que el adquirente mantenga una posición diferenciada y privilegiada frente a sus competidores; este contrato además de contener un sistema tecnológico, emprende a las partes en una especie de Joint venture, pues se aventuran en el uso de dicho sistema ya que se enfrentan a nuevas oportunidades comerciales.

En el contrato de Know How encontramos diferentes áreas en donde podrá darse la negociación, estos ámbitos son: comerciales, económicos y técnicos, en base a estos presupuestos técnicos se concederá la licencia para su uso e implementación.

“Según definición de la Cámara de Comercio Internacional Know how significa, conocimientos aplicados métodos y datos que son necesarios para la utilización efectiva y puesta en práctica de técnicas industriales. Asimismo, según esta Cámara, el know how consiste en la totalidad de los conocimientos del saber especializado y de la experiencia, volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup>([http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_jud\\_s/Revista%20109/PDFs/12\\_Know\\_how.pdf](http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_jud_s/Revista%20109/PDFs/12_Know_how.pdf)) VISTO 6/Marzo/2015; 8h30.

## 7.2 Objeto del Contrato

"Es el negocio jurídico cuyo objeto es la cesión o transmisión del derecho sobre un conocimiento técnico reservado, realizada por su titular a favor de la otra parte, a cambio de una contraprestación".<sup>51</sup> (BENAVENTE, 2008)

Los modelos, prototipos, las formulas, transferencia de datos, instalaciones, técnicas de uso o aplicación, así como la asesoría o consultoría, constituyen l objeto del mencionado contrato; la aplicación resulta ser menos compleja de lo que nos imaginamos, partiendo de que la idea de que los conocimientos técnicos de los que hablamos son el eje del know-how, el beneficiario no está precisamente a la deriva con ellos, el los aplicara de acuerdo a las técnicas de uso que el cedente otorga, es decir el trabajo es conjunto; el pago de las regalías respectivas no solo se enmarcan en el adquirir las formulas, también aplicaremos el derecho del adquirente para aprender a utilizarlas, manejarlas y aplicarlas de acuerdo a su necesidades.

Es necesario recalcar que la cesión de propiedad de un know-how es total hacia el licenciatarario, debido a que el adquiere los conocimientos técnicos en su totalidad, en un mercado de bienes y servicios pagando un precio por ellos, teniendo la oportunidad de aplicarlos libremente, sin embargo la titularidad de dicha creación intelectual se quedaría con el cedente, quien tiene como garantía la no divulgación de sus secretos técnicos, aplicados en "el programa" que se está comercializando.

El Know-How se conjuga como un "conocimiento fundamental", en donde tendremos la transferencia de un bien al que denominaremos "tecnología"; gracias al auge del comercio a

---

<sup>51</sup> ([http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci_arttext))  
VISTO 6/Marzo/2015; 9h00

escala nacional e internacional, los conocimientos administrativos no son suficientes, es precisamente gracias a esto que todo apoyo tecnológico en donde encontremos: “técnicas, información secreta, teorías y datos privados” serán de providencial utilidad para el manejo, no solo del funcionamiento técnico sino para mantener a salvo una base de clientes o proveedores, dependiendo del negocio en el que pretendamos aplicar este sistema.

### **7.3 Elementos del Contrato de Know How**

Para lograr con facilidad comprender a este contrato, intentaremos enumerar los elementos que los componen:

- **Derecho transferido**

El titular del know how mantiene propiedad sobre los conocimientos técnicos que ha desarrollado, esta característica le da la posibilidad de comercializar su creación y obtener un beneficio económico por ello. Debemos tener presente que la titularidad o el derecho de propiedad sobre el know how siempre lo mantendrá el cedente, puesto que es quien lo ha creado, el beneficiario lo que obtendrá es la posibilidad de usufructuarlo en el ámbito comercial en el que se pretenda implementarlo. Sin embargo al hablar de un contrato no regulado por la ley, las partes podrían pactar que se transfiera incluso la titularidad.

- **Cesión**

Como lo mencionamos previamente se confiere tanto el uso y explotación el momento en el que se ha cedido el know how, esto incluso podría darse únicamente por un tiempo determinado. “Esta cesión está sujeta a las restricciones que el transmisor pueda estipular: tiempo, territorio, prohibición de sub-cesiones, etc., las cuales, demuestran la posesión y

ejercicio de potestades que el ordenamiento jurídico reconoce al titular de los conocimientos técnicos reservados: validez, efectos y protección, es decir, derechos." (BENAVENTE, 2008)<sup>52</sup>

#### ▪ **Conocimientos técnicos**

Una vez que hemos entendido al Know How como un saber, basado en conocimientos técnicos, de posible aplicación en el ámbito comercial, entenderemos que son susceptibles de contratación gracias que su aplicación en una actividad empresarial determinada, otorgaría beneficios frente a los competidores más próximos. Estos conocimientos técnicos fácilmente se traducen en una utilidad económica mediante las formulas o resquicios tecnológicos que este posea; precisamente porque no son de común uso a nivel industrial, tecnológico o comercial confieren al beneficiario la posibilidad de explotarlo, siempre y cuando reconozca que esto responderá a un valor económico por el mismo.

### **7.4 Partes**

Las partes que intervienen en este contrato son:

#### **El licenciante:**

Esta parte se caracteriza por ser la titular del Know How, es quien autoriza la explotación del producto por un tiempo determinado, comprometiéndose a prestar el soporte necesario para su utilización. También podríamos definirlo como el proveedor de un conocimiento

---

<sup>52</sup> ([http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci_arttext))

técnico, el cual transfiere un conocimiento de carácter secreto y exclusivo a su contraparte; con el fin de que no solo contribuya con el mejoramiento de la producción sino que también apoyara a las actividades comerciales del adquirente del know how. El precio a pagar por esta licencia se ha denominado regalía, traducción del termino anglosajón “ROYALTY”.

“El *transferente o licenciante* del know-how como titular de los conocimientos, el cual se obliga a transferir los conocimientos técnicos, modelos o avances constitutivos del know-how. Podría también incluirse la asistencia técnica para el adiestramiento del personal del usuario.” (BRAVO, 2003)<sup>53</sup>.

Esta primera parte por tanto es el creador intelectual del conocimiento técnico el mismo que a futuro cuando el know-how es comercializado, se constituirá proveedor; cediendo de esta manera el uso, goce y explotación sin dejar de lado que el cedente está ligado al tener la obligación de asesorar al licenciataria todo lo que compete a la ejecución eficiente del producto. Básicamente podríamos concluir en que lo que se está cediendo son las “atribuciones del derecho de propiedad”, mas no la propiedad en sí, puesto que este se mantendrá con su creador, ya que como lo mencionamos es el titular de las formulas o conocimientos técnicos.

## **Beneficiario**

---

<sup>53</sup> [http://mp.peru-v.com/ge/ge\\_contratos\\_know.htm](http://mp.peru-v.com/ge/ge_contratos_know.htm). VISTO 6/Marzo/2015. 9h30.

Se constituye como tal, ya que es la Persona Natural o Jurídica que “producirá o comercializara con la debida autorización, el saber, el conocimiento o experiencias que corresponden al cedente”. (RODRIGUEZ, 2010)<sup>54</sup>

El licenciatarario tendrá derecho a utilizar el know how una vez que ha cumplido con su obligación económica, es en este punto en el que se cumplirá la contraprestación estipulada; sin embargo le será imposible revelar los secretos técnicos que este contenga; ajustándose a los estándares de calidad que el cedente le imponga para la utilización del sistema que tratamos. En un intento por simplificar este ejercicio podríamos resumirlo en que una vez que el beneficiario ha adquirido el conocimiento técnico, es decir un know how, podrá automatizar su ejercicio laboral ya sea técnico, comercial, industrial o administrativo desencadenándolo en el esperado desarrollo de su actividad y por tanto se transforma en competente.

Más allá de un futuro éxito económico por la utilización del know how, podríamos decir que el licenciatarario tendrá:

- Un posicionamiento en el mercado frente a sus competidores.
- Manejo tecnológico y una eficiente administración de los recursos propios de su actividad.
- Asesoría para aplicar de forma adecuada los conocimientos técnicos que se le han cedido.
- Garantía en cuanto a que el secreto con el que se maneje el know how, no le será revelado a ningún otro ente, manteniendo e usufructuó del mismo.

---

<sup>54</sup> ([http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2\\_parte4\\_sec3\\_cap3.pdf](http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap3.pdf)) VISTO 6/Marzo/2014; 9h50.

## **Obligaciones del cedente**

-Proporcionar las fórmulas o conocimientos técnicos del producto, es decir poner a disposición de la contraparte, los conocimientos propios o constitutivos del know-how.

-Brindar las capacitaciones necesarias al Beneficiario o a sus colaboradores, para poder manejar dichos conocimientos.

-Resolver los inconvenientes técnicos que a futuro pudiesen surgir.

## **Obligaciones del beneficiario**

-Pagar las regalías establecidas en el contrato.

-En caso de existir una cláusula de confidencialidad, el beneficiario debe abstenerse de revelar los conocimientos técnicos que está utilizando, es decir se configura la protección a los secretos industriales.

## **7.5 Naturaleza Jurídica**

Por su Naturaleza Jurídica, este contrato es:

- **Bilateral**

En este contrato intervienen dos partes, en primer lugar el titular del know how, persona que ha desarrollado el conocimiento técnico y que tienen la intención de cederlo al beneficiario o licenciatarlo que será quien pueda manejarlo, dotando de la tecnología necesaria para que un negocio pueda mantener su eficiencia comercial a la altura de sus competidores e incluso otorgándoles una “posición privilegiada”.

- **Innominado**

En ninguna de las leyes Ecuatorianas encontraremos algún tipo de regulación sobre este contrato, es por esto que necesariamente debe realizarse por escrito, con el fin de que las partes puedan incluir los parámetros que beneficien a ambos,

- **Consensual**

Se perfecciona únicamente con el acuerdo de las partes, en el momento en el que el cedente otorga al beneficiario la explotación del know how que él ha creado.

- **Oneroso**

El beneficiario pagara una regalía por los conocimientos técnicos que el licenciante cede, dicho pago contemplara no solo la utilización del know how, sino como su nombre lo indica, nos pondrá frente a “cómo hacerlo”.

- **De tracto sucesivo**

No lo categorizaremos de inmediato cumplimiento, puesto que si bien es cierto se confiere la utilización de una tecnología, en un espacio de tiempo el cedente deberá suministrar la información necesaria para aplicar el know how, es decir una “asistencia técnica”.

- **Principal**

No depende de otro contrato para subsistir, es decir es un negocio jurídico autónomo.

## **7.6 Clases de know how (CHAVEZ, 2012)**

La transferencia de los conocimientos que involucra el Know How, las podemos distinguir de manera simple en dos formas:

### **Contrato know how puro:**

El contrato de Know How puro es aquel en donde encontraremos la cesión de los conocimientos técnicos en un proceso productivo. En el momento en que tenemos la cesión los derechos de titularidad se mantienen con el licenciatario, los conocimientos técnicos simplemente serán susceptibles de uso comercial por la persona que ha pagado la regalía, es decir el beneficiario.

### **Contrato know how mixto:**

Aquí encontraremos que además de la cesión de conocimientos técnicos, se confiere también la transferencia de la titularidad del know how. Existiría un “derecho exclusivo de propiedad” sobre el know how transferido. Entraría en juego las acepciones de propiedad industrial puesto que, además de transferir tecnología y la titularidad de la misma, se contaría con el beneficio de obtener patentes o marcas que le sean inherentes.

## **7.7 Terminación del Contrato**

- Por incumplimiento de alguna de las partes, en cuanto a las cláusulas establecidas.
- De acuerdo al tiempo, si se ha estipulado un plazo para su ejecución.
- Por el cumplimiento de lo establecido en el contrato.
- Por muerte del cedente o del beneficiario.

## CAPITULO OCTAVO

### 8.- CONTRATO DE SHOPPING CENTER

#### 8.1 Antecedentes

“Podemos encontrar el origen de los shopping center en los E.E.U.U., en la década de los 50, ante la conformación de grandes centros urbanos con numerosa población. La organización comercial de los shopping centers ha resultado ser exitosa en todos los países en que se ha implantado, generando una saludable desconcentración urbana. La definición adoptada por la INTERNATIONAL COUNCIL OF SHOPPING CENTERS de los E.E.U.U. expresa que se trata de un grupo de establecimientos comerciales unificados arquitectónicamente.” (Silvia Semperena, 2000)<sup>55</sup>

En el Ecuador los centros comerciales datan hacen más de treinta años con los estándares internacionales que hoy conocemos, no podemos dejar de lado que la agrupación de diferentes entes económicos en un lugar determinado ha sido el día a día de la actividad comercial ecuatoriana; en los últimos diez años ha sido imposible que pase desapercibido el crecimiento y modernización de los principales centros de compras, hablando de Quito principalmente están a la cabeza de lo vanguardista, centros comerciales como: “EL Jardín”, “Sala Shopping”, “Paseo San Francisco”, “ Unicentro Shopping”, en donde

---

<sup>55</sup> Silvia Semperena, G. M. (13 de DICIEMBRE de 2000). *DIARIO JUDICIAL*. Recuperado el 18 de NOVIEMBRE de 2014, de [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia\\_0015.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia_0015.html)

encontrar las mejores marcas o los mejores restaurantes resulta sencillo. Si hablamos a nivel cultural, tuvimos la tenencia impulsada por el Municipio de Quito de agrupar a aquellos comerciantes que se ubicaban en el sector “IPIALES” en los denominados “CENTROS COMERCIALES DEL AHORRO”. Ya se dirigido a un estrato medio y medio alto, o a un sector medio bajo la posibilidad de interactuar en un mercado de bienes y servicios está al alcance de todos quienes se ajusten a un contrato de este tipo.

## 8.2 Del contrato

La Comercialización en Centros Comerciales ha tenido una gran acogida en el país y en todo el entorno nacional en el que nos desarrollamos, debido a que constituye uno de los motores principales para las economías locales; el objeto de este tipo de negocio jurídico radica en que propietarios de un inmueble comercial ceden la tenencia de alguno de los locales que aquí funcionan, para que una empresa determinada pueda ejercer su actividad comercial en uno de estos centros. *“La empresa propietaria y organizadora del centro de compras entrega al comerciante la tenencia de un local determinado por un precio pactado para su explotación comercial. (NARANJO, 2006)<sup>56</sup>.”* Este tipo de contratos tendría cierta similitud con la figura de un arrendamiento ya que por el pago de una cantidad determinada, se concede el uso del espacio físico en donde se encuentran los locales comerciales.

Este contrato tiene como fin que en una sola entidad comercial “Shopping Center” se integre en un mismo lugar “la mayor cantidad” de actividades posibles; encontrando diversos servicios y opciones de comercio que tienden a cubrir las necesidades del

---

<sup>56</sup> MARIA DEL ROSARIO NARANJO, DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO. Pag. 183.

consumidor promedio en su zona de confort, es decir facilitando el acceso a lo que sus necesidades comerciales requieren ya sean estas dirigidas a la elección, adquisición dirigidas a los bienes y servicios que se ofrecen. (MARTORELL, 2010)<sup>57</sup>

### **8.3 Partes que intervienen en el contrato**

#### **Empresa propietaria**

Es el grupo de personas o persona jurídica que tienen la propiedad de un Centro Comercial y quien cederá el uso de sus instalaciones a las diferentes entidades interesadas en tener su actividad en dicho establecimiento. La podemos llamar también LOCADORA. “El organizador puede ser una persona física o jurídica, titular del emprendimiento, o especialmente contratada para cumplir con la función organizativa: organiza, fiscaliza y planifica dicho emprendimiento comercial. Existe una obligación, cuyo deudor es la empresa organizadora, de planificar y conducir el shopping center.”(EL LITORAL, 2008)<sup>58</sup>

#### **Comerciante**

La persona natural o jurídica, que tiene a su cargo una marca o institución comercial, bancaria o de cualquier índole; se lo puede denominar “LOCATARIO”, quien por el pago de una cifra similar a un arriendo puede utilizar las instalaciones de un Centro Comercial.

“El comerciante que toma en “arrendamiento” un local determinado, quien puede ser denominado locatario. La ventaja para los tenedores del local consiste en que el prestigio de

---

<sup>57</sup> MARTORELL, Ernesto. TRATADO DE DERECHO COMERCIAL. Contratos Comerciales Modernos. Pag. 518.

<sup>58</sup> UN DESAFIO PARA EL DERECHO CONTRACTUAL.

<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2008/10/11/nosotros/NOS-08.html>. VISTO, Diciembre del 2014.

los propietarios del centro comercial y las campañas publicitarias por ellos desplegadas garantizan la afluencia del público a sus instalaciones” (NARANJO, 2006)<sup>59</sup>

### **Obligaciones de la empresa locadora:**

- Está en manos de la empresa propietaria del centro comercial su administración.
- Esta parte generalmente se encarga de la publicidad en general del establecimiento, para que de esta forma se capten los clientes necesarios para que le genere utilidad.

### **Obligaciones del comerciante locatario:**

- Esta parte se rige a los horarios de atención que el Centro Comercial maneja, es decir los locales comerciales se ajustan a todos los días, fines de semana y feriados en los que el establecimiento está abierto al público.
- Tiene como obligación de ajustarse a los planes de ofertas o descuentos que el centro comercial maneje como campaña publicitaria.
- El local comercial debe trabajar bajo los estándares de imágenes que maneje el establecimiento. Aceptando esta parte los gastos por mantenimiento o remodelación, dentro del tiempo en el que se ha fijado en contrato.
- Realizar cumplidamente los pagos que se acordaron previamente en el contrato por la utilización de los locales cedidos.

## **8.4 Derechos y Obligaciones de las partes**

### **Derechos de la empresa locadora**

---

<sup>59</sup> MARIA DEL ROSARIO NARANJO. Derecho Mercantil y Societario. Pag. 183.

- Recibir de acuerdo al tiempo que se haya fijado en el contrato, ya sea mensualmente el pago por la utilización de sus locales comerciales.
- Que el comerciante locatario se ajuste a las cláusulas que ha dispuesto en el contrato que se ha emitido.
- De acuerdo al contrato, tiene el Derecho a recibir las contribuciones necesarias para que puedan realizarse las campañas publicitarias que se han dispuesto.
- Que se cumplan con los horarios de funcionamiento, es decir que el locatario no ponga ningún tipo de restricción a los manejos de tiempo e incluso a los estándares de imagen que tenga el Centro Comercial.

### **Derechos del cliente locatario**

-Distribuir o comercializar los productos o servicios que dependan de su actividad comercial en un establecimiento determinado.

-Qué se ejecute el contrato en los plazos necesarios para que su inversión se vea amortizada y rentable. (MARTORELL, 2010)<sup>60</sup>

-Concesión de la explotación de diversas ramas comerciales y prestación de servicios dependiendo de su actividad

### **8.5 Naturaleza Jurídica**

- **Bilateral:**

---

<sup>60</sup> MARTORELL, Ernesto. TRATO DE DERECHO COMERCILA. Contrato de Shopping Center. Pag. 533.

Intervienen dos o más partes, que ejecutaran un “arrendamiento” de los locales comerciales, la una parte en calidad de dueña del inmueble en donde funcionara el Centro Comercial y la contraparte quien establecerá su actividad comercial en este lugar.

- **Oneroso**

Por la utilización de los locales comerciales el Locatario se compromete a pagar un rédito, así como los gastos que se hayan pactado previamente en el contrato; ya se en cuestiones de mantenimiento o el pago de una alícuota que generalmente la pagan todos quienes tienen a su cargo cada local. Cabe resaltar que esto es temporal, es decir por medio de este contrato no podría comercializarse la venta de un espacio en el establecimiento comercial.

- **Conmutativo**

Con este contrato cada parte contrae por igual una obligación de dar y hacer. Es por tanto un contrato de cooperación mutua en donde el locatario y la empresa locadora tendrán por igual obligaciones y derechos que acatar, es decir cada una deberá cumplir a cabalidad las disposiciones que se han establecido en el contrato celebrado.

- **De adhesión**

La empresa propietaria del Centro Comercial es quien establece las condiciones bajo las cuales regirá este contrato, establecimiento las reglas de juego para el interesado en la “tenencia del local”; por tanto es todo lo contrario a un contrato de libre discusión ya que el “Locatario” debe ajustarse a los lineamientos que se le impongan.

- **Principal**

Es un contrato que subsiste por sí mismo, no necesita de otro tipo de convención. Con el acuerdo firmado en el Contrato de Shopping Center, este subsiste y sea hace efectivo surtiendo los efectos legales del caso. No necesita de ningún otro contrato para que este pueda ser llevado a cabo en los términos y condiciones acordados.

- **Innominado**

En nuestro Código de Comercio no existe ningún tipo de reglamentación acerca de este contrato, limitándonos a que su única solemnidad es que se lo realice por escrito. Hemos encontrado como referencia al **“INTERNATIONAL COUNCIL OF SHOPPING CENTERS”** de los Estados Unidos de los años 50, en donde se establecieron los lineamientos necesarios para el manejo de estos contratos. Por otro lado en Uruguay se lo maneja como un contrato de arrendamiento; en todo caso en estos dos ejemplos tendríamos una tipicidad de algún tipo en cuanto a este contrato.

## CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones hacen referencia a las consideraciones por las que los contratos modernos deberían ser parte de la Legislación Ecuatoriana, es decir constar en el Código de Comercio.

1.- Catalogamos a los contratos modernos como innominados, ya que las leyes ecuatorianas, principalmente el código de comercio no los regula.

2.- Las exigencias en los procesos de modernización en la economía a escala mundial exigen que la Legislación de cada país tenga también un avance en concordancia a la producción de nuevos bienes y servicios. Los negocios jurídicos que día a día se están generando se ajustan a las necesidades comerciales de la sociedad y El Marco Legal Ecuatoriano está obligado a regular la mayoría de las modalidades contractuales que se están manejando.

3.- Desde 1960 nuestra Ley no ha evidenciado avance alguno en lo que ha legislación comercial respecta, el retroceso que representa la falta de innovación y el desajuste a los requerimientos legales y contractuales de los Códigos de Comercio que rigen a nivel mundial frena el desarrollo del Ecuador en su entorno Mercantil.

4.- Este tipo de contratos tienen una base muy limitada en lo referente a materia civil, y casi nula en materia mercantil, reflejándose en el uso de la costumbre como fuente para estos actos.

5.- Los contratos modernos tienen requisitos de interpretación y forma de los contratos tradicionales, sin embargo cada uno se maneja de forma estandarizada precisamente porque la mayoría de ellos se manejan consuetudinariamente, un ejemplo es el contrato de distribución pues los contratos de este tipo constan de las mismas partes, es decir se manejan modelos comunes para su elaboración, los mismos que no tienen reglamentación mercantil. La base es únicamente los requisitos de forma comunes a los contratos civiles, como el hecho de que se realizan por escrito.

6.-En el país los contratos de común uso son: Distribución, Factoring, Joint Venture, Know How y Shopping Center. Generalmente son celebrados entre personas Naturales o Jurídicas nacionales con grandes empresas internacionales.

7.- La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales tiene por objeto la integración comercial entre los países que integran el continente americano y que de esta manera se faciliten los procesos para la contratación internacional removiendo las diferencias que se puedan presentar de acuerdo al marco jurídico de cada país.

8.- Los principios UNIDROIT establecen las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, estas reglas pueden ser aplicadas cuando las partes hayan acordado que el contrato se rijan a estos principios, así como cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; básicamente la función de estos principios es interpretar o complementar el derecho nacional en el caso de los contratos innominados y en el caso de aplicar instrumentos internacionales de derecho.

9.- La legislación Estadounidense es la única que contempla contratos modernos como el Shopping Center o el Know How por citar breves ejemplos, sin embargo países como España, México y Uruguay no manejan ninguno de estos temas en sus Códigos de Comercio, situación que se repite en el Ecuador y los países fronterizos.

10.- Los contratos atípicos o innominados tienen como tal el gran problema de no saber que normativa les debe ser aplicada, este conflicto genera vacíos en cuanto al manejo de estos instrumentos que se manejan a diario y que por el gran desarrollo de la economía a escala mundial, necesitan bases consolidadas en la ley; en nuestro caso puntualmente en el Código de Comercio que debe empezar por manejar conceptos claros y modernos económicamente hablando.

## RECOMENDACIÓN

En el desarrollo del análisis de la doctrina contractual moderna podemos evidenciar los vacíos normativos a los que nos enfrentamos, la necesidad de que nuestro Código de Comercio nos brinde las garantías básicas para el proceso contractual resulta urgente. Una vez que en la primera parte realizamos un breve repaso por varios autores, concluimos por tanto en que la ley (Código de Comercio) como tal debe ser actualizada. El legislador no puede permitir que en el Ecuador el manejo de ciertos negocios jurídicos tengan como única fuente las Costumbres Mercantiles, más aun tomando en cuenta que si mejoramos nuestras leyes o mejor dicho las actualizamos, estaríamos al mismo nivel de desarrollo contractual que países del primer mundo. A continuación me permito presentar un modelo de cómo deberían estar básicamente incluidos los contratos que hasta ahora hemos determinado como innominados y sobre todo empezando por definir al Contrato Mercantil

en toda su expresión, detalles que a la vista podrían parecer obsoletos pero que en la práctica mercantil resultan de gran utilidad.

El proyecto de ley contempla nociones básicas, derechos y obligaciones de las partes, dependiendo de cada contrato y lógicamente una definición de fácil entender para quienes deseen manejar cada uno de ellos. En síntesis la propuesta es clara, empecemos a manejar conceptos en nuestro Código de Comercio, cuerpo legal que hasta el día de hoy no ha mostrado mayor actualización frente a los retos comerciales modernos. A continuación se encuentra un ejemplo de cómo deberían estar estructurados e incluidos en nuestra Ley de Comercio los contratos mercantiles modernos más utilizados en el país.

## **PROYECTO DE INCLUSIÓN DE CONTRATOS INNOMINADOS (MODERNOS) EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL ECUATORIANA**

### **I. DEL CONTRATO MERCANTIL**

**Artículo(..).- [Contrato Mercantil].-** Acuerdo por el cual convergen el concurso real de dos o más voluntades que se comprometen a ejecutar obligaciones de dar o hacer, es esencial en este tipo de contratos que una de las partes tenga la calidad de comerciante, es

decir que haga del comercio su actividad habitual. El elemento final en este tipo de contratos es el lucro y por tanto la obtención de ganancia por este negocio jurídico.

**Artículo(..).- [Clasificación de los Contratos Mercantiles].-** Los Contratos Mercantiles se clasifican de la siguiente manera:

- 1.- Según su objeto, puede abarcar todas las actividades permitidas por la ley.
- 2.- Por su volumen pueden dedicarse al comercio por mayor y menor.
- 3.- Según su naturaleza jurídica (Compra venta, comisión, transporte, seguros, etc.)
- 4.- Según el lugar donde se realiza el comercio puede ser interno o internacional.
- 5.- Según el medio de transporte utilizado, el comercio es terrestre, marítimo, fluvial, aéreo.

## **SOLEMNIDADES RELATIVAS A TODOS LOS CONTRATOS MERCANTILES**

Los Contratos mercantiles en pro de buscar la eficiencia y cumplimiento legal de lo en esta ley estipulado, deben someterse a las siguiente formalidades.

- Ser realizado por escrito (incluirá el objeto, la causa y el precio)
- Celebrado ante Notario que de Fe Publica de la Licitud del contrato.
- Inscrito en el Registro Mercantil del Cantón en donde se celebre.

## II. DEL CONTRATO DE FACTORING

**Artículo(..)-[ÁMBITO DE APLICACIÓN].-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado al Factoring, así como, las operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto una operación crediticia, ya sea a la gestión o cobro de los mismos.

**Artículo(..)-[DEFINICIONES].-** A los efectos de la presente ley, el Factoring se le considera como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Factoring.-** contrato por el cual un Banco o una Institución Financiera especializada ofrece la prestación de un servicio correspondiente a tres áreas: la atención financiera, administrativa y contable de la cartera de créditos de una persona que desea contratar este servicio, a cambio de un pago.

**B) Objeto del Factoring.-** Entrega la gestión de cobranza de un crédito y por tanto el riesgo, esto a cambio de una comisión denominada “factoraje”. En este contrato tenemos una transferencia de una obligación comercial de la que tenemos pendiente un cobro, confiriéndole la autorización de realizar dicho cobro a un Factor, quien se encargara de cobrarla, esto a cambio del pago de los gastos que se generen por su intervención. El contratante por tanto se compromete a entregar facturas que posee de terceros deudores, incluso a realizar la notificación respectiva a estos de dicha transferencia; de esta forma el

factor podrá realizar sus gestiones de cobranzas, tomando en cuenta que previamente se realizó el pago de las mismas al contratante.

**C) Factoring como Contrato de Asesoría.-** El contrato de Factoring también podría

incluir asesoramiento respecto a: -Conveniencia o Inconveniencia de determinados clientes o proveedores.

-Marketing.

-Ventas.

-Control de Facturas.

-Técnicas Contables especializadas.

-Suministro de Información Estadística.

## **DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO**

**Artículo (..)- [El Factor].-** Se configura en una Institución Financiera o una Empresa prestaría de los servicios de Factoring. También s denominado “Sociedad de Factoring”.

**Artículo (..)- [El Cliente Adherente].-** Es la persona natural o jurídica que teniendo un volumen importante de cartera presenta al factor o sociedad de factoring sus estados financieros, sus sistemas de venta, en general la información comercial respecto de sus deudores, de tal suerte que con esa información y una vez celebrado el contrato logra que el factor liquide de contado su cartera

## **DE LAS OBLIGACIONES DEL FACTOR**

**Artículo (..)-** Son obligaciones del Factor:

a.- Pagar las cuentas aprobadas. Es decir pagar “el precio” por las facturas que aún no están vencidas cuando le han sido entregadas.

b.- Cobrar los créditos.

c.- Cubrir los servicios que se hubiesen convenido en el contrato por facturación y contabilidad.

d.- El factor en síntesis sustituye al propietario de dichas facturas y tiene la potestad de reclamar las obligaciones que tienen con él los deudores.

## **DE LAS OBLIGACIONES DEL CLIENTE ADHERENTE**

**Artículo (..)-** Son obligaciones del Cliente Adherente:

a.-Entregar los créditos (Facturas).

b.- Comunicar al factor los pagos que le hubieren realizado directamente los clientes objeto de la cesión.

c.- Garantizar la existencia de una obligación.

d.- Permitir el control y verificación de sus estados contables, esto siempre y cuando el contrato tenga por objeto la asesoría administrativa.

e.-Pagar la comisión al factor y las obligaciones monetarias que se hayan pactado.

f.- Notificar a los terceros (deudores) acerca de la celebración del contrato de factoring, ya que con ello se les comunica que ahora el pago debe realizárselo al factor.

## **DE LOS DERECHOS DEL FACTOR**

**Artículo (..)-** Son derechos del factor:

- 1.- Aceptar o rechazar los créditos.
- 2.- Cobrar al adherente cuando él hubiese realizado el cobro de alguno de los créditos entregados.
- 3.- Transferir a otro factor los créditos que tengan a su cargo.
- 4.- En el caso de una asesoría revisar los libros contables de la empresa a la que se brinda el asesoramiento.
- 5.- Resolver el contrato en caso de incumplimiento.

## **DE LOS DERECHOS DEL CLIENTE ADHERENTE**

**Artículo (..)-** Son derechos del cliente adherente:

- 1.- Cobrar por los créditos que se han cedido al factor.
- 2.- Exigir el cumplimiento de los servicios que se hubiesen contratado.
- 3.- Resolver el contrato en caso de incumplimiento.

## **DE LAS ACTIVIDADES DEL FACTOR**

**Artículo(..)- [Actividades del Factor].-** Le son inherentes al Factor las siguientes actividades:

- 1.- Gestión de la cartera de deudores.
- 2.- Financiamiento de recursos a base de aquella
- 3.- Cobro de los créditos que una empresa tiene a su favor.
- 4.- Protección frente a los riesgos del crédito.

## **DE LA EXTINCION DEL CONTRATO:**

**Artículo (..)-** El contrato de Factoring puede terminar por el acontecimiento de las siguientes situaciones:

- 1.- Por el Incumplimiento del plazo.
- 2.- Por el Incumplimiento del contrato.
- 3.- Por el acuerdo de las partes, siempre y cuando esto se haya convenido previamente en el contrato.
- 4.- Por Recisión o anulación del contrato.
- 5.-Se puede estipular como causa de terminación del contrato que la empresa factoreada o el factor se encuentren en proceso de quiebra.

### **III.- DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE**

**Artículo(..)-[ÁMBITO DE APLICACIÓN].-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado al Joint Venture, así como, las operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto un agrupamiento temporal de las empresas, para desarrollar tecnología, presentar ofertas, ejecutar obras públicas, proveerse mutuamente de materias primas o comercializar ciertos productos.

**Artículo(..)-[DEFINICIONES].-** A los efectos de la presente ley, el Joint Venture se le considera como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Joint Venture.-** Cuando hablamos de un Contrato de Joint Venture encontraremos que se trata de la cooperación entre empresas una cooperación industrial en una aventura conjunta, que pretende formar una alianza comercial estratégica, las empresas que se unen pretenden alcanzar mediante el trabajo en conjunto que los riesgos por estar inmersos en el mercado se reduzcan o que al menos sean compartidos.

**B) Contenido Básico de un Contrato Joint Venture.-**

- a.- Cuestiones relacionadas al control de la empresa.
- b.- Aportaciones de Capital que se realicen a la fusión que se crea.
- c.- Como se dividirán las Utilidades que se generen.
- d.- Todo lo referente a la administración de la empresa.
- e.- Cuando y cuáles son las posibilidades para dar por terminado el contrato.

## **DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

- 1.- Derecho común para representar y obligar a los demás
- 2.- Entregar sus contribuciones
- 3.- Controlar la empresa
- 4.- Actuar de buena fe
- 5.- No concurrencia
- 6.-Asumir las perdidas

## **DE LA TERMINACION DEL CONTRATO**

- a.- De acuerdo al tiempo que se necesite para la ejecución del proyecto para el que las empresas firmaron el contrato.
- b.- Por el tiempo que las partes hayan fijado en el contrato para la duración del Joint Venture.
- c.- Este contrato puede terminarse por muerte de alguno de los contratantes o incapacidad de alguna de las partes que afecten de determinada manera a la consecución del contrato, ya sea porque una de ellas aportaba con un elemento de producción que sea indispensable para la realización del proyecto.
- d- Por el incumplimiento del contrato por alguna de las partes contratantes.

#### **IV. DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

**Artículo(..)-[ÁMBITO DE APLICACIÓN].-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado a las Franquicias, así como, las operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto la venta de productos o servicios a través de una licencia.

**Artículo(..)-[DEFINICIONES].-** A los efectos de la presente ley, la Franquicia es considerada como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Franquicia.-** Relación jurídico-económica que permite la concesión de una marca y productos o servicios. Sistema de comercialización que ampara la imagen comercial y métodos operativos a la persona a la cual le es otorgada la Franquicia.

##### **B) Elementos Principales.-**

b.1.- Otorgamiento de un derecho o licencia de operar un negocio, asociado con el uso de una marca, símbolo o logotipo.

B.2.- Ejercicio de un control por el otorgante del producto o servicio sobre las operaciones.

b.3.- Pago por un canon o regalía.

b.4.- Transferencia o suministro al tomado de los conocimientos técnicos.

b.5.- Cumplimiento de la reglamentación tendiente a la protección del prestigio de la marca.

## **PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO**

**Artículo (..)- [El Franquiciante].-** Persona Natural o jurídica que otorga el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo un nombre comercial o marca. El franquiciante permite el uso de su marca y por tanto del logotipo característico de su negocio; así como su sistema de administración y comercialización.

**Artículo (..)- [El Franquiciado].-** Parte que opera bajo un nombre comercial conocido, un método y/o procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos

## **Artículo (..)- DERECHOS DEL FRANQUICIANTE**

Son derechos del Franquiciante:

- 1.- Inspeccionar el local del franquiciado y tomar muestras del producto.
- 2.- Fijar l el Precio de venta de los productos y servicios
- 3.- Determinar el monto mínimo de ventas.

- 4.- Recibir el pago (canon y regalías) en contrapartida de la licencia en el plazo y las condiciones pactadas.
- 5.- Autorizar a no subfranquiciantes.
- 6.- La demás que se fijen en el convenio.

#### **Artículo (..)- DERECHOS DEL FRANQUICIADO**

Son Derechos del Franquiciado:

- 1.- Tener la exclusividad territorial de la distribución de los bienes o servicios.
- 2.- Exigir la entrega de los bienes que van a ser distribuidos.
- 3.- Hacer uso de la marca, nombre comercial, diseños o propiedad intelectual de la compañía franquiciante.
- 4.- Recibir asesoría técnica, administrativa y publicitaria de la compañía franquiciante.
- 5.- Las demás que se establezcan en el contrato.

#### **Artículo (..)- OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE**

Son obligaciones del Franquiciante:

- 1.- Conceder una exclusividad territorial.
- 2.- Prestar asistencia financiera.

- 3.- Respetar el plazo de duración de la franquicia;
- 4.- Proporcionar los productos para su distribución o comercialización.
- 5.- Realizar entrenamientos, dar asesoría técnica, administrativa y publicitaria.
- 6.- Las demás que contemple el convenio contractual.

#### **Artículo (..)- OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE**

Son obligaciones del Franquiciante:

- 1.- Realizar las inversiones pactadas para la instalación del negocio.
- 2.- Respetar la circunscripción territorial en la cual debe realizar sus operaciones.
- 3.- Cumplir con el mínimo de ventas que fije el franquiciante.
- 4.- Pagar el canon y la regalía de acuerdo a lo convenido por la concesión que se le hace.
- 5.- Confidencialidad sobre las invenciones y propiedad intelectual del franquiciante.
- 6.- Prohibición de competir con su franquiciante en negocios similares.
- ‘7.- Las demás que contemple el convenio contractual.

### **V. DEL CONTRATO DE DISTRIBUCION**

**Artículo(..)-[ÁMBITO DE APLICACIÓN].-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado al Contrato de Distribución, así como, las

operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto una operación comercial, ya sea dirigidas a la venta, a la entrega o a la recuperación de cartera vencida.

**Artículo(..)-[DEFINICIONES].-** A los efectos de la presente ley, el Contrato de Distribución se le considera como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Distribución.-** Consiste en una concesión que realizan las empresas productoras de bienes y servicios para que como su nombre lo indica se pueda realizar la distribución de la producción y de esta forma llegar al “público consumidor”.

**B) Objeto del Contrato de Distribución.-** Esta relación Jurídica nos introduce en la realización de innumerables compraventas para que le distribuidor pueda de esta manera acceder al mercado y comercializarlas. Manteniendo su estabilidad comercial y una independencia financiera, pues de ninguna manera este se constituye un empleado del productor, sino un Socio Comercial.

**Artículo (..)- [Elementos Principales]:**

Son elementos principales y necesarios para la subsistencia del Contrato de Distribución los siguientes:

a.- Duración

b.- Exigencia de una venta mínima.

c.- Entrega de la mercadería al distribuidor con un descuento.

d.- Fecha de pago de las facturas.

e.- Lugar y forma de entrega de la mercadería y de acopio.

f.- Precios de venta.

g.- Estipulaciones sobre publicidad.

h.- Compromiso de los distribuidores de no fabricar, vender o distribuir otros artículos en competencia.

#### **DE LAS PARTES DEL CONTRATO**

**Artículo (..)- [El Productor].-** Es la persona que se encarga de todo el proceso de producción de ciertos bienes y servicios, para que puedan ser distribuidos. Fabricante de un determinado producto y por tanto representante de una empresa de gran conocimiento en el mercado que cede el derecho de comercialización de sus productos en una zona geográfica; ya sea países, ciudades o específicamente ciertos sectores de una población.

**Artículo (..)- [El Distribuidor].-** Parte que se encargara de que los productos lleguen al mercado y que los mismos satisfagan las necesidades del consumidor.

#### **Artículo(..)- DERECHOS DEL PRODUCTOR**

Son derechos del Productor:

1.-Obtener las prendas por los créditos a conceder al distribuidor.

2.-Recibir el pago respectivo en los días que se haya concedido el crédito, por la venta de las mercancías.

3.-En algunos casos se puede exigir exclusividad en el momento de la comercialización del producto.

### **Artículo (..)- DERECHOS DEL DISTRIBUIDOR**

Son Derechos del Distribuidor:

1.-Recibir los porcentajes pactados de utilidad entre el precio de compra y el precio de venta.

2.- Que le sean entregadas las cantidades exacta de los pedidos que haya realizado al productor para poder abastecer al mercado.

3.- Devolver la mercadería por los vicios ocultos del producto.

4.-Mantener su exclusividad territorial para la distribución.

### **Artículo (..)- DE LAS OBLIGACIONES DEL PRODUCTOR**

Son Obligaciones del Productor

1.-Entregar de la manera convenida las mercancías en condiciones óptimas para la venta al distribuidor.

2.-Comunicar al distribuidor si existe variación en los precios.

- 3.-Respetar el convenio de exclusividad con el distribuidor.
- 4.- Entregar los elementos publicitarios que sean necesarios para la venta de los productos.

### **Artículo (..)- DE LAS OBLIGACIONES DEL DISTRIBUIDOR**

Son obligaciones del Distribuidor:

- 1.-Pagar el precio acordado por las mercancías al distribuido.
- 2.-Preparar un establecimiento adecuado para el almacenamiento de los productos.
- 3.-Respetar las zonas de distribución que le han sido concesionadas.
- 4.-Cumplir con las actividades publicitarias contempladas en el contrato.
- 5.-Cubrir un presupuesto a través del mínimo de compras establecido.
- 6.-Permitir que el distribuido controle los medios utilizados para la venta de las mercancías.
- 7.-Guardar confidencialidad de los secretos comerciales de los productos a distribuir.

### **Artículo (..)- DE LA TERMINACION DEL CONTRATO**

El contrato de Distribución puede terminar por las siguientes causas:

- 1.-Por la operación del plazo determinado en el contrato.
- 2.-Según las causales previstas en el contrato como:

\*Quiebra o Concurso preventivo de alguna de las partes.

\*Por la muerte de alguna de las partes.

\*Cambio de la actividad comercial del productor o del Distribuidor de

Acuerdo a como se haya convenido en el contrato

\*Por Incapacidades Absolutas de alguna de las partes en concordancia a

Nuestro Código Civil.

\*El incumplimiento de acuerdos en cuanto a compras o los sistemas de

Distribución impuestos por el distribuidor; es decir el incumplimiento de

Alguna de las partes en cuanto a las clausulas acordadas.

## **VI. DEL CONTRATO DE KNOW HOW**

**Artículo (.).-ÁMBITO DE APLICACIÓN.-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado al Know How, así como, las operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto un secreto empresarial.

La protección que brinde esta ley no admitirá distinción, ya sea por la nacionalidad, domicilio del titular del secreto de empresa o el lugar de empleo o transferencia de éste.

**Artículo (..)- DEFINICIONES.-** A los efectos de la presente ley, el Know How se le considera como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Know How.-** Es el equivalente a secretos de empresa, conocimientos técnicos reservados o secretos empresariales.

**B) Objeto del Know How.-** Es el saber o conocimiento técnico aplicable a nivel empresarial, de carácter secreto por su alto valor económico y susceptible de contratación.

## **DE LAS PARTES DEL CONTRATO**

**ARTÍCULO (..)- [El Licenciante].-** Esta parte se caracteriza por ser la titular del Know How, es quien autoriza la explotación del producto por un tiempo determinado, comprometiéndose a prestar el soporte necesario para su utilización. También podríamos definirlo como el proveedor de un conocimiento técnico, el cual transfiere un conocimiento de carácter secreto y exclusivo a su contraparte; con el fin de que no solo contribuya con el mejoramiento de la producción sino que también apoyara a las actividades comerciales del adquirente del know how.

**Artículo (..)- [El Beneficiario].-** Se constituye como tal, ya que es la Persona Natural o Jurídica que producirá o comercializara con la debida autorización, el saber, el conocimiento o experiencias que corresponden al cedente

**Artículo (..)- [Del Precio].-** El precio a pagar por esta licencia se ha denominado regalía, traducción del termino anglosajón “ROYALTY”.

### **Artículo (..)- OBLIGACIONES DEL CEDENTE**

Son obligaciones del Cedente:

- 1.-Proporcionar las fórmulas o conocimientos técnicos del producto.
- 2.-Brindar las capacitaciones necesarias al Beneficiario o a sus colaboradores, para poder manejar dichos conocimientos.
- 3.-Resolver los inconvenientes técnicos que a futuro pudiesen surgir.

### **Artículo (..)- OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO**

Son Obligaciones del Beneficiario:

- 1.-Pagar las regalías establecidas en el contrato.
- 2.-En caso de existir una cláusula de confidencialidad, el beneficiario debe abstenerse de revelar los conocimientos técnicos que está utilizando, es decir se configura la protección a los secretos industriales.

### **Artículo (..)- DE LA TERMINACION DEL CONTRATO**

Este contrato terminara por las siguientes causas:

A.-Por incumplimiento de alguna de las partes, en cuanto a las clausulas establecidas.

B.-De acuerdo al tiempo, si se ha estipulado un plazo para su ejecución.

c.- Por el cumplimiento de lo establecido en el contrato.

D.-Por muerte del cedente o del beneficiario.

## **VII. CONTRATO DE SHOPPING CENTER**

**Artículo (...)-ÁMBITO DE APLICACIÓN.-** Las disposiciones de la presente ley tienen como objeto regular todo lo relacionado al Contrato de Shopping Center, así como, las operaciones de comercio internacional o nacional, las cuales tengan como objeto la comercialización de bienes y servicios en un solo centro comercial.

La protección que brinde esta ley no admitirá distinción, ya sea por la nacionalidad, domicilio del titular del secreto de empresa o el lugar de empleo o transferencia de éste.

**Artículo (..)- DEFINICIONES.-** A los efectos de la presente ley, el Shopping Center se le considera como objeto, instrumento y efectos, así como, las expresiones que siguen tendrán el significado siguiente:

**A) Shopping Center.-** Una sola entidad comercial en donde se integran la mayor cantidad de actividades posibles; encontrando diversos servicios y opciones de

comercio que tienden a cubrir las necesidades del consumidor, ya sean estas dirigidas a la elección, adquisición dirigidas a los bienes y servicios que se ofrecen.

## **DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO**

### **Artículo(..)- [EMPRESA PROPIETARIA]**

Es el grupo de personas o persona jurídica que tienen la propiedad de un Centro Comercial y quien cederá el uso de sus instalaciones a las diferentes entidades interesadas en tener su actividad en dicho establecimiento.

**Artículo (..)- [COMERCIANTE].-** La persona natural o jurídica, que tiene a su cargo una marca o institución comercial, bancaria o de cualquier índole; se lo puede denominar “LOCATARIO”, quien por el pago de una cifra similar a un arriendo puede utilizar las instalaciones de un Centro Comercial.

### **Artículo(..)- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA LOCADORA**

Son Obligaciones de la Empresa Locadora:

- Está en manos de la empresa propietaria del centro comercial su administración.
- Esta parte generalmente se encarga de la publicidad en general del establecimiento, para que de esta forma se capturen los clientes necesarios para que genere utilidad.

### **Artículo (..)- OBLIGACIONES DEL COMERCIANTE LOCATARIO**

Son Obligaciones del Comerciante Locatario:

- Esta parte se rige a los horarios de atención que el Centro Comercial maneja, es decir los locales comerciales se ajustan a todos los días, fines de semana y feriados en los que el establecimiento está abierto al público.
- Tiene como obligación de ajustarse a los planes de ofertas o descuentos que el centro comercial maneje como campaña publicitaria.
- El local comercial debe trabajar bajo los estándares de imágenes que maneje el establecimiento. Aceptando esta parte los gastos por mantenimiento o remodelación, dentro del tiempo en el que se ha fijado en contrato.
- Realizar cumplidamente los pagos que se acordaron previamente en el contrato por la utilización de los locales cedidos.

### **Artículo (..)- DERECHOS DE LA EMPRESA LOCADORA**

Son Derechos de la empresa Locadora:

- Recibir de acuerdo al tiempo que se haya fijado en el contrato, ya sea mensualmente el pago por la utilización de sus locales comerciales.
- Que el comerciante locatario se ajuste a las cláusulas que ha dispuesto en el contrato que se ha emitido.

- De acuerdo al contrato, tiene el Derecho a recibir las contribuciones necesarias para que puedan realizarse las campañas publicitarias que se han dispuesto.
- Que se cumplan con los horarios de funcionamiento, es decir que el locatario no ponga ningún tipo de restricción a los manejos de tiempo e incluso a los estándares de imagen que tenga el Centro Comercial.

### **Artículo(..).- DERECHOS DEL CLIENTE LOCATARIO**

Son Derechos del Cliente Locatario:

- Distribuir o comercializar los productos o servicios que dependan de su actividad comercial en un establecimiento determinado.
- Qué se ejecute el contrato en los plazos necesarios para que su inversión se vea amortizada y rentable
- Concesión de la explotación de diversas ramas comerciales y prestación de servicios dependiendo de su actividad.

## BIBLIOGRAFIA Y TRABAJOS CITADOS

1. - ARRIBAS, A. (2013). *EXPANSION.COM*. Recuperado el NOVIEMBRE de 2014, de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato-de-factoring.html>
2. - BENAVENTE, H. (2008). *IUS ET PRAXIS*. Recuperado el 2013, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci_arttext)
3. BRAVO, S. (2003). *LAS MEJORES PRACTICAS EMPRESARIALES*. Recuperado el 2015, de [http://mp.peru-v.com/ge/ge\\_contratos\\_know.htm](http://mp.peru-v.com/ge/ge_contratos_know.htm)
4. CABANELLAS, G. (2006). CONTRATO. En G. CABANELLAS, *DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL*. BUENOS AIRES: HELIASTA.
5. CEVALLOS, V. (2012). *MANUAL DE DERECHO MERCANTIL*. EDITORIAL JURIDICA DEL ECUADOR.
6. CHAVEZ, F. (2012). APUNTES DE CLASE. QUITO.
7. CORTEZ, J. (SEPTIEMBRE de 2009). *NEGOCIOS Y CONTRATOS INTERNACIONALES*. *BLOGSPOT*. Recuperado el 15 de NOVIEMBRE de 2014, de <http://negociosycontratosinternacionales.blogspot.com/2014/01/principios-de-unidroit.html>
8. ETCHEVERRY, R. (1995). *DERECHO COMERCIAL Y ECONOMICO*. BUENOS AIRES: ASTREA.
9. FARINA, J. (2005). *CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS*. BUENOS AIRES: ASTREA.
10. GHERSI, C. (2011). *CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES*.
11. MAINIERI. (2012). LA PROMOCION DE LOS JOINT VENTURE. *REVISTA INTERCOM*.
12. MARTORELL, E. (2010). *TRATADO DE DERECHO COMERCIAL*. BUENOS AIRES: LA LEY.
13. MESSINEO, F. (1952). *DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO*. BUENOS AIRES: EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA.
14. NARANJO, M. d. (2006). *DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO*. QUITO: MES.

15. NARANJO, M. D. (2006). *DERECHO MERCANTIL Y SOCIETARIO*. QUITO.
16. QUINTANA, E. A. (2002). *CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL*. Recuperado el 3 de NOVIEMBRE de 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/17.pdf>
17. RODRIGUEZ, V. (2010). Obtenido de [http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2\\_parte4\\_sec3\\_cap3.pdf](http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap3.pdf)
18. SALAS, U. (2014). *ESTUDIO FLINT ABOGADOS*. Recuperado el 2014, de [http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Medio%20Empresarial/6%20n60%20set.04/leg\\_al\\_flint.htm](http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Medio%20Empresarial/6%20n60%20set.04/leg_al_flint.htm)
19. Silvia Semperena, G. M. (13 de DICIEMBRE de 2000). *DIARIO JUDICIAL*. Recuperado el 18 de NOVIEMBRE de 2014, de [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia\\_0015.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia_0015.html)
20. Silvia Semperena, G. M. (13 de DICIEMBRE de 2010). *DIARIO JUDICIAL*. Recuperado el 10 de noviembre del 2014 de Noviembre de 2014, de [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia\\_0015.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia_0015.html)
21. SOLIGNAC, N. (2010). *TRATADO DE LOS CONTRATOS CIVILES, COMERCIALES, LABORALES, ADMINISTRATIVOS Y DE CONSUMO*. BUENOS AIRES: LE LEY.
22. TURRIN. (2008). *CONTRATO DE DISTRIBUCION*.
23. VILLEGAS, C. G. (2010). *CONTRATOS MERCANTILES Y BANCARIOS*.