



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN: DERECHO DE CORRECCIÓN ECONÓMICA Y DERECHO  
DE LA COMPETENCIA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesora Guía  
Dra. Sara Patricia Alvear Peña

Autor  
José Luis Terán Febres Cordero

Año  
2016

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante José Luis Terán Febres Cordero, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

-----  
Sara Patricia Alvear Peña  
Doctora  
C.C. 0102664042

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citados las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

-----  
José Luis Terán Febres Cordero  
C.C. 1713643771

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por darme esta  
oportunidad y apoyarme siempre

DEDICATORIA

A mis padres y a mis hermanos

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo establecer los nuevos requisitos de legalidad que presenta el contrato de distribución comercial, debido a la aplicación del Derecho de Corrección Económica, en especial del Derecho de la Competencia, así como esclarecer los principios básicos del mismo. Además, se presentan casos en la legislación comparada donde jueces, autoridades administrativas y abogados en libre ejercicio han tenido que adecuar los contratos de distribución para que guarden relación con el Derecho de la Competencia, y en tal sentido, poder procurar mantener el equilibrio entre operadores económicos en las economías de libre mercado.

## ABSTRACT

The objective of this paper is to clarify the basic principles of distribution contracts as well as establishing the new legal requirements that this contract should comply with in view of the Economic Correction Law and especially regarding Antitrust Law. In addition, the study particular cases, comparative law have presented opportunities where judges, administrative authorities and attorneys have had to amend distribution contracts to better comply with local antitrust legislations, henceforth maintain equality between economic operators in the free market.

# ÍNDICE

1.El contrato de distribución .....	1
1.1. Caracteres generales del contrato de distribución.....	2
1.2. El contrato de distribución frente al equilibrio contractual...	3
1.3. El principio de la autonomía de la voluntad.....	7
1.4. El principio de la buena fe contractual en el contrato de distribución .....	8
2.Derecho de la Competencia y Competencia Desleal .....	12
2.2. Institución del abuso del derecho y su poder moralizador en el abuso del poder de mercado.....	13
2.2.1. Abuso de poder del mercado.....	15
2.2.2. Acuerdos y prácticas restrictivas .....	22
2.2.3. Competencia desleal .....	26
2.3.Clases y cláusulas frecuentes.....	30
3. Los nuevos requerimientos de legitimidad y legalidad del contrato de distribución .....	36
3.1. Contrato de distribución frente al derecho de corrección económica .....	36
3.2. Requisitos de legalidad y las nuevas exigencias de legitimidad .....	39
4. Conclusiones.....	40
REFERENCIAS .....	42

## **1. El contrato de distribución**

En principio revisaremos en este apartado el contrato de distribución como herramienta jurídica, para luego dejar establecidos los caracteres generales del mismo y las cláusulas frecuentes que en él se utilizan y que son obsoletas, al aplicar el derecho de corrección económica, sobre todo el derecho de la competencia. Finalmente analizaremos el impacto que tienen las mencionadas cláusulas en el equilibrio contractual, para terminar con un análisis de la importancia del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos.

Una de las herramientas que permite la circulación de bienes y servicios, es el contrato. Por ello, existen varias figuras jurídicas y contratos que permiten a los operadores económicos circular los bienes y servicios en el tráfico económico. Entre estos, se encuentra el contrato de distribución, que será motivo de este trabajo.

En nuestro país, hasta el año 1997, existió la Ley No. 1038-A de 31 de diciembre de 1976, de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, la cual fue creada cuando las grandes corporaciones internacionales empezaron a ingresar al mercado ecuatoriano, y se prevenía proteger a los operadores económicos y los distribuidores nacionales.

Esta ley funcionaba como un mecanismo de protección al empresario nacional en caso de terminación de los contratos de distribución, en virtud de lo cual, podían solicitar, ante Juez competente, el resarcimiento de los daños sufridos

Sin embargo, ésta ley fue derogada en el año 1997, quedando el contrato de distribución y la protección del distribuidor, sin legislación concreta y específica en Ecuador. Como consecuencia de aquello, hasta la presente fecha, las normas de regulación contractual, como las derivadas de las relaciones interpartes, tienen como base las normas del Código de Comercio y las de Derecho Común, y en casos de supuestos anticompetitivos o de competencia desleal, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) y las Decisiones comunitarias 608 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

### **1.1. Caracteres generales del contrato de distribución.**

El contrato de distribución es un contrato mercantil y, por tanto, se perfecciona con la aceptación. Es aplicable a éste contrato, en lo que fuere pertinente, las disposiciones generales (de los contratos y obligaciones mercantiles en general) que constan del Título I del Libro II del Código de Comercio, hasta que no sea reformado.

Es un contrato que se utiliza en el tráfico económico entre personas naturales y jurídicas para la circulación de bienes y servicios. La distribución “se configura como un puente entre la producción de un producto y el consumo del mismo” (Peris y otros, 2008, p 36). Tiene como fin, prolongar la actividad de la empresa a través de colaboradores comprometidos a trabajar por su interés y por su cuenta, obteniendo ganancias tanto para ellos como para el productor.

La doctrina define al contrato de distribución moderno como:

“aquel contrato en virtud del cual una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra parte, llamada distribuido, mercaderías generalmente de consumo masivo (bienes de bajo valor o baja tecnología), para su posterior colocación en el mercado, por cuenta y riesgo propio, estipulándose como contraprestación de la intermediación un beneficio o margen de reventa” (Gherzi, 2006, p. 127).

Definido el contrato de distribución, es pertinente hacer un análisis breve del mismo. Existe en este contrato una parte denominada distribuidor, quien adquiere, por un precio al por mayor o preferente (de distribuidor), las mercaderías o servicios de la otra parte -que se llama distribuido- para venderlas a terceros. La otra parte que celebra éste contrato es el distribuido, quién, generalmente, es el productor de los bienes o servicios y es quién facilita la mercadería, a cambio de un precio. El beneficio que obtiene el distribuidor, deviene del margen de reventa del producto o servicio que distribuye. Gherzi (2006) señala que “Los productos son comercializados por el distribuidor a un precio mayor que el de adquisición, y ese margen o diferencia con el precio de

costo, representa la remuneración por su intervención” (p. 127). En tal sentido, las partes tienen prestaciones recíprocas que cumplir; la una faculta a que sus bienes o servicios sean vendidos por un tercero y por ese servicio paga un precio; por su lado, la parte que expende el bien o servicio debe cobrar un valor mayor de aquel al que adquiere, para obtener una ganancia.

Es conveniente señalar que el distribuidor es independiente del distribuido, pues a diferencia del intermediario, no existe relación de dependencia laboral alguna entre distribuidor y distribuido, diferenciándose así de los factores y dependientes de comercio.

## **1.2. El contrato de distribución frente al equilibrio contractual**

Una de las características esenciales del contrato de distribución (desde que se derogó en nuestro país la Ley No. 1038-A), es que se califica dentro de la categoría de contratos denominados atípicos y no formales. En tal efecto, “carece de una regulación expresa” (Ghersi, 2006, p. 132). En el Ecuador, nuestra legislación actual, sí reconoce a este contrato, pero no lo tipifica y, como resultado de aquello, no hay formalidades legales que deban cumplirse al momento de su celebración. En consecuencia, comparte elementos que le son comunes a los contratos civiles.

En tal sentido, para analizarlo debemos volver muy sucintamente a la teoría general de los contratos, pues desde esa perspectiva, podremos entender cuándo, en el contrato de distribución, estamos frente a desequilibrios contractuales que deben restituirse para el correcto desarrollo de las prestaciones.

El derecho civil nos enseña que, los elementos fundamentales del contrato son: el consentimiento de las partes, la capacidad, el objeto y la causa lícitos del contrato.

Elemento fundamental de cualquier contrato es la causa lícita, respecto de la cual cabe elaborar un poco dentro de éste trabajo, por cuanto es, a mi criterio, el elemento que permite que un contrato se ejecute o quede sin efecto. En la doctrina, existen tres posiciones respecto de la causa, estas son: causalista,

anti causalista y neo causalista. A criterio de Claro Solar (1979) -un neo causalista- los anticausalistas “han incurrido en el error de confundir la causa con el objeto o con el consentimiento” (p. 318), por lo cual, ellos dicen, que no se justifica su existencia ni se da una idea exacta de ella. Sin embargo, la doctrina de la causa persistió y ha encontrado desarrollo en Ripert, Saleilles, Jossierand, Geny, Capitant, entre otros. Siguiendo la línea neocausalistas, “la causa fin responde al ¿por qué debo? Y el objeto, ¿a qué debo?” (Alterini, 2009, p. 55), la que nos permitirá analizar éste elemento de validez del contrato.

El Código Civil ecuatoriano (2015), establece que el objeto o causa ilícita produce la nulidad (art. 1698). El mismo cuerpo legal, en el artículo 1483, señala que:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

De lo expuesto, se concluye que nuestra legislación reconoce la existencia de la causa como elemento de validez de los contratos.

A pesar de que han habido algunos tratadistas clásicos del Derecho civil como Alessandri, que ha defendido el anti causalismo, existen otros, como el también chileno, Claro Solar, quien defiende la doctrina neo causalista, y al analizar el Código Civil chileno -que tiene un texto casi idéntico al nuestro- enseña que: “la causa es susceptible de diversos sentidos: la causa eficiente, la causa ocasional, llamada también por algunos causa impulsiva, y la causa final [...]” (Claro Solar, 1979, p. 307), siendo a su entender, “[...] evidente, por lo tanto, que al hablar de causa, la ley se ha referido a la causa final” (Claro Solar, 1979,

p. 309). En nuestro Derecho, la que aplica como elemento de validez del contrato, es la causa final o causa finalis, la cual:

“es el fin o propósito inmediato e invariable del acto. En este sentido la causa final significa el fin para el cual se obra, o hacia el cual tiende el acto, y que puede ser considerado, por consiguiente, como una causa de acción o de movimiento. Lejos de ser un antecedente destinado a producir un acto, es el punto de mira que se tiene en vista para obrar y que solo en este sentido determina la realización del acto llamado a producirlo” (Claro Solar, 1979, p. 308).

Incluso, anticausalistas como Alessandri (1976), reconocen que “Todos los actos humanos están guiados por móviles perfectamente definidos: los contratos tienen también su móvil: es la causa” (p. 51). En tal sentido, podemos decir que la causa es “el fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar, vemos que en este caso se identifica con su función económica” (Gherzi, 2006, p. 135). Así las cosas, la causa fin del contrato de distribución consiste:

“en la comercialización de productos o servicios, y en esta forma las partes podrán prever con un apreciable grado de exactitud la cantidad de unidades a cuya provisión se compromete, su precio, y condiciones de venta, las campañas de publicidad y [...] servicios de reparación, en definitiva, todo lo que se refiere a la planificación comercial, que atañe a la esencia de éste contrato” (Gherzi, 2006, p. 135).

Según este mismo autor, la causa fin del contrato de distribución, desde el punto de vista individual de las partes, será, para el distribuido, “su necesidad de expansión económica en el mercado que le es propio o, en otros la colocación de sus productos por auxiliares autónomos e independientes” (Gherzi, 2006, p. 135). Por su parte, la causa fin que impulsará al distribuidor, “será la obtención del margen o diferencia entre el precio de compra de los bienes o servicios y su precio de venta” (Gherzi, 2006, p. 135). Se entiende, por tanto, que las motivaciones y las contraprestaciones que por ella se asuman,

deben ser justas y equilibradas; caso contrario, estaremos frente a una pérdida del equilibrio contractual, como veremos más adelante.

De manera similar al objeto del contrato, la causa de este tiene que cumplir ciertos requisitos para la validez del instrumento jurídico que llamamos contrato. La causa, como elemento de validez del contrato, debe ser real y lícita, es decir, debe existir. Si bien no es necesario que las partes la estipulen de manera escrita en el contrato, el motivo del contrato debe ser cierto. En segundo lugar, la causa debe ser veraz, es decir, no puede la causa ser falsa ni tampoco simulada. Finalmente, el último requisito que la causa debe cumplir, es el de la licitud. La causa que no es lícita es aquella que “se opone a las leyes o a la moral y produce siempre la inexistencia del contrato” (Puig Peña, 1976, p. 361).

En el contrato de distribución, las obligaciones que se generan siempre van a ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa, por ello, éstas deben reunir tres requisitos, es decir, el objeto debe ser determinado, posible y lícito.

Cuando decimos que el objeto debe ser determinado, hacemos referencia a que el objeto sobre el cual va a recaer el contrato, debe estar claramente especificado para que las partes sepan qué deben exigir y dar a cambio. Es así que:

“La determinación del objeto puede hacerse en cuanto a la especie o individuo, o en cuanto al género; y según esto las obligaciones se clasifican, [...], en obligaciones de especie o cuerpo cierto, y en obligaciones de género. Las primeras sólo se cumplen entregando la cosa debida; la inexistencia de ésta acarrea la de la obligación. Las segundas se cumplen entregando un individuo o ejemplar del género convenido.” (Alessandri, 1976, p. 44).

Es importante señalar que, la cantidad no debe, necesariamente, ser determinada con precisión, siendo suficiente, que la cosa objeto del contrato sea determinable.

El segundo requisito del objeto del contrato es que sea posible, es decir, que sea una cosa que exista o que se espera que exista al momento de suscribirse el contrato, ya que, si no existe, no hay obligación que se genere.

Finalmente, el tercer requisito del objeto del contrato, es que este sea lícito, o como Alessandri (1976) también lo llama, “comerciable” (p. 45). Según nuestro Código Civil, cuando el objeto de un contrato es de los llamados ilícitos, entonces el contrato será nulo de nulidad absoluta.

### **1.3. El principio de la autonomía de la voluntad**

El contrato está regido por el principio de la autonomía de la voluntad, mediante la cual, las partes pueden actuar en derecho privado -en un margen amplio que permite la ley y pueden realizar cualquier tipo de acto que ésta no prohíba-. Las partes deben celebrar el contrato porque así lo desean, no porque su libertad está coartada o viciada por error, fuerza o dolo.

Una vez que tienen como base la autonomía de la voluntad de querer celebrar el contrato, las partes van a procurar establecer en el mismo, obligaciones mutuas y recíprocas, justas y equilibradas, que ambas deben cumplir a cabalidad para la correcta ejecución del instrumento jurídico; siempre protegiendo sus intereses y tratando de obtener los mejores beneficios. Al respecto, y acertadamente, Puig Peña (1976), manifiesta que “las partes intentan hacer predominar su interés y hacer prevalecer su egoísmo” (p. 338), para de esta manera, poder ceder en lo que puedan y no consideren importante para ellas, y así mismo, mostrarse poco complacientes cuando tienen que ceder parte de sus intereses.

Las prestaciones contractuales deben estar dentro de un marco de equilibrio y no ser abusivas o inequitativas; así, formalmente exista una supuesta voluntad. Por tanto, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación encuentran límites en los elementos de moralización del contrato y normas de corrección económica.

Conforme las grandes corporaciones fueron expandiéndose, la igualdad de las partes al momento de celebrar un contrato se veía y se ve todavía, amenazada

por los distintos poderes económicos. En este sentido, Puig Peña (1976) ya enseñaba que “muchas veces el usuario o el consumidor en el campo de la economía, acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad, frente a la potencia económica que supone [...] la Empresa” (p. 340). Podemos ver ejemplos de esto, cuando las grandes cadenas de distribución, por ejemplo, imponen condiciones de compra a sus proveedores; si estos no acatan esas condiciones, simplemente pierden un gran cliente, pierden dinero y sus ventas se ven afectadas.

Para mantener el equilibrio contractual de las prestaciones de las partes, al momento de celebrar un contrato de distribución (y en general, cualquier contrato), las partes deben actuar siempre bajo un principio general del derecho: la buena fe.

#### **1.4. El principio de la buena fe contractual en el contrato de distribución**

El principio general del derecho, conocido como el de buena fe contractual, es el principio por el cual las partes deben guiar su actuación al momento de ejecutar el contrato. Nuestro Código Civil es aplicable al contrato de distribución, y en su artículo 1562 manda que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.” Es decir, todo contrato debe ser ejecutado de manera íntegra, con intenciones honestas y con total respeto hacia la otra parte.

Para efectos del Derecho Comercial y del Derecho de corrección económica, es importante diferenciar la buena fe subjetiva de la buena fe objetiva. Corresponde la primera a aquella que se mide por la intención de una de las partes y la segunda, mide la misma en función de los hechos concretos, siendo irrelevante la intención. Por tanto, es importante aclarar que, en materia de corrección económica, reforzaremos el concepto de la buena fe objetiva.

El postulado de la buena fe, a decir de Ospina Fernández (2014):

“exige que las prestaciones impuestas por tales actos (actos jurídicos) deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquellos” (p. 322).

El referido principio requiere que las partes celebren el contrato para beneficiarse cada una por las contraprestaciones que recibirá por cumplir con las prestaciones que se obliga, pero siempre ejecutándolas con la intención de beneficiar tanto a él como a la otra parte. No deben, ninguna de las partes, ejecutar actos que, de manera premeditada, sepan que van a perjudicar al otro. El contrato busca que las partes obtengan beneficios recíprocos que, no podrán materializarse si una de ellas actúa de mala fe.

Cuando no se cumplen las obligaciones de buena fe, de conformidad con las normas o estipulaciones contractuales, incluso con las normas del derecho común, se debe responder por daños y perjuicios derivados de éstas actuaciones (delito y cuasidelito civil).

Al suscribir las partes un contrato, las prestaciones a las que éstas se obligan, tanto al momento de suscripción como en la ejecución misma del contrato, siempre deben ser equitativas. Debe existir una equivalencia entre las obligaciones de la una parte y la otra, o, mejor dicho, debe existir un equilibrio económico del contrato.

Al momento de que esta igualdad se agota o desaparece, se pierde el equilibrio normal del contrato y se produce, lo que se conoce en el derecho, como el desequilibrio económico del contrato y la ausencia de buena fe objetiva. Es decir, el contrato deja de prestar el efecto equivalente que debía prestar cuando las partes lo suscribieron. Este desequilibrio, puede darse, bien por un riesgo que las partes no pudieron prever antes de suscribir el contrato, o bien porque una de las partes, a sabiendas de lo que puede ocurrir, actúa de manera deshonesto para beneficiarse de manera fraudulenta y haciendo caso omiso del principio de buena fe; principio rector en la ejecución de los contratos. Esto sucede cuando una de las partes se ve afectada por un hecho que:

“altera de manera significativa el equilibrio entre las prestaciones, en ocasiones para reparar un desbalance acentuado que emerge desde la génesis misma del contrato y en otras para darle nueva vida al equilibrio, cuando la alteración que lo trastorna surge durante el curso de ejecución del contrato, alterando la equivalencia de prestaciones que se determinó por estas como adecuada al momento de contratar.” (Silva García, 2013, p. 233).

En mi opinión, el desequilibrio económico proviene del cambio de las circunstancias materiales u objetivas en las que se desenvuelve la relación contractual. No proviene del cambio del ánimo contractual o la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, que también puede generar desequilibrio económico, pero no se le puede considerar como tal, ya que ese ánimo puede ser considerado como incumplimiento.

A lo expuesto, se suma el hecho de que, al momento, el contrato no sólo es un derecho para las partes, sino que contiene la obligación de realizarse con fines económicos correctos, que finalmente, permiten el desarrollo de la sociedad. Así mismo, desde hace ya varias décadas, en España se ha dicho que el contrato moderno tiene un fin distinto; ya no son las partes las únicas que deben beneficiarse, sino el contrato debe beneficiar a la comunidad. Con esto no quiero decir que todo contrato debe beneficiar directamente a la comunidad, sino que indirectamente no la debe afectar y debe aportar en el correcto funcionamiento de la misma. Pérez Serrano enseñaba ya, que:

“el protagonista es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta: sus intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas, hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe”. (Puig Peña, 1976, p. 330).

El desequilibrio se puede producir también, cuando una de las partes establece cláusulas de abuso contra la otra, como veremos más adelante, o por hechos que van más allá de la previsión de las partes que generen onerosidad sobrevenida y excesiva (Silva García, 2013, p. 182). Frente al desequilibrio contractual, se han pensado en teorías diversas para retornar dicho equilibrio, tales como la teoría de la imprevisión, la cláusula *rebus sinc stantibus*, la corrección monetaria, entre otras, que buscan el restablecimiento del equilibrio contractual, para que las prestaciones conmutativas sigan siendo justas (Silva García, 2013, p. 182).

Estas teorías, tienen por finalidad la realización de una “distribución equitativa, justa, de riesgos y obligaciones entre las partes” (Silva García, 2013, p. 182). Así, como “el mantenimiento a lo largo de la vida jurídica dentro de la medida de lo posible y permitiendo amplia flexibilidad, del sinalagma originalmente planteado en el contrato” (Silva García, 2013, p. 182). Las medidas de corrección, evidencian límites y fronteras objetivas a la autonomía privada, que suponen “un marco de referencia más amplio y profundo que aquel que se reconocía tradicionalmente y que veía en el orden público y en las buenas costumbres, los límites naturales al reinado del dogma de la voluntad privada” (Silva García, 2013, p. 186). Es por lo expuesto que, en los contratos modernos, especialmente el de distribución, los límites de actuación de las partes se han reducido con el fin de proteger más al consumidor y a la parte más débil del contrato, por cuanto antes eran las grandes perjudicadas de los poderes económicos que representaban las grandes corporaciones.

En otras legislaciones, como por ejemplo la de los Estados Unidos:

“a nivel federal existe el “Dealers Day in Court Act” de 1956, ley especial cuyo ámbito de aplicación se limita a los concesionarios de automóviles, previendo el derecho de concesionario a una indemnización cuando el fabricante no ha actuado de buena fe en la rescisión o en la no renovación de la concesión.” (Bergstein, 2010, p.23)

Al respecto, Bergstein (2010), al tratar sobre el abuso del derecho y el principio de la buena fe aplicable a los contratos de distribución y de su terminación, señala que “Por elementales razones de sentido común y de razonabilidad, la licitud de las conductas de los contrayentes, debe estudiarse en función del contexto en el cual se insertan” (p.33). Por ello, si bien las partes tienen el derecho de no renovar la relación contractual, “la no renovación puede configurar un exceso, ultrapasando los confines del derecho subjetivo y abriendo así las puertas de la ilicitud. Es decir, ya no hay un uso del derecho a no renovar sino un abuso del mismo” (Bergstein, 2010, p. 34). Por lo expuesto, no es extraño para otras legislaciones tampoco, el limitar y analizar el abuso del derecho, en aquellas situaciones comerciales devenidas de los contratos de distribución.

Para concluir éste apartado, podemos decir que, el contrato de distribución, es un contrato mercantil que está sujeto a todos los requisitos de validez antes analizados, es decir, los de un contrato en general, a los que deben sumarse mecanismos de regulación y corrección derivados de los posibles efectos de los desequilibrios contractuales, más aún, si estos, además, causan afectaciones que objetivamente pueden dañar a los operadores económicos (competidores y consumidores) y/o pueda afectar al sistema concurrencial o modelo económico.

De lo analizado, el contrato de distribución encuentra límites tanto en normas generales del derecho cuanto en normas específicas del Derecho de corrección económica, como analizaremos en los capítulos siguientes.

## **2. Derecho de la Competencia y Competencia Desleal**

En este apartado procederé a realizar una breve introducción respecto del derecho de la competencia y la competencia desleal, para rápidamente entrar en materia y analizar el concepto abuso de poder de mercado, a partir de la institución clásica del abuso del derecho, y posteriormente realizar un análisis de la institución de abuso de poder de mercado regulada en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM). Enseguida trataré respecto de la cláusula general prohibitiva que franquea la LORCPM,

tanto para las prácticas restrictivas cuanto para los actos de competencia desleal, enfocándome en la distribución en exclusiva, identificando las cláusulas frecuentes que hoy en día se plasman en los contratos de distribución, y la cuales, en mi opinión, deben ser omitidas cuando afecten a las partes.

## **2.1. Derecho de la Competencia**

El Derecho de la Competencia es una rama propia del derecho económico y “constituye en lo particular el conjunto de normas que buscan la corrección del tráfico económico en beneficio de los participantes en el mercado, pero fundamentalmente de la eficiencia del mercado y del modelo económico” (Alvear y Gómez de la Torre, 2015, p.12). Corregir el mercado implica sancionar ciertas conductas que afectan al funcionamiento del mismo, como, por ejemplo, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia, a través de mecanismos de sanción establecidos en la LORCPM. Es decir, el derecho de la competencia se ocupa de precautelar el interés público.

Es importante, para efectos del presente trabajo, dejar clara la distinción entre el derecho de la competencia y la competencia desleal. La ley que regula en nuestro país el derecho de la competencia es la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, expedida en el año 2011, que, en nuestro caso en particular (Ecuador), también se incluyen dentro de esa misma ley los actos desleales. A modo de comparación, podemos señalar que, en España, la competencia y la competencia desleal están reguladas en dos cuerpos normativos distintos. Así, el derecho de competencia se regula a través de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, mientras que la competencia desleal está regulada en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

La defensa de la competencia se activa por concentraciones económicas, abusos de posición de dominio o prácticas restrictivas.

## **2.2. Institución del abuso del derecho y su poder moralizador en el abuso del poder de mercado**

Existe un postulado o principio cardinal del derecho que sanciona el abuso del mismo, es decir, el abuso del derecho. Fernández Sessarego (1992), enseña que el abuso del derecho “que es un acto ilícito sui generis, tiene siempre su origen en el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico [...], generalmente, acarrea un daño y origina, por ende, una responsabilidad civil” (p. 4). Entendemos pues, que el abuso del derecho se produce cuando una persona, mediante el ejercicio de un derecho o de una acción legalmente contemplada, atenta contra un derecho subjetivo de otra, al ir más allá de lo que la ley permite.

Al ser la solidaridad un valor fundamental dentro de nuestra sociedad, ésta nos exige que actuemos con nuestros pares acatando o cumpliendo ese valor. Actuar con rectitud de conducta significa no perjudicar al otro con el único fin de beneficiarse uno mismo. Es por ello que, “Lo que se persigue con la condena del abuso del derecho es, al entronizar el valor solidaridad en la vivencia comunitaria, que el individuo no atente o lesione intereses ajenos dignos de protección jurídica” (Fernández Sessarego, 1992, p. 8). Si logramos no atentar o lesionar los intereses de los demás cuando queremos conseguir nuestras propias metas o deseos, estaremos actuando con rectitud y no habrá necesidad de abusar del derecho para obtener lo que se aspira.

Cuando se atenta o se rompe el valor solidaridad, se está trasgrediendo al derecho y la moral, por cuanto la conciencia jurídica de la colectividad se está lesionando (Fernández Sessarego, 1992, p. 9). El abuso del derecho constituye una conducta ilegal no por romper la ley o hacer uso indebido o ilícito de ella, sino por utilizar a la misma de manera excesiva y sobrepasando los límites del espíritu de las normas, atentando contra las buenas costumbres, la moral y la buena fe, con el fin de crear, o, mejor dicho, generar una ventaja sobre otro individuo o individuos.

Es importante no confundir nunca al abuso de un derecho con un acto ilícito. Para esclarecer, Cobas (2007) enseña que:

“el acto o ejercicio abusivo de un derecho no puede ser confundido con el acto ilícito, precisamente porque este último es el acto contrario a la ley o al margen de la ley, y el primero consiste en el ejercicio disfuncional de un derecho, sea porque fue ejercido excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o porque dicho ejercicio va contra el espíritu o la finalidad de la ley, causando daño” (p. 148).

El abuso del derecho puede ser cometido a través de obligaciones contractuales. Al suscribir un contrato, las partes se comprometen a realizar prestaciones de manera recíproca con el fin de beneficiarse mutuamente. Si una de las partes, obtiene ciertas ventajas actuando de manera inmoral o en contra de la buena fe, para así conseguir más provecho a la prestación que tiene que dar, eso se llama abuso del derecho, porque está abusando de un derecho subjetivo patrimonial de la otra parte. Fernández Sessarego (1992) enseña que: “Quien obtiene ventajas o beneficios a costa de una conducta abusiva en relación con cualquier derecho subjetivo patrimonial, que ocasiona un daño a intereses ajenos, está obligado a repararlo” (p. 9). Hace mención este autor a la reparación del daño que está obligado a cumplir. En el caso de que una parte abuse del derecho y por consiguiente perjudique a la otra parte -patrimonialmente-, el primero debe resarcir las pérdidas económicas en las que ha hecho incurrir a la segunda por su conducta inmoral y contraria a las buenas costumbres.

Una vez analizado y entendido lo que es el abuso del derecho, procederemos a analizar una de los modos en que se puede abusar del derecho, dentro de la rama que tratamos.

### **2.2.1. Abuso de poder del mercado**

Dentro de la rama que nos compete (derecho de la competencia), una forma del abuso del derecho se la conoce como abuso de poder de mercado. Este no es otra cosa que aprovecharse de la posición que se tiene en un determinado mercado. Rengifo García (2015) enseña que “el abuso de posición dominante es una variable o modalidad del clásico abuso del derecho, y es

específicamente un abuso del derecho de libre empresa, del derecho de competir en el mercado, [...], un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio” (p. 71).

Debe estar muy claro qué constituye abuso de poder de dominio y por qué este abuso debe ser sancionado. Baches Opi (2014) da una definición extraída de dos sentencias (STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company and United Brands Continental c. Comisión* asunto 27/76, Rep. 1978, p. 207, considerando 65 y STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche & Co. C. Comisión*, asunto 85/76, Rep. 1979, p. 461, considerando 38) de los Tribunales de Justicia de la Comunidad Europea y revela que tanto ellos como la Comisión Europea “han definido la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado como una posición de fuerza económica que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante y comportarse de forma independiente de sus competidores, proveedores y clientes” (p. 131). Mientras esa empresa no abuse de su posición, de tal manera que impida o restrinja un libre desenvolvimiento del mercado afectando a sus competidores, proveedores y clientes, no incurre en el ilícito sancionado por nuestra ley.

Una vez que hemos comprendido que es el abuso de poder de mercado, es conveniente entender que, en el Ecuador, así como en las Decisiones Comunitarias que se aplican a la materia (608) y (616), lo que la ley sanciona no es la posición dominante *per se* que una empresa pueda tener en determinado mercado, sino el abuso de esa posición. Sería ilógico que, en una economía de libre mercado, se sancione a la empresa que tiene posición de dominio por el solo hecho de tenerla. Las empresas deben especializarse en su sector de mercado y esa especialización y trabajo constante, generan altas ventas y reconocimiento, que, consecuentemente otorgan una posición dominante en el sector de mercado en el que se desenvuelve por el crecimiento económico que adquiere, siendo ésta la idea de la libre competencia: mejora la calidad de tu producto y tu eficiencia y, por consiguiente, incrementa tus ventas, siendo por ello, eficiente económicamente.

Sin embargo, cuando esa empresa realiza ciertos actos no permitidos -que nuestra legislación como la legislación comunitaria consideran abusivas- ya incurre dicha empresa en un ilícito, porque está haciendo uso de esa posición privilegiada para perjudicar a uno o más operadores económicos, además, perjudicando a los consumidores, por cuanto está limitando su derecho a escoger, y finalmente puede afectar o afecta el sistema competitivo mismo, y el modelo económico, que es de orden público.

En el caso de ocurrir esta práctica abusiva, es decir, la de abusar de la posición de dominio que puede tener un operador económico, es necesario iniciar el trámite de reclamo ante el órgano que se encarga de sancionar (de acuerdo a los artículos 73, 74, 79 y siguientes) este tipo de conductas: la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

El primer paso que se debe tomar para iniciar un reclamo, es el de determinar si el agente económico en cuestión, que está siendo investigado o denunciado, tiene posición de dominio en el mercado relevante. Además, se debe establecer de manera muy clara si el agente económico abusa de esa posición mediante las conductas ilícitas prohibidas en el artículo 9 (LORCPM) que señala que “sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”

El artículo 5 de la LORCPM, establece cuales son los criterios con los que se debe medir o evidenciar el mercado relevante. En tal sentido, el artículo señala que son, al menos tres los criterios utilizados para medir, a saber: a) el mercado de productos o servicios; b) el mercado geográfico y; c) características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en el mercado señalado.

Es de vital importancia determinar el mercado relevante, pues, solo una vez que se determina el supuesto de posición relevante, se debe proceder a probar el ilícito o el acto abusivo.

Para un mayor entendimiento, cabe desintegrar estos tres criterios que delimitan que el mercado relevante se determina por el:

- a) Mercado Geográfico. - El espacio concreto establecido donde se da el supuesto anticompetitivo., el que no necesariamente se debe limitar al espacio nacional o regional según corresponda;
- b) Mercado Temporal. - La delimitación del período de tiempo en que se mide los posibles efectos o los efectos del acto anticompetitivo;
- c) Mercado de Productos o Servicios. - La identificación de la sección de mercado de bienes y/o servicios donde circulan determinados operadores económicos, y donde se da el o los supuestos competenciales, y por ende se encuentra sujeto a investigación y análisis dentro de un proceso competencial.
- d) Los consumidores. - Comprende la determinación de los posiblemente afectados o afectados por el acto anticompetitivo; y
- e) Los competidores reales y posibles específicos. - Son aquellos plenamente determinados por los operadores económicos sujetos a investigación” (Alvear, 2015, p. 72).

Cabe mencionar que el solo hecho de tener posición relevante no constituye ilícito alguno, por cuanto, no es ilegal tener posición relevante en el mercado.

El artículo 9 antes citado de la Ley (LORCPM), regula la cláusula general prohibitiva de abuso y los supuestos -que son ejemplificativos y no excluyentes- de algunas de las conductas que un operador económico puede cometer, y al adecuar su actuación a una de estas conductas, estaría incurriendo en abuso de poder de dominio.

En tal sentido, el numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM, señala como un acto de abuso de poder “La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a

otros.” Es decir, si, por ejemplo, un distribuidor de alimentos que tenga mercado relevante, exige a ciertos de sus distribuidos, condiciones comerciales distintas a la de otro distribuido, perjudicándole a éste último en la venta de sus productos, ese operador económico estaría incurriendo en abuso de posición de dominio, y el afectado podría solicitar la respectiva investigación y posterior sanción por parte de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado.

Esta acción en vía administrativa es facultativa para el perjudicado, pero también puede ser iniciada de oficio, si la Superintendencia, de sus investigaciones, cree o tiene una duda razonable respecto de la forma de actuar de cierto operador económico. Para ello, nuestra ley faculta a la Superintendencia a establecer ciertas medidas de corrección, como son la de ordenar el cese de la conducta al operador económico, imponer ciertas condiciones, suspender la ejecución de actos jurídicos que tengan relación con la conducta, y algunas otras detalladas en el artículo 62 de la LORCPM; así también, puede ordenar el archivo de la causa en caso de no haber base legal o fáctica, o no existir conducta ilegal alguna para sancionar ni solicitar el cese de la misma.

Este proceso administrativo se inicia mediante una denuncia o de oficio por parte de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado. Las resoluciones que de dicha denuncia emita la autoridad, podrán ser impugnadas mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción en vía Contencioso Administrativa, mediante procedimiento ordinario establecido en el Código Orgánico General de Procesos, según lo establece el artículo 69 de la LORCPM.

Al ser el abuso de posición de dominio una conducta sancionada, las empresas que ostentan esta posición de dominio, a criterio del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso, en la sentencia Exp. 2743/06 de 17 de abril del 2013, (D. Secundino, Da. Inés, D. José Luis, Da. Marisol, Da. Paloma y Da. Sabina vs. La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros y Grupo Generali Espala A.I.E), establecieron que:

“b) sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.”

Dentro del ilícito abuso de poder mercado, tanto en el artículo 8 de la Decisión 608, como en el artículo 9 de la LORCPM, existe una cláusula general prohibitiva de no abusar por parte de los operadores que tienen mercado relevante, concediendo exteriorizaciones ejemplificativas concretas. Por tanto, ningún operador económico que tenga relevancia en el mercado, puede abusar de otros operadores haciendo uso ilegítimo, entre otros, de contratos de distribución.

Así consta expresamente en el artículo 8, literal b) de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones: “Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: [...] b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;” (2005). En consecuencia, si el infractor tiene posición de dominio y abusa de él, puede incurrir en conductas de abuso a través del contrato de distribución. Así lo establece nuestra legislación en el artículo 9 en los numerales 11 y 19 de la LORCPM que establecen:

“11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios [...]

19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”.

En casos concretos de impugnación en instancia contencioso administrativa, deberá ser consultada la aplicación de la Decisión 608, mediante la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia.

En España, en el año de 1996 la compañía MCLANE ESPAÑA S.A. denunció ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, a la compañía TABACALERA S.A., por cuanto esta última había actuado de manera contraria y prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) “al haber negado el suministro de labores de sus propias marcas a MCLANE” (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 1996, Resolución Expe.486/00), suponiendo un abuso de posición dominante de acuerdo al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, y al artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea. En su parte pertinente, la Resolución señala que:

“En opinión del Servicio, TABACALERA ostenta posición de dominio en dos mercados de labores de tabaco, geográficamente delimitados por el territorio español peninsular y balear: el de fabricación, donde es el único operador, y en el mercado de distribución mayorista, donde también actúa en solitario. El Servicio considera que TABACALERA, al negar el suministro a MCLANE, se ha valido de su posición de dominio en el mercado de fabricación para mantener su posición de dominio en el mercado conexo de la distribución mayorista, impidiendo así nuevos entrantes en este mercado” (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 1996, Resolución Expe.486/00).

La resolución resuelve que:

“el Tribunal considera que debe intimar para el cese de la conducta y también multar, porque la actitud deliberada que ha guiado el comportamiento ilícito de TABACALERA que se examina en este expediente no ofrece ninguna duda” (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 1996, Resolución Expe.486/00).

Este abuso de poder de dominio también puede darse, según el artículo 10 de la LORCPM (2011), mediante situación de dependencia económica. Al respecto, Alvear Peña (2015) señala que éste:

“Es la explotación abusiva de un operador económico que, en el lado de la oferta o la demanda, es abusado por otro que tenga poder y relevancia en el mercado, al punto tal que su poder comercial frente al sujeto pasivo del ilícito, pueda incidir en la toma de decisiones comerciales del sujeto pasivo” (p. 75).

Es decir, si un operador económico depende exclusivamente de otro operador -con posición de dominio- para poder seguir en el mercado, y ese operador con poder de dominio utiliza esa ventaja que tiene sobre el operador económico más pequeño, para, por ejemplo, afectar precios, establecer condiciones de pago, y similares, para de esta manera obtener de ese operador beneficios que no obtendría de otro análogo que no dependa económicamente, el operador económico con posición de dominio que abusa debe ser sancionado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

### **2.2.2. Acuerdos y prácticas restrictivas**

Por otro lado, la LORCPM, contiene otra forma específica de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, la que se conoce como acuerdos y prácticas restrictivas, por el que se prohíbe los acuerdos o actuaciones abusivas de dos o más operadores económicos en perjuicio de los consumidores, terceros o del interés general. Es por ello que Bercovitz sostiene que “uno de los mayores enemigos del sistema competitivo sean las propias empresas, que tratan de ponerse de acuerdo para no competir o para reducir la competencia entre ellas.” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2014, p. 299). En tal sentido, nuestra ley, en su artículo 11, prohíbe estos ilícitos, mediante una cláusula general prohibitiva y algunas exteriorizaciones. Cabe mencionar que dichas conductas son ejemplificativas y no limitan la posibilidad de que, a través de la aplicación de la cláusula general prohibitiva, se sancionen

cualesquiera prácticas o acuerdos que no estén detallados expresamente en la Ley.

A nivel comunitario, la norma que regula las prácticas restrictivas de la competencia está en el artículo 7 de la Decisión 608.

Como se explicó anteriormente, al igual que las conductas que constituyen abuso de poder de mercado, la técnica jurídica a través de la cual se tipifica y sanciona los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, es por medio de una cláusula general prohibitiva de tipo abierta por la cual se prohíbe cualquier forma que permita la realización de un acuerdo o práctica restrictiva de la competencia, que incluye la prohibición de usar un contrato de distribución como mecanismo de restricción de la competencia en sección horizontal (en misma línea de negocio) o vertical (distintas líneas de mercado o en misma línea pero con distinto poder de mercado), y exteriorizaciones ejemplificativas concretas, como se puede observar en forma concreta en el artículo 7 de la Decisión 608 y en el artículo 11 numeral 19 de la LORCPM, que en forma expresa establece: “19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”. La práctica citada en el numeral anterior puede darse tanto en sección horizontal como en sección vertical.

De manera ejemplificativa, y para poder entender cuándo existe restricción de la competencia en sección horizontal o vertical, Baches Opi (2014) enseña que “En el caso de los acuerdos horizontales, [...] se incluyen la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados y clientes, las pujas fraudulentas” (p. 29). Por otro lado, el mismo autor señala que “En el caso de los acuerdos verticales, [...] la imposición de precios de reventa fijos y mínimos a los distribuidores o los acuerdos que les conceden una protección territorial absoluta frente a las ventas de otros distribuidores del fabricante o proveedor” (Baches Opi, 2014, p. 29).

Queda claro entonces que, la práctica restrictiva se da en sección horizontal cuando se realiza entre operadores económicos de la misma sección de

mercado; y en sección vertical, cuando la práctica se produce entre operadores de diferentes secciones de mercado.

Por ejemplo, en España, la Comisión Europea en su Decisión de 16 de julio 2013 (asunto COMP 37.975 PO/YAMAHA) señaló que:

“Yamaha incluyó en sus contratos de distribución una cláusula en la que se estipulaba, mediante remisión a unas directrices para las tiendas de Yamaha Music Benelux (YMB), que el distribuidor debía utilizar en la tienda o fuera de ella el precio recomendado en la lista de precios de Yamaha” (Baches Opi, 2014, p. 239)

De esta manera, la distribuidora estaba fijando no solo los precios de reventa de su distribuidora, sino que también le estaba poniendo condiciones que le perjudicaban en sus resultados económicos, generándose como consecuencia una práctica restrictiva en sección vertical, por cuanto el distribuidor obligaba al distribuidor a vender la mercancía a los precios que el primero recomendaba.

Por otro lado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional española, en su Sentencia No. 207/2016 de 26 de mayo del 2016 caso Bardón y Rufo 67SL, señala que la Comisión Nacional de la Competencia concluyó que:

“existió un cártel de empresas del sector del alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo (menos de un año). Su finalidad era fijar unos precios mínimos venta al público y pactar unas condiciones comerciales homogéneas al mismo precio y en alguna ocasión incluso, se pactaron los márgenes de algunos de los brokers o intermediarios con los que trabajaban más frecuentemente.”

Como se desprende de la opinión de la Comisión Nacional de la Competencia española, y de la Comisión Europea, el fijar precios mínimos de venta y pactar las condiciones comerciales, entre dos o más operadores económicos,

constituye una práctica restrictiva de la competencia que puede ser sancionada por la entidad estatal encargada (en nuestro caso la SCPM), si determina que la fijación de precios y condiciones comerciales se impusieron de manera concertada y con el fin de ganar clientela y posesionarse en el mercado; esta práctica restrictiva se estaría dando en sección horizontal, por cuanto los que conformaban el cártel competían entre ellos, y para obtener una ventaja sobre el resto de agencias de alquileres de autos, decidieron concertar entre ellas y fijar precios con el único fin de beneficiarse incrementando sus ventas.

En España, la Ley faculta a las partes interesadas para que soliciten la revisión de los contratos de distribución que van a suscribir con el fin de establecer si es o no legal la suscripción de ese contrato, para así determinar si existe o no prácticas restrictivas de competencia o abuso de un operador económico de su posición de dominio. Así, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia español, ya en el año de 1996, emitió la Resolución Nro. A 168/96 Distribución MINOLTA, donde prohibió la suscripción de un contrato tipo de distribución exclusiva en razón de las siguientes consideraciones:

- “El contrato-tipo de distribución exclusiva para el que se solicita autorización es un acuerdo restrictivo de la competencia de los comprendidos en el artículo 1.1. LDC: [...]”
- Dicho contrato presenta una serie de cláusulas que no le permiten acogerse a las exenciones por categorías establecidas 1.1. del R.D 157-1992.
- Así pues, desde la óptica de la defensa de la competencia se puede formular el contrato en cuestión con las siguientes objeciones:
- No se establece con claridad la libertad del distribuidor para fijar el precio de venta al público (la estipulación Quinta hace referencia a que las ventas se realizaran con arreglo a las condiciones de comercialización establecidas por MINOLTA, las cuales no obran en el expediente).

- Se prohíbe al distribuidor la utilización de recambios y consumibles que no sean de la marca MINOLTA [...]
- Se prohíbe el comercio paralelo [...]
- No se contiene ninguna obligación de distribuidor de prestar asistencia técnica a las máquinas instaladas en su zona y que no han sido vendidas por el (En la estipulación Novena se establece esta obligación solo para las máquinas vendidas directamente por Minolta a los grandes clientes y organismos oficiales).
- En conclusión, el contrato de referencia podría ser autorizado si se eliminaran o modificaran aquellas estipulaciones que contienen restricciones de la competencia que no se consideran imprescindibles para la consecución de los objetivos anteriormente expuestos.”

De lo referido se demuestra que el contrato de distribución *per se* no constituye un ilícito, en tanto y en cuanto éste contenga condiciones o efectivamente presente restricciones a la libre competencia, a los operadores económicos y finalmente, a los consumidores. Como señala la misma resolución (1996), “el contrato contiene una serie de cláusulas que incorporan restricciones de la competencia.”

En conclusión, se puede decir que, en el Derecho Mercantil moderno, el contrato de distribución puede ser utilizado de manera abusiva o restrictiva por ciertos operadores económicos, al punto que, actualmente, en la legislación de competencia -tanto comunitaria como nacional- se tipifica y sanciona, ya sea como abuso de posición de dominio y práctica restrictiva, el uso desmedido del contrato de distribución, a través de ciertas cláusulas que se establecen en los contratos y que, en el contrato de distribución moderno ya no deben constar, o pueden constar siempre y cuando no se esté violando lo estipulado en el artículo 11 de la LORCPM.

### **2.2.3 Competencia desleal**

La competencia desleal regula y sanciona los actos comerciales deshonestos, más allá de si aquellos actos superan o no la regla del *minimis* (la línea

demarcatoria que establece el umbral entre las operaciones realizadas por operadores económicos de pequeña escala o escasa significación y la de aquellos que pueden afectar y restringir la competencia; art. 13 de la LORCPM), o si el volumen de ventas del operador económico infractor puede o no afectar el mercado relevante donde ocurre la práctica desleal.

En tal sentido, “Basta determinar que un acto es desleal, esto es, está incurso dentro de los criterios delimitadores” (Alvear y Gómez de la Torre, 2015, p. 63) que están señalados en la LORCPM, en su artículo 27, “para que se activen las acciones en contra” (Alvear y Gómez de la Torre, 2015, p. 63) de quien las ejecuta. La regulación contra la competencia desleal protege el interés privado; por ejemplo, un proveedor de camisetas realiza campañas de engaño respecto de otro que es su competidor directo, para que de ésta manera el consumidor elija y compre el producto del primero. Sobre aquel comportamiento actuará la competencia desleal sancionando al operador económico que lo ejecuta. La competencia desleal “sanciona “per se” la deshonestidad” (Alvear y Gómez de la Torre, 2015, p. 76), es decir, sanciona el acto en sí, objetivamente. Es por ello, que la Ley de Competencia Desleal española en su artículo 2, numeral 2 señala textualmente que:

“Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.” (BOE N. 10, de 11/01/1991).

En tal sentido, la competencia desleal actúa objetivamente; no verifica si existió o no intención de perjudicar por parte del operador económico (teoría subjetiva), sino simplemente, verifica que el acto cometido haya generado una afectación a la otra parte y/o a los consumidores.

De manera similar, el artículo 25 de la LORCPM, en su inciso tercero establece que:

“La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino

que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley” (2011).

A pesar de que no se señala que el daño se verificará de manera objetiva - como sí lo hace la Ley española- de la lectura del inciso citado se entiende que bastará para que se sancione la conducta, el solo hecho de que se haya dado o propiciado.

La competencia desleal ha pasado por tres etapas evolutivas antes de recaer en el modelo que se utiliza ahora en países como España y en ciertos países latinoamericanos. El primer modelo es el llamado paleoliberal, el cual se desarrolló a partir de la revolución industrial. En este modelo bastaba con que se cause el daño para que se lo sancione, sin importar si existió intención o no por parte del sujeto activo, o si el daño causó o no una afectación a los competidores (García Menéndez, 2004, p. 10).

El segundo modelo, conocido como el modelo profesional o corporativo, el cual se desarrolla a finales del siglo XIX y principios del XX, se comienza a “considerar a la competencia desleal como un ilícito de carácter objetivo y de peligro” (García Menéndez, 2004, p.13). Es decir, ya no es necesario que la conducta que se sanciona tenga cierto grado de dolo o culpabilidad, sino simplemente se la sanciona por ejecutarse o darse dicha conducta, afectando a las buenas costumbres mercantiles, más allá de si la intención del sujeto que la provocó tuvo el elemento de dolo o de culpabilidad.

El tercer modelo, llamado social, es el que se aplica en la actualidad en ciertos países latinoamericanos. Este modelo sostiene que es competencia desleal todo acto que objetivamente afecte a los operadores económicos y subyacentemente, al mercado, En tal sentido, Bercovitz (2012) señala que, en la legislación española, “la regulación legal no trata de proteger solamente al

competidor directo, sino también y muy especialmente a los consumidores y al propio funcionamiento correcto del sistema competitivo” (p. 385). Es decir, este modelo a diferencia de los anteriores, busca la protección de intereses diversos, esto es, de los competidores, consumidores y subyacentemente del mercado.

En consecuencia, el ámbito de aplicación contra la competencia desleal en la actualidad, doctrinariamente se considera que “tiene por objeto la protección de intereses diversos, esto es, la de todos los que participan en el mercado [...], además de proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando que se vea distorsionado por actuaciones incorrectas” (Bercovitz, 2012, p. 383)

En consideración de la regulación de competencia desleal que rige en nuestro país, puede también sancionarse como un acto desleal el uso indebido de un contrato de distribución que pueda afectar, restringir o falsear la competencia y el interés de los consumidores. Así, a través del artículo 26 de la LORCPM se prohíbe y sanciona:

“los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

Estos hechos, actos o prácticas desleales deberán ser ejecutados por operadores económicos que no superen el umbral establecido por la regla de *mínimis* para actos desleales.

Enseguida analizaremos aquellas cláusulas que son utilizadas con frecuencia en los contratos de distribución utilizados en el tráfico económico ecuatoriano, y que son las que pueden acarrear sanciones para las partes en caso de existir denuncias de particulares o a petición de parte por la SCPM.

### 2.3. Clases y cláusulas frecuentes

El contrato de distribución clásico, contiene ciertas clases y cláusulas típicas, que con frecuencia son utilizadas. A continuación, enumeraré estas cláusulas, para luego pasar a analizar las seleccionadas.

1. Exclusividad (región o país);
2. Generalmente fija término de duración pudiéndose renovar;
3. Fija descuento al distribuidor que permita cubrir el precio que se cobra por el producto a los mayoristas del productor;
4. Se fija fecha de pago y facturas;
5. Lugar y forma de entrega de la mercadería y forma de recibirse y acopiarse;
6. Fijación de precio de venta a los clientes;
7. Estipulaciones sobre gastos de publicidad;
8. Empresa distribuidora no podrá fabricar, distribuir o vender otros artículos similares en competencia con los que va a distribuir en “exclusiva” (Garrone y Castro Sammartino, 1996, p. 917).

De las cláusulas antes numeradas, procederé a explicar a continuación, especialmente aquellas que hoy pueden ser consideradas como abuso de poder de dominio, restrictivas, y actos desleales, acorde a las nuevas normas de regulación de la corrección económica, como son las normas de competencia y las de competencia desleal.

a) Una de las cláusulas más frecuentes es la llamada “de exclusividad” o “distribución en exclusiva” (Garrone y Castro Sammartino, 1996, p. 917). Esta cláusula puede perjudicar a una parte (distribuidor), ya que en ella se pacta que el distribuidor será “exclusivo” para el distribuido, impidiéndole, de ésta manera, que distribuya los productos de la competencia o que tenga relación comercial con otros operadores económicos similares al del distribuido, a cambio de que el distribuidor, venda con exclusividad los productos o servicios del distribuido, en un territorio determinado, impidiendo así, en este lado de la cadena de distribución, la participación de otros operadores económicos.

Al respecto, Garrone y Sammartino (1996) enseñan que la exclusividad se impone sólo por región o país, haciendo más amplio el límite de exclusividad (p. 917). Es decir, cuando el distribuido otorga la distribución exclusiva de sus productos al distribuidor, lo puede hacer especificando que dicho agente económico será el distribuidor exclusivo de su producto para, por ejemplo, el Ecuador. También puede ser distribuidor exclusivo de una región, ya sea de un país o la que conforman varios países en un continente. En este caso, podría restringir la posibilidad de ser distribuidor de otro competidor.

La ilicitud en que se incurra, dependerá de la ubicación del operador económico, distribuido o distribuidor en el mercado relevante. Si cualquiera de los dos supera la regla del *mínimis*, podemos estar frente a un acto anticompetitivo.

Esta cláusula, a la luz del derecho mercantil moderno, influido por el derecho de corrección económica, es o puede resultar abusiva y restrictiva, puesto que como se señaló anteriormente, la exclusión que implica la exclusividad, puede impedir al distribuidor, comerciar otros productos, amarrándose u obligándose a distribuir los productos de un único distribuido. En el mismo sentido, esta cláusula limitada al área geográfica de la distribución en exclusiva, solo por medio de un distribuidor, puede también afectar el derecho de información y de real elección que tienen los consumidores, generándose prácticas anticompetitivas que afectan la libre competencia al restringir a otros operadores económicos a participar en el mercado.

Este tipo de cláusulas pueden resultar abusivas, a la luz del principio general del Derecho, conocido como de abuso del derecho, por cuanto, pueden quebrantar el equilibrio y la igualdad de las prestaciones de las partes (García, 2004, p. 33), lo que ha puesto en duda, incluso, la real libertad y voluntad contractual, muy especialmente si esta herramienta contractual sirve para generar dependencia económica de cualquiera de las partes relacionadas en el contrato, o constituye un mecanismo para abusar, fijar precios o afectar derechos de terceros por parte de otros operadores económicos. La doctrina enseña que “una cláusula es abusiva cuando está determinada por un

desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes, y por violar la buena fe” (Benítez Caorsi, 2010, p. 217).

Las partes que celebran un contrato de distribución, al menos conceptualmente, tienen igualdad económica, así como técnica, y la libertad total para contratar y negociar los términos y condiciones del mismo. Por ello, el ejecutar el contrato simplemente debería ser un tema de cumplir con las obligaciones. Por lo general, las compañías, sobre todo aquellas de gran incidencia o posición económica, poseen ya contratos tipo de distribución, los cuales las partes simplemente suscriben y no alteran el contenido del mismo. Esto nos hace reflexionar que las partes en los contratos de distribución, no tienen una real igualdad económica, ya que, dependiendo de las condiciones de mercado, tanto distribuido como distribuidor, pueden tener ventajas de poder de mercado, respecto del otro, como ya quedó explicado anteriormente.

Así mismo, este puede también ser un acto de competencia desleal, por cuanto puede constituir un acto de comercio desleal en perjuicio de otros operadores económicos, que antes no eran sancionados ni limitados por normas de corrección económica.

Por lo expuesto, hoy en día, hay que conocer este tipo de límites normativos, que deben reflejarse en la redacción de este tipo de cláusulas, por cuanto, el incurrir en estas prácticas anticompetitivas, el órgano competente – la Superintendencia de Control y Poder de Mercado- puede sancionar al distribuido y/o distribuidor, imponiendo multas de hasta el 12% del valor total del volumen de negocios de la empresa del año anterior, cuando se establezca que la práctica de insertar cláusulas injustificadas de exclusividad en la distribución, representan cláusulas de no competencia o puedan afectar, falsear o restringir la libre competencia.

b) Fijar el término de duración con posibilidad de renovación del contrato es otra de las cláusulas frecuentes (Garrone y Castro Sammartino, 1996, p. 917). Al igual que casi todos los contratos, en el de distribución también se fija un plazo de vencimiento del contrato. En la práctica, se fija en el contrato la fecha

en la que el mismo termina, y generalmente se establece también la facultad de renovar el contrato, o la no renovación del contrato. (Bergstein, 2010, p. 29).

Al respecto de ésta cláusula existen varias visiones en las legislaciones de distintos países. Algunos países Latinoamericanos que han legislado el contrato de distribución, establecen la “imposibilidad de cualquiera de las partes de rehusarse a renovar el contrato a su vencimiento, excepto en casos de justa causa; [...]” (Bergstein, 2010, p. 29). Además, el mismo autor añade que en el caso de negarse a renovar sin que exista esa justa causa, se crea responsabilidad de la parte que se niega (Bergstein, 2010, p. 29).

Por otro lado, existen otras corrientes en el derecho comparado que comprenden a la no renovación con distintos conceptos y consecuencias. En tal virtud, existen países como Bélgica, donde la voluntad de no renovar el contrato debe darse por escrito, y con por lo menos 180 días de anticipación a la fecha de terminación del contrato. Es decir, la parte que no desee renovar el contrato, deberá avisar a la otra parte, y en caso contrario, el contrato se renueva automáticamente (Bergstein, 2010, p. 30).

Una corriente diferente ha tenido que apegarse al criterio emitido por las altas cortes. Por ejemplo, en Francia, la Corte de Apelaciones de París, sentenció el principio de que no renovar un contrato de distribución no constituye abuso de derecho, sino que simplemente es uno de los derechos contractuales de las partes que éstas están facultadas a ejercer a su debido tiempo. En tal sentido, la doctrina francesa ha manifestado que la no renovación puede ser abusiva, única y exclusivamente, cuando se pueda probar o evidenciar que ha existido deseo manifiesto de perjudicar o dañar a la otra parte (Bergstein, 2010, p. 31). En razón de esto considero que, la posibilidad de renovación se debe pactar relacionándolo en el contrato a índices objetivos de evaluación de desempeño, establecidos de manera previa y oportuna.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el plazo establecido en el contrato es legal y la forma de terminación del mismo dependerá de las cláusulas contractuales, a menos que se termine abruptamente, y esta ruptura se

encuentre bajo los supuestos de abuso de posición de dependencia económica.

c) Existe una cláusula que ha traído muchos problemas y la cual siempre se ha tratado de regular mediante leyes o sanciones determinadas por las autoridades de competencia competentes. Esta cláusula, es aquella donde la parte distribuida, fija los precios de venta o de reventa de los bienes o servicios a los clientes (Garrone y Castro Sammartino, 1996, p. 917).

Estas cláusulas serán lícitas, en tanto y en cuanto, no afecten normas de competencia o de comercio, que ponga en desventaja económica a cualquiera de las partes. La valoración de esta desventaja se debe establecer en base al principio de buena fe contractual y daño objetivo, no subjetivo (intencionalidad de daño).

Según mandato constitucional, el Ecuador es una economía de mercado social y solidaria (Art. 283), y en un mercado basado en la libre competencia se espera que la competencia sea justa y equivalente para todos. La libre competencia exige que todos los operadores económicos “estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen” (Bercovitz, 2014, p. 298), no por el establecimiento de cláusulas de abuso, anticompetitivas y/o desleales.

Cuando el distribuido fija los precios de venta directamente en el contrato de distribución, está mermando el derecho que tiene el distribuidor de competir con otros distribuidores, porque seguramente, sus precios serán más bajos o quizá más altos, pero, de cualquier manera, será complicado para este distribuidor competir, ofertar y vender los bienes o servicios. Puede también, ocurrir lo contrario, es decir, que los precios que fija el distribuido sean más bajos que los del resto de distribuidores, haciendo que sea imposible competir contra aquellos precios de una manera libre, voluntaria y leal. Esto puede traer consecuencias hoy en día, tanto al distribuido, quien impone los precios, y al distribuidor, quien los acepta -ya que él, obviamente, obtiene grandes réditos- y

no denuncia al distribuido. Así, por ejemplo, una sentencia de 8 de marzo del 2012 de la Sala tercera del Tribunal Supremo Español, señala que:

“La coincidencia en las fijaciones de precios, realmente no puede explicarse razonablemente al margen de la convicción de la existencia de una práctica concertada; en el presente caso existió transferencia de información, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la misma emisión de billetes”.

(Bercovitz, 2014, p. 328)

Es evidente que, en el caso citado, existió un cártel, donde, de manera concertada, las agencias de viaje fijaron precios para la emisión de billetes, para con ello beneficiarse todas.

Acorde al derecho de corrección económica, el contrato de distribución que contenga la cláusula a la que me referiré a continuación, sería ilegal y dicha cláusula podría ser observada como abusiva o lesiva, siendo importante analizarla, en aplicación de la regla del caso concreto y observando las barreras anticompetitivas que justifiquen su establecimiento.

d) Me refiero a aquella cláusula donde se estipula que la empresa distribuidora no podrá fabricar, distribuir o vender otros artículos similares en competencia con los que va a distribuir en “exclusiva” (Garrone y Castro Sammartino, 1996, p. 917). Esto, en la nueva regulación competencial, podría estar incurso en la limitación y reparto de mercado, (práctica restrictiva de la competencia (Ver artículo 7, 8 decisión 608 de la CAN y artículo 11 de la LORCPM). Como se mencionó en páginas anteriores, la distribución en “exclusiva” es una práctica prohibida por la LORCPM, por cuanto ésta constituye una práctica anticompetitiva.

Este acto, también puede ser anticompetitivo cuando afecta al distribuidor, al atarle a un solo distribuido bajo la amenaza de que, si no lo hace, se termina el contrato. La exclusividad, en mi criterio, solo es jurídicamente aceptable cuando es bilateral.

Los actos anticompetitivos, no sólo afectan a las partes involucradas, sino también a los consumidores de una economía de mercado, al restringirles su derecho a acceder a una variedad de productos similares, donde son ellos, finalmente, quienes eligen el producto que comprarán basados en su poder adquisitivo o en su interés de tal o cual producto, o de otro lado, siendo afectados indebidamente en costos por prácticas monopólicas u oligopólicas, que son concertajes entre fabricantes y distribuidores en contra del consumidor, conductas que son más factibles en mercados muy imperfectos, es decir, en la gran mayoría de mercados.

El contrato de distribución con cláusulas abusivas, también puede ser desleal, cuando se presenta de la misma forma que lo expuesto en líneas anteriores, pero se diferencia porque las partes involucradas no superan la regla del mínimis. Al respecto Bercovitz (2014) enseña las diversas nociones para delimitar la deslealtad, y señala que “Es, pues, claro que no puede ser determinante para definir la competencia desleal exclusivamente lo que piensen los empresarios. Hay que tener en cuenta también, [...], los otros intereses protegidos.” (p. 391).

### **3. Los nuevos requerimientos de legitimidad y legalidad del contrato de distribución.**

Como se ha podido evidenciar hasta aquí, el derecho mercantil ha evolucionado, y no podemos continuar utilizando contratos de distribución que, estén sustentados en el derecho mercantil clásico, sino que debemos aplicar lo que las normas de corrección económica y de la competencia mandan, para no incurrir en ciertos ilícitos sancionables, que a la larga terminan perjudicando más a las partes. De esta manera, el contrato de distribución actual debe contener cierto tipo de cláusulas para así gozar de legitimidad.

#### **3.1. Contrato de distribución frente al derecho de corrección económica**

Como ya fue analizado en el primer capítulo, el contrato de distribución -como cualquier contrato- para que tenga legitimidad y legalidad, debe cumplir con los requisitos generales que se exige para cualquier otro contrato como son, la

causa lícita, objeto lícito, que el consentimiento no adolezca de vicio y que las partes sean capaces; siendo lo relevante la expresión de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Al respecto, la doctrina uruguaya señala:

“Esta libertad contractual cobra proyecciones múltiples en el campo de los contratos de distribución en general y en el de su extinción en particular. Así, las partes suelen contemplar expresamente aspectos tales como las causales que justifican la rescisión por incumplimiento, el procedimiento a seguir en dichas hipótesis, la duración del contrato, su renovación, la posibilidad de ejercer el desistimiento unilateral verificados o no determinados supuestos, la manera en que debe notificarse del receso, la duración del pre aviso, la recompra del stock remanente y otros numerosos aspectos.

La validez y eficacia de todas estas cláusulas, es objeto de frecuente cuestionamiento” (Bergstein, 2010, p. 129).

En tal sentido, el mismo autor manifiesta que existen dos posiciones conocidas como la autonomía de la voluntad y la crisis del dogma de la autonomía de la voluntad. La primera corresponde a una concepción del derecho mercantil clásico que predomina en el siglo XIX, y el segundo es la respuesta a una corriente revisionista que por los problemas del convivir actual se replantea como los límites a esa autonomía de la voluntad que se reconoce en el derecho mercantil moderno, y se establece más fuertemente en el derecho de corrección económica. Por eso el autor, respecto del tema en consideración, manifiesta:

“Frente a la vigencia irrestricta de la autonomía de la voluntad, se ha alzado con el correr de este siglo una corriente revisionista - legislativa, jurisprudencial y doctrinaria- que postula la “crisis del dogma la autonomía de la voluntad”. Esta tendencia hace caudal en una concepción solidaria del Estado -por oposición a la concepción “individualista” que primara en el siglo 19- para reclamar la tutela del

contrayente económicamente más débil, la coordinación de la autonomía de la voluntad, con los principios de “justicia concreta” y buena fe, y, fundamentalmente, el activo controlador e intervención judicial para restablecer el adecuado equilibrio contractual de las partes, ya sea declarando la nulidad o ineficacia de ciertas cláusulas, ya sea rehaciendo o modificando el propio contenido del contrato.” (Bergestein, 2010, p. 130).

Lo expuesto demuestra que, la autonomía de la voluntad, si bien es la base o el fundamento del contrato, este no es absoluto sino relativo, y está sujeto, hoy en día, no solo a los límites referidos, sino, además, a los de corrección económica que se encuentran en las normas de competencia señaladas en los acápites anteriores.

Este es el punto de diferencia entre el contrato de distribución bajo una visión clásica, y el contrato de distribución en el derecho mercantil moderno, donde será legítimo un contrato que guarde equilibrio contractual, que su ejecución y suscripción se haya dado con buena fe, y que el mismo no constituya una forma de abuso del derecho, ni un de abuso de posición de dominio, o práctica restrictiva de la competencia.

En tal sentido, la Resolución 168/96 del Tribunal Español de Defensa de la Competencia, nos ilustra al señalar que para que un contrato de distribución hoy en día goce de legitimidad, debe contener cláusulas que no contengan condiciones por las cuales se restrinja, de cualquier forma, la competencia; pudiéndose celebrar un contrato de distribución cuando éste objetivamente presente ventajas económicas tales como:

“La racionalización y mejora de la comercialización de los productos o la prestación de unos servicios de asesoramiento y asistencia técnica a los usuarios. Además, estimulen la competencia entre marcas de diferentes fabricantes y constituyan el medio más eficaz para que estos puedan introducirse rápidamente en nuevos mercados y afrontar la competencia de otros fabricantes. Y, por

último, beneficien a los consumidores ya que pueden acceder en mejores condiciones a una más amplia gama de productos” (Resolución Expte. A 168/96, Distribución MINOLTA, p. 1996).

### **3.2. Requisitos de legalidad y las nuevas exigencias de legitimidad**

Siguiendo el criterio del acápite anterior, igual razonamiento se encuentra en otra doctrina española, en donde se establece que “Los contratos de distribución dan lugar a varios problemas en política de competencia” (Bellamy y Child, 1991, p. 316). Los contratos de distribución, por principio, no solo limitan la libertad de los contratantes, sino que, además, pueden afectar a terceros y a los consumidores. Por ello se ha considerado que estos, en principio, pueden ser restrictivos y solo gozarán de legitimidad y licitud cuándo:

- 1) la introducción del producto en un determinado territorio nacional, puede hacerse en forma expedita e ineludible, mediante un distribuidor exclusivo que busque protección económica en la inversión;
- 2) que los acuerdos de distribución comporten ventajas económicas en general y apoyen la competencia (Bellamy y Child, 1991, p. 316).

De lo anteriormente expuesto, serán legítimos los contratos de distribución que tengan: 1) objeto y causa lícita; 2) que exista equilibrio contractual entre las partes; 3) que no exista ninguna cláusula abusiva; y 4) que el contrato no “tenga por objeto o por efecto, restringir la competencia entre distribuidores de productos de la misma marca” (Bellamy y Child, 1991, p. 320).

En consecuencia, el contrato de distribución moderno, no debe contener cláusulas que tengan por objeto o efecto, implícito o explícito: la distribución de:

“protección territorial absoluta. Esto significa un compromiso del suministrador de procurar que ningún tercero exporte al área objeto del contrato, lo cual es contrario al artículo 85.1.; de igual manera, una prohibición de exportar impuesta al distribuidor esta también prohibida y es nula” (Bellamy y Child, 1991, p. 320).

Tampoco se podrá establecer cláusulas como la de fijación de precios para restringir la oferta; aquella que imponga prácticas concertadas entre distribuidores; la que imponga el suministro exclusivo al distribuidor cuando éste sea restrictiva; la cláusula que prohíba la venta de productos competidores y cláusulas mediante las cuales se limite la distribución de mercaderías, tales como, el establecimiento de innecesarios requisitos técnicos o volúmenes de venta excesivos; restricciones de reventa; restricciones sobre publicidad cuando éstas afecten precios o condiciones de venta; obligación de suministrar a consumidores; restricciones injustificadas y discriminatorias.

#### **4. Conclusiones**

Por lo expuesto en este ensayo, considero importante rescatar algunos puntos importantes.

El contrato de distribución está sujeto a todos los requisitos de validez analizados en este ensayo, a los que se agregan los mecanismos de regulación y corrección derivados de los posibles efectos de desequilibrios contractuales, más aún, si estos, además, causan afectaciones que objetivamente pueden dañar a los operadores económicos (competidores y consumidores) y/o pueda afectar al sistema concurrencial o modelo económico, utilizando como herramienta para aquello el derecho de la competencia y la competencia desleal.

Para que el contrato de distribución moderno tenga una utilidad positiva para las partes que lo celebran, las prestaciones contractuales deben quedar estipuladas dentro de un marco de equilibrio para que éstas no favorezcan a una parte y perjudiquen a otra parte.

Es por lo anterior que, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación -principios otorgados por la Constitución a todos los ciudadanos- va a encontrar sus límites en los elementos de moralización del contrato y en las normas de corrección económica, tales como el derecho de la competencia, al establecer márgenes para lo que se puede y no se puede estipular en los contratos de distribución.

Al ser el contrato de distribución uno de los tantos reflejos de las relaciones económicas actuales y del nuevo tráfico mercantil, también es un reflejo de las nuevas normas de corrección económica que al mismo se deben aplicar.

Al haber sufrido modificaciones drásticas por la aplicación del Derecho de la Competencia a través de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado, la cual ha generado o debe generar que las cláusulas contractuales que anteriormente se establecían como legítimas y validas -como por ejemplo la exclusividad territorial, los plazos de renovación, terminación, fijación de precios en la venta y reventa y prohibiciones de no vender otros productos- hoy en día ya no sean legítimas, por principio general, salvo casos de excepción, debidamente autorizados, por cuanto, se puede incurrir en violaciones a la Ley mencionada. Estos incumplimientos, a su vez, pueden traer sanciones y multas de carácter administrativas, civiles (daños y perjuicios) e inclusive, penales. (art. 77 y siguientes y 71 y 72 de la LORCPM, estos solamente se refieren, pues no son motivo de este trabajo).

Estimo pertinente señalar, que la máxima distinción entre el derecho de la competencia y la competencia desleal se encuentra en la protección que cada una de ellas ampara. El derecho de la competencia protege el interés público, mientras que la competencia desleal protege el interés privado.

Finalmente, me gustaría hacer un breve comentario respecto de cómo creo yo que deberíamos aprovechar la LORCPM. Por ejemplo, el artículo 44 numeral 15, señala como una de las atribuciones del Superintendente la de conocer y absolver consultas sobre la aplicación de la Ley para casos particulares. Es decir, que en caso de querer un operador económico asegurarse de que el contrato de distribución que va a celebrar con otra parte no vulnere los derechos de ambos y no vaya a traer consecuencias su ejecución, puede pedir, facultativamente, a la Superintendencia para que revise ese contrato y emita su opinión respecto del mismo. Opino que estas ventajas extendidas por la Ley podrían ser de gran utilidad, si empezamos a estudiar y conocer más sobre la LORCPM.

## REFERENCIAS

- Alterini, A. (2009). *Derecho de Obligaciones Civiles y Mercantiles*. (4ta. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Alvear Peña, P. y Gómez de la Torre Gómez, B. (2015). *Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Baches Opi, S. (2014). *Distribución y Derecho de la competencia*. Madrid, España: Marcial Pons
- Bellamy, C. y Child, G. (1991). *Derecho de la Competencia en el Derecho Común*. Madrid, España: Civitas
- Benítez Caorsi, J.J. (2010). *La revisión del contrato*. (2da. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis
- Bergestein, J. (2010). *La extinción del contrato de distribución*. (2da. Ed.). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria
- Bercovitz, A. (1992). *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 enero de 1991*. Madrid, España: Imprenta Nacional
- Bercovitz, A. (2012). *Apuntes de derecho mercantil*. (13ra. Ed.). Pamplona, España: Aranzadi
- Bercovitz, A. (2014). *Apuntes de derecho mercantil*. (15ta. Ed.). Pamplona, España: Aranzadi
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta
- Carvajo Cascon, F. (2013). *Sistemas de Distribución Selectiva, Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*. Madrid, España: La Ley
- Cifuentes, S. (2004). *Negocio jurídico*. (2da. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Cobas, M. y Azago, J. (2007). *Derecho Civil, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad
- Código de Comercio. (1960). Registro Oficial 1202 de 20 de agosto de 1960
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (1996). *Resolución Expte. A 168/96, Distribución MINOLTA*. Recuperado el 20 de marzo del 2016 de [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (1996). *Resolución Expte. 486/00, McLane/Tabacalera*. Recuperado el 13 de agosto del 2016

en [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento de 13 de julio del 2011
- Díaz Bravo, A. (1983). *Contratos Mercantiles*. México D.F., México: Colección Textos Jurídicos Universitarios
- Etcheverry, R.A. (2009). *Derecho Comercial y Económico, contratos, parte especial*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Etcheverry, R.A. (2009). *Derecho Comercial y Económico, obligaciones y contratos comerciales, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Fernández López, J.M. y Pedr az Calvo, M. (2013). *Jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de Derecho de la competencia: 2008, 2009 y 2010*. Madrid, España: Marcial Pons
- Fern andez Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú
- García Menéndez, S. (2004). *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis
- Garrigues, J. (1984). *Curso de derecho mercantil (7a. ed.)*. México D.F., México: Porrúa
- Garrone, J.A. y Castro Samartino, M.A. (1996). *Manual de derecho comercial (2a. ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Gherzi, C.A. y otros. (2006). *Contratos civiles y comerciales*. (6ta. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea, Tomo I
- Gherzi, C.A. y otros. (2006). *Contratos civiles y comerciales*. (6ta. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea, Tomo II
- Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (2007). Boletín Oficial Español Número 159 de 4 de julio del 2007
- Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal (1991). Boletín Oficial Español Número 10 de 11 de enero de 1991
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2000). Registro Oficial 116 de 10 de julio del 2000
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. (2011). Registro Oficial 555 de 13 de octubre del 2011

- Loma Osorio, D. (coordinador). (2013). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona, España: Aranzadi
- Medellín Rincón, A. (2013). *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Muñoz, L. (1973). *Derecho Mercantil*. México D.F., México: Cárdenas
- Ordoqui Castilla, G. (2009). *Abuso de Derecho, en civil, comercial, procesal, laboral, y administrativo*. Montevideo, Uruguay: Tradinco
- Ortiz Baquero, I. (2011). *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*. Madrid, España: LA LEY
- Poder Judicial de España (2013). *Sentencia Expte. 2743/06 caso D. Secundino, Da. Inés, D. José Luis, Da. Marisol, Da. Paloma y Da. Sabina vs. La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros y Grupo Generali Espala A.I.E.* Recuperado el 10 de agosto del 2016 en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- Poder Judicial de España (2016). *Sentencia No. 207/2016 caso Bardón y Rufo 67SL*. Recuperado el 13 de agosto del 2016 en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de Derecho Civil español*. Madrid, España: Pirámide
- Ramirez, R. (Coordinador) y otros. (2015). *Derecho Administrativo y Corrección económica, memorias seminario internacional*. Quito, Ecuador: Corte Nacional de Justicia
- Rengifo García, E. (2009). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (2a. ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Rincón, A. (2013). *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Medellín, Colombia: S/N
- Rodríguez Yong, C. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogota, Colombia: Universidad del Rosario y Legis
- Sotomonte Sotomonte, S. (Director) y Ortiz Baquero, I. (Coordinador) (2013). *Del derecho comercial al derecho del mercado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Sousa Menayo, M. Ferreira Deslandes S., y Gómez, R. (2012) *Investigación Social, Teoría Método y Creatividad*. (2ª Ed.) Buenos Aires, Argentina: Lugar
- Storneu, G. (2011). *Análisis Económico del Derecho, una introducción*. Buenos Aires, Argentina: Perrot

Velandia, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado Colombia.

Viera González, J.A. y Echevarría Sáenz, J.A. (2011). *Distribución comercial y Derecho de la competencia*. Madrid, España: WoltersKluwer