

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Posgrados**

**La validez del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el  
Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores de la  
Superintendencia de Control del Poder de Mercado**

**Ana Belén Cordero Cuesta**

**Oswaldo Santos, Abogado  
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito  
para la obtención del título de Master en Derecho de Empresa

Quito, 20 de enero de 2016

## **DEDICATORIA**

A la memoria de mi abuelo Gonzalo Cordero Crespo, a mi esposo Fabián Pozo Neira y a mis padres Gustavo Cordero Borrero y Mónica Cuesta de Cordero.

## **RESUMEN**

El presente trabajo aborda la problema jurídica existente en cuanto a la eficacia jurídica del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de Supermercados y Proveedores. Temas como la competencia para emitir normas de carácter no técnico, la competencia normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Junta de Regulación y el remedio jurídico para enfrentar esta problemática se presentan en este trabajo.

Palabras clave: supermercados, Derecho de la Competencia, Manuales, Validez Jurídica, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Junta de Regulación.

## **ABSTRACT**

This academic work aims to solve the legal problematic towards the Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de Supermercados y Proveedores legal effectiveness. Subjects such as legal capacity to legislate non technical laws, Superintendencia del Control de Poder de Mercado and Junta de Regulación's (Antitrust Authorities) legal capacity and legal remedies in order to reestablish the legal equilibrium among others themes are adressed here.

Key words: supermarket, grocery store, Antitrust Law, manual, non-technical laws, legal validity, Antitrust Authority.

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	6
1. Régimen de Derecho de la Competencia en el Ecuador	9
1.1 Prácticas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica	14
1.2 El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores expedido por la Superintendencia del Control del Poder de Mercado	21
1.3 Antecedentes y objetivo del Manual de Supermercados	22
1.4 Las Normas Regulatorias para las cadenas de supermercados y sus proveedores expedidas por la Junta de Regulación.	25
2.- FACULTADES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL CONTROL DEL PODER DE MERCADO.	26
2.1 El artículo 37 de la LORCPM. El concepto de “No innovar ni alterar” como uno de los límites a la acción normativa de la Superintendencia del Control del Poder de Mercado.	28
2.1.2 Acerca de precios y medios de pago.-	29
2.1.3 Acerca de los plazos para el pago y montos de compras mínimas a sectores específicos.	30
2.1.4 Acerca de las devoluciones de productos	35
2.1.5 Acerca de la obligación de exhibición en percha	37
2.2 El artículo 44 numeral 6 de la LORCPM. El concepto de norma técnica.	39
2.3 Las facultades normativas de las Agencias de Defensa de la Competencia en el Derecho Comparado.	43
3. LA VALIDEZ JURÍDICA DEL MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES PARA EL SECTOR DE LOS SUPERMERCADOS Y SUS PROVEEDORES.	48
3.1 El Manual contraría la LORCPM y la Constitución	48
3.1.1. El Manual no es una normativa técnica	52
3.1.2 El Manual innova y altera disposiciones legales	54
3.2 La consecuencia de que el Manual contrarie disposiciones de carácter superior es que carece de eficacia jurídica	57
3.3 ¿Qué organismo tiene facultad para expedir este tipo de Manuales?	58
3.4 El remedio jurídico.	60
3.4.1 La acción de inconstitucionalidad	62
3.4.2 Recurso contencioso administrativo: anulación del Manual de Supermercados a través del recurso objetivo.	65
4. CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA	72

## INTRODUCCIÓN

Según la Constitución y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es el poder ejecutivo el máximo rector de políticas públicas. A partir de su aprobación en 2011, la ley creó dos organismos para la aplicación de la misma, uno de carácter regulatorio, perteneciente a la Función Ejecutiva denominado Junta de Regulación, y otro, encargado del control y aplicación de la ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social.

La ley, en sus artículos 35, 36, 37, 38 y 44, establece las facultades de cada uno de estos órganos, mismas que son diferenciadas respecto de la Junta de Regulación en los artículos 42, 49 y 50 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Esta separación entre ambos órganos es bastante clara, sin embargo, los artículos 37 y 44 conceden ciertas facultades normativas a la Superintendencia, que –no sin polémica- han sido utilizadas por la misma para emitir “Normas Técnicas” y los denominados “Manuales de Buenas Prácticas Comerciales”.

Desde agosto de 2014, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha emitido resoluciones de carácter general que contienen los denominados “Manuales de Buenas Prácticas Comerciales” para distintos sectores.

El primero de estos actos normativos fue el “Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o similares y sus proveedores”, mediante Resolución No. SCPM-DS-057-2014 publicada en el Registro Oficial No. 359 de fecha 22 de octubre de 2014., que fue reformado posteriormente a menos de tres meses de su entrada en vigencia, mediante Resolución SCPM-DS-075-2014 publicada en el Registro Oficial Nro. 359 de fecha 30 de diciembre de 2014.

Posteriormente, la Superintendencia promocionó Manuales de Buenas Prácticas para el Sector Farmacéutico<sup>1</sup>, para Vendedores Autónomos Independientes<sup>2</sup>, para el

---

<sup>1</sup> *Boletines de prensa sobre el Manual para el sector Farmacéutico.* <http://www.scpm.gob.ec/?s=manual+farmacias> . (Acceso 14/09/15)

<sup>2</sup> *Boletín de prensa sobre el Manual de Buenas Prácticas para Vendedores Autónomos Independientes.* <http://www.scpm.gob.ec/manual-sector-de-ventas-yo-mercadeo-a-traves-de-vendedores-autonomos-independientes/> (Acceso 14/09/2015)

sector de Ventas Multinivel, para la adquisición de Vehículos livianos y su relación con sectores conexos como el mercado financiero y de seguros para vehículos<sup>3</sup>, y para el denominado Multi-sector agropecuario, documentos que aún se pueden encontrar en su página web<sup>4</sup>.

Sin embargo, ninguno de estos últimos ha sido aprobado hasta la fecha, pues en fecha 24 de diciembre de 2014, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado emitió la Resolución 004 que contiene la “Regulación para la expedición de normas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de Coordinación para el ejercicio de las facultades de control” emitiendo su criterio respecto del campo de acción de la Superintendencia en materia normativa. Esa resolución dispuso que toda regulación de ese tipo deba contar con la aprobación previa de la Junta, y no directamente por la Superintendencia, fundamentándose en que la Superintendencia tiene facultad para proponer regulaciones técnicamente justificadas a los órganos competentes para el establecimiento de actos normativos según el artículo 38 numeral 25 de la LORCPM, mas no para dictarlos directamente. Además, la Junta de Regulación sostuvo que en materia de regulación de la competencia la única competente para dictar este tipo de normas es la Función Ejecutiva a través de la Junta de Regulación según los artículos 49, 50 y 51 del Reglamento a la LORCPM.

Posteriormente, en fecha 01 de septiembre de 2015, la Junta de Regulación emitió las “Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores” mediante Resolución No. 008, la cual contradice múltiples disposiciones del Manual dictado por la Superintendencia para este sector, e incluso contiene una disposición derogatoria general<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> *Boletín de prensa donde se presenta este Manual de Buenas Prácticas Comerciales para vehículos.* <http://www.scpm.gob.ec/superintendencia-de-control-del-poder-de-mercado-presenta-el-proyecto-del-manual-de-buenas-practicas-comerciales-para-vehiculos/>. (Acceso 14/09/2015)

<sup>4</sup> Listado de Manuales. <http://www.scpm.gob.ec/manuales-2/>

<sup>5</sup> Por ejemplo, el Manual de la Superintendencia exigía un porcentaje de compras mínimas a proveedores pequeños (hasta un 33% del total de las compras del supermercado) en base a la facturación del proveedor respecto de cada supermercado. Por su parte, las Normas Regulatorias requieren un porcentaje menor (hasta 14%) considerando la facturación total del proveedor, y no únicamente de un Supermercado en específico. Asimismo, respecto de los plazos máximos de pago, se establecen rangos según la facturación anual total del proveedor, modificando el criterio anterior que constaba en el Manual de Buenas Prácticas Comerciales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), que se basaba en el total de ventas del proveedor respecto de cada supermercado. En materia de devoluciones, la Norma Regulatoria incluye la posibilidad de realizar devoluciones de mercaderías a voluntad durante un

Las facultades normativas del Superintendente y de la Junta han sido criticadas desde diversos sectores y operadores económicos, en principio por la emisión del Manual de Supermercados sin aprobación ni conocimiento de la Junta de Regulación, y posteriormente por el alcance regulador de las normas contenidas en éste y los demás proyectos de Manual, que establecen prohibiciones a la celebración de cierto tipo de contratos, requerimientos específicos de porcentajes de compras mínimas a sectores específicos, limitación de plazos de pago, compras obligatorias a ciertos sectores como los de la Economía Popular y Solidaria, entre otras, que en principio corresponderían a una ley por constituir restricciones a la libertad de contratar libremente lo que no se encuentre expresamente prohibido por ley, constante en el artículo 66 número 29 literal g), de la Constitución.

En este trabajo se responderá al cuestionamiento jurídico de si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene facultad para emitir el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores. Se analizará también su validez jurídica, para lo que se hará referencia a su naturaleza jurídica, así como las facultades de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y de la Junta de Regulación.

Además se hará un minucioso análisis comparado en relación a las principales autoridades regulatorias de la competencia a nivel internacional y sus facultades normativas o reglamentarias, a fin de encontrar antecedentes y similitudes con el mencionado Manual de Buenas Prácticas Comerciales.

Todo esto, para concluir en la hipótesis jurídica de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado carece de facultad legal tanto para reformar la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; puesto que el mencionado Manual altera o reforma el contenido de la LORCPM y por ende carece de eficacia jurídica como para emitir normativas no técnicas como lo es el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados.

---

“período de prueba” de 4 meses desde la codificación del producto, mientras el Manual de la Superintendencia prohibía las devoluciones salvo contadas excepciones.

## **1. Régimen de Derecho de la Competencia en el Ecuador**

El Ecuador no contó con una ley específica propia en materia de Regulación de la Competencia hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Octubre de 2011 y su Reglamento publicado en mayo de 2012.

Desde el Derecho supranacional se comenzó a regular las prácticas restrictivas de la Competencia en el Ecuador. La Comunidad Andina de Naciones (CAN) en 1971 aprobó la Decisión 71 denominada “Normas para prevenir o corregir las practicas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión”, sustituida posteriormente en 1987 por la Decisión 230, a su vez sustituida por la Decisión 285 de 1991 acerca de las “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”. Sin embargo, ninguna de éstas llegó a aplicarse.

A pesar de que la Constitución Ecuatoriana de 1979 hacía mención a la prohibición y represión de “Cualquier forma de abuso del poder económico inclusive las reuniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros”<sup>6</sup> y que la Constitución de 1998 se reconocía como principio constitucional la eficiencia económica, prohibiendo las “prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen la competencia”<sup>7</sup>, ninguna normativa interna nacional desarrolló estas disposiciones constitucionales, por lo que no fueron aplicadas a falta de una legislación específica y la ausencia de una autoridad de competencia encargada de su aplicación.

Finalmente en 2005, la CAN aprobó la Decisión 608 denominada “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, decisión que, a diferencia de sus predecesoras, establece normas claras, define y tipifica conductas anticompetitivas y señala cláusulas generales prohibitivas, por lo que su aplicación en la práctica ha sido amplia.

---

<sup>6</sup> Constitución del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial Nro. 800. 27 de Marzo de 1979

<sup>7</sup> Constitución del Ecuador. Artículo 244. Registro Oficial número 1, Gaceta Constitucional, de fecha 11 de agosto de 1998

Dado que Ecuador no contaba con legislación interna en materia de Derecho de Competencia que desarrolle el contenido de esta Decisión, la CAN aprobó subsecuentemente la Decisión 616 sobre la “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”, sin embargo, en principio tampoco se pudo aplicar plenamente en un inicio, debido a que el Ecuador carecía de una autoridad de competencia que la aplique.

Fueron múltiples los intentos legislativos por aprobar una Ley en materia de Competencia, el primero data de 1995, posteriormente en 2002, 2004 y 2005 el Ministerio de Industrias y Productividad presentó diversos proyectos de Ley sobre libre competencia; posteriormente en 2009 el asambleísta Rafael Dávila se presentó un proyecto de “Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica”, sin que ninguno de éstos haya progresado. Únicamente en 2002 un proyecto de ley de competencia llegó a aprobarse en el entonces Congreso Nacional, sin embargo fue vetado en su totalidad por el Presidente, sin que volviera a ser tratado<sup>8</sup>.

Ante este déficit legislativo, el Presidente Rafael Correa emitió en 2009 un Decreto Ejecutivo<sup>9</sup>, fundamentándose en el mandato constitucional contenido en el artículo 304 numeral 6 de la Constitución de 2008 referido a la sanción de prácticas monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante y otras prácticas de competencia desleal.

El citado Decreto creó la Subsecretaría de la Competencia adscrita al Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) como autoridad investigativa y a la vez el mencionado Ministerio fue nombrado autoridad resolutoria en materia de Competencia.

Estas autoridades fueron las encargadas de aplicar las normas andinas de defensa de la competencia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM) en 2011, en virtud de la cual se creó la Superintendencia correspondiente.

---

<sup>8</sup> Vallejo Fabara, Nelson. Evaluación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Tesis, Diciembre de 2012. Disponible en <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1747/1/106376.pdf>. (Acceso 15/09/2015)

<sup>9</sup> Decreto Ejecutivo 1614. “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN”. Registro Oficial No. 558 - Viernes 27 de Marzo de 2009

La LORCPM se inserta en el marco de la Constitución de Montecristi, dictada en 2008, que a diferencia de su predecesora asigna al Estado un papel preponderante en materia económica<sup>10</sup>.

El constituyente diagramó un ordenamiento jurídico que prevé un Estado interventor, al mismo tiempo que empresario y de policía, tendencias que si bien siempre han estado presentes en el constitucionalismo ecuatoriano<sup>11</sup>, se vieron acentuadas en la Asamblea Constituyente de Montecristi.

El articulado constitucional es extenso al abordar el rol económico del Estado, especialmente en el título II referente a “Derechos”, en el capítulo VI del “Régimen de Desarrollo” que marca las pautas directriz de la política económica; el capítulo IV referente a la “Soberanía Económica” y el capítulo VI del “Trabajo y Producción”, aunque encontremos también normas en materia económica aisladas en otros capítulos.

En cuanto a la regulación de la competencia, destacan esencialmente los artículos 335 y 336, que señalan:

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

---

<sup>10</sup> Echeverría, Julio. “El Estado en la nueva Constitución”, *La Nueva Constitución del Ecuador*. Andrade, Santiago et. Al, editores. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2008. p. 47

<sup>11</sup> A criterio del historiador Juan J. Paz y Miño, “ninguna de las 18 constituciones republicanas postuló un “modelo” específico de economía y la única que lo hizo fue la Constitución de 1998”, si bien siempre se mantuvo una tendencia hacia una participación active del Estado en la economía, por lo que “la Constitución de 1998 ocasionó una ruptura con los principios de orientación del Estado que el Ecuador mantuvo en todas sus constituciones anteriores”. Paz y Miño, Juan. “Constituyentes, Constituciones y Economía” Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Boletín del Taller de Historia Económica, Quito, Junio de 2007 – Año VIII – No. 06

Como se puede apreciar, se menciona la sanción a “cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”, criterios que son desarrollados en la ley y abordados también en el Manual objeto de este estudio.

Como ya se mencionó, el Ecuador careció de un cuerpo normativo propio en materia de Competencia hasta la aprobación de la LORCPM en 2011<sup>12</sup>. Previo a ello, el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009 permitió la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, cuyos preceptos son plenamente aplicables a raíz de la aprobación de la citada ley.

La LORCPM, con su correspondiente Reglamento, es desde entonces el cuerpo normativo esencial del régimen de competencia ecuatoriano, siendo aplicable tanto para operadores públicos como privados, así como nacionales y extranjeros, e incluso aquellos que potencialmente realicen actividades en Ecuador, o cuyos efectos se produzcan dentro del Ecuador<sup>13</sup>.

La LORCPM se basa en cuatro instituciones fundamentales, que es la regulación de:

1. Abuso de poder de mercado;
2. Prácticas restrictivas de la competencia;
3. Prácticas de competencia desleal; y,
4. Operaciones de concentración económica.

Se puede afirmar que esta ley marca un antes y un después en el mundo de los negocios y de la economía ecuatoriana. Si bien es difícil afirmar que en el Ecuador haya existido una economía pura de libre mercado, a partir de la entrada en vigencia de esta ley se acentúa la intervención preventiva y sancionadora del Estado en las relaciones comerciales<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial- Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición primera, 2012. Las posteriores referencias al articulado de esta ley corresponden a la misma edición.

<sup>13</sup> LORCPM. Artículo 2.

<sup>14</sup> Echeverría, Julio. El Estado en la nueva constitución. En “La Nueva constitución del Ecuador”. Editor Santiago Andrade et. Al. Universidad Andina Simon Bolivar, Quito, 2009. P. 16 y ss.

La aplicación de esta Ley y del Derecho de la Competencia en general, tiene como reto balancear el respeto al derecho a la libre iniciativa privada —sin afectar los incentivos para la innovación y el progreso— con la sanción de prácticas anticompetitivas que perjudiquen al consumidor, al bienestar general y a la eficiencia económica.

En palabras de Durand Carrión, “La posición de dominio que obtiene una empresa es, en esencia, un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que cumplen determinadas condiciones”<sup>15</sup>. Es objeto de la política de competencia evitar el abuso de dicha posición o la realización de conductas que restrinjan o supriman la competencia injustificadamente, remitiéndose a criterios de eficiencia para determinar su justificación.

De esta manera, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar las conductas anticompetitivas y las conductas desleales, buscando beneficio para los mercados y los consumidores<sup>16</sup>.

De la misma manera, no excluye de su ámbito de aplicación a operador económico alguno, ni a ningún sector de la economía, incluyendo inclusive a operadores económicos potenciales<sup>17</sup>.

A la vez, la legislación permite que, en aras de dicho bienestar, sea el Estado a través de la autoridad de competencia, quien tome acciones en contra de los operadores infractores, ejerciendo una facultad correctiva sancionadora y una facultad preventiva.

Para dar cumplimiento a estos objetivos, la LORCPM tipifica como anticompetitivas conductas de abuso de poder de mercado<sup>18</sup>, así como los acuerdos restrictivos de la competencia en sus diferentes modos, sean verticales u horizontales, para cuya sanción prevé un procedimiento investigativo y de sanción; e inclusive

---

<sup>15</sup> Marín Sevilla, Marcelo et al. Régimen de Competencia. Marín Sevilla, Marcelo y Juan Carlos Riofrío. Régimen de Competencia. *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 3 (2012/2013), págs. 221-225. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794. p.15

<sup>16</sup> LORCPM. Artículo 1.

<sup>17</sup> LORCPM. Artículo 2.

<sup>18</sup> LORCPM. Artículo 9.

tipifica los abusos en situación de dependencia económica<sup>19</sup>, a fin de atemperar el desequilibrio en la relación comercial entre el operador económico dominante y aquel que depende de éste.

Es esencialmente en base a la prohibición de los abusos en situación de dependencia económica que se ha emitido el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, pues se parte del supuesto de que existe una asimetría en la capacidad de negociación entre los supermercados y los proveedores que colocaría en una situación de ventaja a los supermercados<sup>20</sup>.

La ley establece un apartado referente a la competencia desleal, tipificando varias modalidades<sup>21</sup>, sean éstos actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, actos de denigración o actos de comparación, violación de secretos empresariales, explotación de reputación ajena, entre otras. Así mismo, establece un procedimiento de control de concentraciones económicas<sup>22</sup>, estableciendo una obligación de notificación para éstas de acuerdo a los parámetros señalados en la ley.

Se señala como autoridad de competencia a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, creada por esta ley, como encargada de aplicarla, y que está también facultada para establecer medidas preventivas como órdenes de cese de la conducta, imposición de condiciones, etc. La Ley también crea un ente regulador que es la Junta de Regulación de Poder de Mercado, que como representante del poder ejecutivo es el máximo rector de políticas públicas, y es conformada por los ministros a cargo de la Producción, de Sectores Estratégicos, Desarrollo Social y Política económica<sup>23</sup>.

### **1.1 Prácticas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica**

La LORCPM distingue y sanciona las denominadas practicas de “abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica” también conocidas doctrinariamente como “prácticas de abuso de posición dominante relativa”.

---

<sup>19</sup> LORCPM. Artículo 10.

<sup>20</sup> “El impacto de la concentración en el sector de supermercados del Ecuador, favorece al poder de compra de los supermercados sobre las empresas proveedoras” Reyes, John y Jaime Botja. *El sector de los supermercados en el Ecuador. Intendencia de Abogacía de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/PONENCIA-3-Supermercados.pdf> (Acceso 29/9/15)

<sup>21</sup> LORCPM. Artículos 25 al 28.

<sup>22</sup> LORCPM. Artículos 14 al 24.

<sup>23</sup> LORCPM. Artículo 35.

Doctrinariamente, el Derecho de la Competencia europeo reconoce a éstas como una categoría distinta al abuso de posición dominante, mientras que en el Derecho anglosajón se suele considerar como una especie de ésta<sup>24</sup>. Nuestra Ley, siguiendo la corriente europea, la tipifica por separado.

Por “dependencia económica” se entiende la situación de supremacía en la que se halla una empresa (cliente o proveedor), respecto de otra, que no dispone de alternativas equivalentes para la comercialización o adquisición de sus productos. Este concepto se diferencia por tanto de la posición de dominio en la medida en que no se refiere a la posición de independencia absoluta que ocupa una empresa determinada respecto de las restantes, incluidos los clientes y proveedores, así como sus competidores y consumidores en general, sino que, por el contrario, se refiere a una “posición de dominio relativa”<sup>25</sup> que se refiere a la situación de dependencia económica en base al peso relativo que tienen las compras de una empresa sobre las ventas de otra<sup>26</sup>. La Ley sanciona específicamente el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en su artículo 10, que establece una prohibición de carácter genérico y un listado no exhaustivo de conductas que en particular se encuadran dentro de esta proscripción.

Las conductas listadas por el artículo 10 de la Ley son las siguientes:

1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares.

---

<sup>24</sup> Corte Suprema Estadounidense. Eastman Kodak co. v. Image Technical services, inc 504 U.S 451 (1992)

<sup>25</sup> Ortiz Blanco, Luis y Rosario Leon. Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación. Volumen IV. Madrid: Dykinson, 2003. P.73.

<sup>26</sup> Marin Sevilla et. Al. Editores. Regimen de competencia. Universidad de los Hemisferios, Corporación de Estudios y Publicaciones. P.294

4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

En Derecho Comparado encontramos normas similares referentes al abuso de posición de dominio relativa. El primer antecedente de la explotación de una situación de dependencia se encuentra en el parágrafo 20 de la Ley alemana contra las Prácticas Restrictivas de la Competencia (GWB), en el que la reforma de 1973 (2.GWB-Novelle) introdujo la figura de la empresa con poder relativo de mercado dentro de las prácticas de competencia desleal, subordinando en posteriores reformas la aplicación de la norma a la condición de pequeña o mediana empresa de la empresa dependiente<sup>27</sup>.

En el derecho francés, por su parte, el artículo L.420-2 del Código de Comercio prohíbe la explotación abusiva por una empresa o grupo de empresas del estado de dependencia económica en la que se encuentren empresas clientes o proveedoras, siempre que la conducta sea susceptible de afectar al funcionamiento o a la estructura de la competencia<sup>28</sup>.

El antecedente comparado más similar al citado artículo 10 de nuestra Ley, es el apartado segundo del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia española, actualmente derogado, que además de la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de su posición de dominio, tipificaba el abuso de la situación de “dependencia económica” en la que pudieran encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad<sup>29</sup>.

El apartado segundo del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia incluía dos supuestos que eran:

- 1) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor, y;
- 2) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

---

<sup>27</sup> Gómez Segade, José A. y Manuel Botana Agra. Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI. Santiago de Compostela: USC, 2006. P. 337 y ss.

<sup>28</sup> *Ibíd* p. 92.

<sup>29</sup> Luis Ortiz Blanco y Rosario Leon. Derecho de la competencia Europeo y Español. Curso de iniciación. Óp. Cit., p. 97.

Esta prohibición se introdujo en la normativa española de defensa de la competencia a finales del año 1999 con la reforma llevada a cabo por Real Decreto Ley 52/1999, en cierto modo como reacción a la operación de concentración entre los grupos de comercio al detalle Carrefour y Promodès que se estaba tramitando en ese momento ante la Comisión de Defensa de la Competencia, donde la Comisión tomó en consideración la situación media en la que se hallaba el grupo total de fabricantes o proveedores de un determinado producto o grupo de productos, respecto de las empresas participantes en la operación de concentración<sup>30</sup>.

Esta inclusión se da debido a que resulta sumamente difícil aplicar la prohibición general de abuso de poder de mercado al sector del comercio al detalle o supermercados, dado que en este sector resulta difícil la determinación de la existencia de una posición dominante por parte de uno o varios distribuidores minoristas, ya sea en el mercado de las “ventas” o en el mercado de las “compras” pues las cuotas de mercado de estos operadores no suelen ser excesivas, y/o existen varios operadores con cuotas comparables, sin que haya sido posible hasta entonces demostrar la existencia de una posición dominante absoluta<sup>31</sup>.

Sin embargo, posteriormente este artículo fue derogado por la ley 15/2007 que reformó la anteriormente mencionada ley, acogiendo las críticas doctrinarias que consideraban que este tipo de práctica no pertenecía al Derecho de la Competencia o antitrust, sino a la legislación de competencia desleal, por lo que actualmente se encuentra regulado en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. Otras críticas o dudas se han referido a la dificultad de determinar cuándo existe una situación de “dependencia económica”, o qué ha de entenderse por “descuentos habituales” o “compradores similares”, dado que la propia existencia de una situación de dependencia económica se caracteriza por la ausencia de clientes equivalentes<sup>32</sup>.

A criterio de Luis Ortiz Blanco y Rosario León<sup>33</sup>, la detección de una situación de abuso de dependencia económica bajo el prisma de las normas españolas, deberá, en principio, requerir un análisis de varios factores, entre los que deben incluirse los siguientes:

---

<sup>30</sup> Ibid. P. 97

<sup>31</sup> Ibid. P. 98

<sup>32</sup> Ibid. P.98

<sup>33</sup> Ibid. P. 99

En primer lugar, la existencia o no de una alternativa que permita a la parte débil continuar con su actividad y no sufrir perjuicios graves. La existencia de alternativa requerirá la valoración previa de los siguientes aspectos:

- Porcentaje que representa el comprador en la facturación del proveedor;
- Cuota de mercado del comprador en el mercado de compras;
- Cuota de mercado del comprador aguas abajo;
- Viabilidad de la alternativa;
- La notoriedad de la marca del producto o servicio objeto de la relación;
- y,
- Las causas que han conducido a que se produzca una situación de dependencia.

Los mismos autores sostienen que la correcta valoración de las cuotas de mercado de los participantes debe realizarse teniendo en cuenta su estabilidad en el tiempo pues si estos datos fueran en exceso volátiles, sería difícil justificar una situación de dependencia.

Además, debe también tenerse en cuenta que, una vez establecida la existencia de dependencia económica, debe acreditarse una explotación abusiva de esa posición de dominio relativa, cuyo carácter abusivo se caracterizaría por la ruptura, la amenaza de ruptura o la obtención de condiciones comerciales discriminatorias (distintas a las ofrecidas a otros competidores análogos) y no justificadas por contraprestaciones.

La norma española no requiere demostración de una afectación a la competencia en general o a la estructura del mercado más allá del simple efecto en la empresa dependiente; efecto concurrente normalmente insuficiente para sostener un caso antitrust. Las legislaciones francesa y alemana, en cambio, requieren expresamente que se demuestre que el efecto anticompetitivo es general o estructural, sin ser suficiente demostrar un daño a la empresa dependiente.

Esta aparente omisión legislativa ha sido complementada jurisprudencialmente por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en sus resoluciones sobre abuso de dependencia, que ha requerido que los siguientes elementos concurren

simultáneamente: 1) la existencia de una situación de dependencia económica, 2) la comisión de una práctica abusiva y 3) que esta práctica tenga un efecto anticompetitivo.<sup>34</sup> A los que además añade una lesión al interés público, diciendo expresamente que:

Lo que importa a los efectos de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia es la defensa del interés público, consistente en garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público y no defender los intereses de una empresa frente a otra”<sup>35</sup>.

En Italia, por su parte, el supuesto de abuso de dependencia económica no se introdujo inicialmente en la normativa antitrust (*Legge* núm. 287/90), sino que se recogía en el artículo 9 de la Ley de 18 de julio de 1998, núm. 192, sobre “*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*”, en virtud del cual se prohíbe el abuso por una o varias empresas de la situación de dependencia económica en la que se encuentra una empresa cliente o proveedora.

La Autoridad Antitrust Italiana -*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM)- se opuso inicialmente a la inclusión de este ilícito en el precepto que prohíbe el abuso de posición dominante fundamentándose en que mientras la finalidad de la normativa de defensa de la competencia es la tutela del mercado, tal finalidad no es predicable respecto de la explotación de dependencia económica, puesto que ésta al ahondar sus raíces en el «ámbito del equilibrio contractual», agota sus efectos en la relación entre las partes<sup>36</sup>.

Sin embargo, la escasa aplicación del tipo fue atribuida a que al encontrarse bajo jurisdicción ordinaria, la empresa dominada se veía obligada a demandar civilmente a la empresa dominante, ahondando más aún los riesgos para la empresa dominada, por lo que finalmente se incluyó el abuso de posición dominante relativa dentro de los ilícitos antitrust en el artículo 11 de la Ley de 5 de marzo de 2001, núm. 57 (*Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*), que modificó el artículo 9 de la Ley 192/199846, con lo que se permite la intervención de la autoridad antitrust cuando la conducta sea relevante para la tutela de la competencia y del mercado.

---

<sup>34</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia. RESOLUCIÓN (Expte. r 549/02 ASISA) 3 de junio de 2003. Disponible en [http://www.unizar.es/departamentos/derecho\\_empresa/primer\\_segundo\\_ciclo/titulaciones/documents/26\\_7.pdf](http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/primer_segundo_ciclo/titulaciones/documents/26_7.pdf)

<sup>35</sup> *Ibidem*. Numeral 6 P. 6/7

<sup>36</sup> Jose A. Gómez Segade y Manuel Botana Agra. *Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor*. Óp. Cit., P. 339-337

Respecto al Manual de Buenas Prácticas Comerciales de los Supermercados y sus Proveedores expedido por la Superintendencia del Control del Poder de Mercado, resulta curioso que ni en la Resolución que lo expidió originalmente ni en su subsiguiente reforma sea mencionado el artículo 10 de la Ley referente al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica dentro de sus “considerandos”. Por el contrario, hacen mención al artículo 9 de la ley referente al abuso de poder de mercado, conjuntamente con un amplio articulado de la ley de Defensa del Consumidor, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, la Ley de Soberanía Alimentaria y el Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

Sin embargo, las normas incluidas en el mencionado Manual guardan mayor concordancia con las conductas citadas en el artículo 10 como referencias de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, así como aquellas listadas en el Derecho español como casos ejemplificativos de ella, así, el Manual establece un contenido mínimo para los contratos de provisión, establece una prohibición de los contratos con pacto de retro venta, prohíbe la devolución de productos al proveedor una vez recibidos por el supermercado, establece plazos máximos de pago obligatorios, porcentajes mínimos de participación en percha para proveedores pequeños, medianos y de la Economía Popular y Solidaria, así como una obligación de aviso previo con al menos 30 días para el caso de terminación de las relaciones comerciales.

Asimismo, resulta discutible la aplicabilidad de una regulación ex ante en materia antitrust cuando no han existido aún resoluciones de la Superintendencia respecto de este sector del mercado que permitieren dilucidar si la aplicación ex post de la Ley no es suficiente para corregir una práctica anticompetitiva específica de dicho mercado.

De igual manera, es discutible la premisa de que los proveedores se encuentran en situación de dependencia respecto de los Supermercados que operan en Ecuador, cuando un amplio porcentaje de la oferta de los Supermercados proviene de empresas nacionales y transnacionales igual o más grandes que los Supermercados.

En el siguiente apartado se analiza con detalle el contenido del mencionado Manual.

## **1.2 El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores expedido por la Superintendencia del Control del Poder de Mercado**

De los proyectos de Manuales de Buenas Prácticas publicitados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el único que llegó a aprobarse al ser dictado directamente por el Superintendente, fue el Manual de Buenas Prácticas para el Sector de los Supermercados y/o similares y sus proveedores (en adelante Manual de Supermercados).

Tal como quedó anotado, éste fue emitido inicialmente en agosto de 2014 mediante resolución SCPM-DS-2014-057 y entró en vigencia a partir del 01 de noviembre de 2014. Sin embargo, tras verificarse algunas falencias y escucharse algunas observaciones<sup>37</sup> de los operadores económicos regulados se lo reformó mediante resolución SCPM-DS-2014-075, publicada en el Registro Oficial en fecha 30 de diciembre de 2014.

Con fecha 24 de diciembre de 2014, la Junta de Regulación emitió su Resolución número 004, en la cual limita drásticamente la iniciativa normativa de la Superintendencia en base a los ya mencionados artículos 37 y 44 de la Ley. En base a esta resolución, no han sido expedidos los proyectos de Manual de Buenas prácticas referentes al sector farmacéutico, sector vehicular, ventas multinivel, trabajadores autónomos y multi-sector agropecuario.

La mencionada resolución nada dice respecto de las normas emitidas previamente como es el caso del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores.

Esto es de especial relevancia pues el Manual de Supermercados en cuestión tiene normas que inciden directamente en las operaciones del día a día del operador económico, como la fijación de porcentajes de compras mínimas a determinados grupos de proveedores según su monto de facturación anual<sup>38</sup>, el establecimiento de plazos máximos de pago según la categoría del proveedor determinada según el monto de su

---

<sup>37</sup> Boletín de prensa No.123, 30 de Octubre de 2014. “Superintendencia emite ciertas aclaraciones al manual de buenas prácticas comerciales para el sector de los supermercados y/o similares y sus proveedores. Disponible en <http://www.scpm.gob.ec/superintendencia-de-control-del-poder-de-mercado-emite-ciertas-aclaraciones-al-manual-de-buenas-practicas-comerciales-para-el-sector-de-los-supermercados-yo-similares-y-sus-proveedores/>. (Acceso 20/09/15).

<sup>38</sup> Manual de Supermercados. Artículo 9.

facturación anual respecto del supermercado<sup>39</sup>, establece la prohibición de cobro por espacios en percha aún cuando sea a solicitud del proveedor<sup>40</sup> y por mutuo acuerdo entre las partes, entre otras.

Incluso establece la obligación de remitir una declaración juramentada sobre el cumplimiento de los porcentajes de compras mínimas y el cumplimiento de los plazos de pago máximos dentro de los cinco primeros días del mes de febrero de cada año<sup>41</sup> y la obligación de remitir a la Superintendencia el listado actualizado de proveedores dentro de los primeros 15 días del mes de abril de cada año<sup>42</sup>.

Estas obligaciones positivas se encontrarían incluso bajo la amenaza de sanción y por consiguiente el establecimiento de las multas establecidas en la LORCPM, que son sumamente cuantiosas, especialmente teniendo el antecedente que la Superintendencia ha impuesto ya multas por no presentación de información a diversos operadores, como el Banco Pichincha y Nestle S.A<sup>43</sup>.

Posteriormente, tras emitirse la Resolución 004 de la Junta de Regulación ya mencionada, el Superintendente realizó una consulta a la Procuraduría General del Estado, en la que se absuelven dos consultas a la vez, siendo la primera de ellas relativa a la facultad normativa de la Superintendencia y de la Junta, que se inclinaría aparentemente a favor del criterio de la Junta de Regulación. Este pronunciamiento será tratado a profundidad en el capítulo tercero de este trabajo.

### **1.3 Antecedentes y objetivo del Manual de Supermercados**

El Manual de Supermercados tiene como antecedente un estudio sectorial denominado “Principales Cadenas de Supermercados, Vinculación Accionaria y Casos Internacionales”<sup>44</sup> realizado por la Intendencia de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia, basado en una encuesta realizada a proveedores de los principales supermercados del país, cuyos resultados principales han sido expuestos por los

---

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Manual de Supermercados. Artículo 18.

<sup>41</sup> Sería cuestionable si esta declaración juramentada pueda constituir auto incriminación en caso de algún incumplimiento, en cuyo caso sería inconstitucional.

<sup>42</sup> Manual de Supermercados. Artículo 9 inciso 2 y Artículo 18 inc. 2.

<sup>43</sup> Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Resoluciones SCPM-CRPI-2015-009 y 047-SCPM-CRPI-2014 respectivamente.

<sup>44</sup> Informe SCPM-IIAPMAPR-087-2014.

<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/PONENCIA-3-Supermercados.pdf>

funcionarios de esa Intendencia en diversos paneles y seminarios organizados por la Superintendencia<sup>45</sup>.

En este estudio, se realizó una encuesta a 308 proveedores de 93 productos, en la que se consultó acerca de los siguientes temas<sup>46</sup>:

- Existencia de contratos firmados;
- Tiempos de pago de facturas;
- Acciones de los supermercados hacia los proveedores;
- Exigencias de concesiones;
- Imposición de condiciones;
- Incidencia en acciones diversas;
- Cobros y descuentos;
- Ventas totales de proveedores;
- Porcentajes de participación de proveedores en las ventas de supermercados;
- Promedio de descuentos a proveedores.

En base a esta encuesta, se estableció entre otras conclusiones que:

- Un 65% de los proveedores no contaba con un contrato escrito firmado,
- Los proveedores realizan frecuentemente descuentos o concesiones a los supermercados para obtener mejor posición en perchas y góndolas, para incluir sus productos en el catálogo del supermercado, para participar en promociones, por inauguración de nuevos locales, entre otras;
- El impacto de las cláusulas de exclusividad en el sector es mínimo;

---

<sup>45</sup> Ponencia presentada por Jaime Borja dentro del Seminario “Economía Popular y Solidaria: Manual de Buenas Prácticas para Supermercados” <https://www.youtube.com/watch?v=vEq--XOIFgY>

<sup>46</sup> Informe SCPM-IIAPMAPR-087-2014.. P.10-11

- La imposición al proveedor de prohibición de suministro a otros supermercados o canales de distribución con precios menores es de un 9,59%; y,
- Se exige la recompra o devolución de mercaderías a un 37,53% de los encuestados.

Según el referido Informe, se concluyó lo siguiente:

“El impacto de la concentración en el sector de supermercados del Ecuador, favorece al poder de compra de los supermercados sobre las empresas proveedoras”<sup>47</sup> y que “Son los proveedores quienes finalmente ven las conductas abusivas y de imposiciones que los supermercados les hacen aprovechando su poder de compra, acentuando el problema para los pequeños negocios de producción que son los que están afectados por las condiciones de compra de los supermercados”<sup>48</sup>.

Con base en esto, se recomendó la emisión de un Manual de Buenas Prácticas en el que se recojan las siguientes recomendaciones<sup>49</sup> producto de la encuesta citada, mismas que cito textualmente a continuación:

1- Es fundamental proponer que en todo tipo de acuerdos y condiciones comerciales entre supermercados y proveedores, existan cláusulas o condiciones que impidan prácticas abusivas de toda índole sobre todo actitudes unilaterales o ex post, igualmente se debe hacer constar en el documento toda la información posible sobre las políticas comerciales de los supermercados hacia sus proveedores, que cada transacción sea precedida de mutuo acuerdo voluntario y formal por escrito, que el documento sirva de base para que las partes puedan establecer reglas y normas que guíen los diferentes procesos del negocio, que se cuente por anticipado con información relevante para la mejor toma de decisiones en lo relacionado a la compra venta de mercadería, especialmente para las empresas consideradas como de menor tamaño.

2- Se recomienda se revisen las políticas de cobros que por diferentes razones se les hace a los proveedores por parte de los supermercados, propiciando que se limiten los cobros exclusivamente a la prestación de servicios relacionados con la compra venta del producto, así mismo sobre los descuentos que solo se deberían aplicar proporcionalmente en relación a los precios de compra de los productos.

3- Se recomienda en lo referente al sistema de pagos que los supermercados tienen establecido por días, semanas o meses para cancelar las facturas a sus proveedores, se reduzcan los períodos de tiempo, detalle que se traduce en menores costos para ese proveedor.

En base a este informe y sus recomendaciones, la Superintendencia emitió el Manual objeto de este estudio, que según Reyes y Borja

---

<sup>47</sup> Reyes, John y Borja, Jaime. El sector de los supermercados en el Ecuador. Ob. Cit. p.42

<sup>48</sup> Ibidem. P.14

<sup>49</sup> Idem.

[...] Contiene cinco capítulos en treinta y tres artículos, los cuales detallan los aspectos que se debe cumplir en las relaciones comerciales entre proveedores y supermercados y/o similares, siendo los principales:

- Formalidad de los contratos
- Plazos de pagos a proveedores
- Notas de devolución, descuentos o de débitos
- Acceso a las perchas de los actores de la Economía Popular y Solidaria y las MIPYMES
- Participación de un 11% en las compras totales de los supermercados por parte de pequeños empresarios
- El no cobro de arriendos por exhibición en góndolas o perchas.

Como se indicó anteriormente, este Manual fue reformado al poco tiempo de su entrada en vigencia, modificando algunas de las obligaciones específicas contenidas en el mismo, como por ejemplo la prohibición de devoluciones, los porcentajes mínimos de compras a proveedores MIPYMES y de la Economía Popular y Solidaria, obligación de reporte bajo declaración juramentada, entre otras que se expondrán comparativamente más adelante.

#### **1.4 Las Normas Regulatorias para las cadenas de supermercados y sus proveedores expedidas por la Junta de Regulación.**

En fecha 01 de Septiembre de 2015, la Junta de Regulación emitió su Resolución 008 que contiene las “Normas Regulatorias para las cadenas de supermercados y sus proveedores”, que regula temas similares a los normados por el Manual de Supermercados de la Superintendencia. Su emisión ha sido criticada por el Superintendente quien pone en duda las facultades de la Junta.<sup>50</sup>

Este cuerpo normativo cubre temas similares al Manual, como plazos de pago, regulación de devoluciones, cobros por espacio en percha, participación de compras mínimas a los proveedores MIPYME y de la Economía Popular y Solidaria, entre otros, en clara contraposición al Manual de la Superintendencia, como se verá en el siguiente capítulo.

---

<sup>50</sup> Un nuevo documento para regular la relación entre supermercados y proveedores. <http://m.elcomercio.com/articulo/actualidad/documento-relacion-supermercados-proveedores> . (Acceso 2/10/15)

## **2.- FACULTADES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL CONTROL DEL PODER DE MERCADO.**

En este capítulo revisaremos cuáles son las atribuciones normativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Este análisis nos permitirá determinar, en el siguiente capítulo, si es que la autoridad de competencia está facultada para emitir el Manual de Supermercados y si esto afecta o no su naturaleza jurídica.

El actual Superintendente del Control del Poder de Mercado considera poseer las más amplias facultades regulatorias, basándose en los artículos 37 y 44 de la LORCPM. Esas facultades le permitirían emitir manuales y normas técnicas, como lo ha venido haciendo<sup>51</sup>, a pesar de que académicos y abogados en libre ejercicio han criticado estos manuales argumentando que la Superintendencia carece de dichas facultades regulatorias<sup>52</sup>.

A pesar de que el Manual de Supermercados y los demás proyectos de Manual contienen extensos considerandos, los únicos artículos citados como fuente de la competencia ejercida al emitirlos son los artículos 37 y 44 de la LORCPM<sup>53</sup>.

El primer inciso del artículo 37 de la LORCPM, pertinente en cuanto a las facultades normativas de la Superintendencia, dice: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

Por su parte, el artículo 44 de la LORCPM, en sus numerales 6 y 18 citados por la Resolución que contiene el Manual de Supermercados, en lo referente a las Atribuciones del Superintendente dice lo siguiente respecto de sus atribuciones normativas:

---

<sup>51</sup> Inclusive, acerca de las Normas Regulatorias emitidas por la Junta de Regulación, el Superintendente Pedro Paez manifestó a Diario el Comercio que "Lo que está en vigencia es nuestro manual, lo otro (las normas de la Junta Regulatoria) hay que preguntarle a la Ministra Cely qué son. Nosotros enviamos una carta para enterarnos del propósito de la normativa, pero no nos han respondido aún. No he sabido que es de menor jerarquía" <http://m.elcomercio.com/articulo/actualidad/documento-relacion-supermercados-proveedores> . (Acceso 2/10/15)

<sup>52</sup> Eduardo Carminiagni. Orden casa adentro. <http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=7608727&idcat=38475&tipo=2> . (Acceso 2/10/15).

<sup>53</sup> Considerandos 58, 59 y 60 del Manual de Supermercados.

Artículo 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:

[...]

6.- Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley.

[...]

16.-Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento.

De la lectura de las normas citadas, se observa que el artículo 37 de la LORCPM mencionado, únicamente le permite al Superintendente emitir normas de carácter general “en las materias propias de su competencia”, y que éstas constan listadas en el artículo 44 de la LORCPM.

A su vez, en materias que no son de su competencia, la SCPM solamente puede “emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados” como consta en el artículo Art. 38 numeral 11, de la LORCPM que señala:

Artículo 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

[...]

11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.

Según estos fundamentos legales, dado que se descarta que el Manual de Supermercados sea una resolución general, guía o norma interna para el correcto funcionamiento de la Superintendencia —que regula el numeral 16 del artículo 44 citado, es necesario determinar si el Manual de Supermercados constituye una “Norma Técnica General” —al amparo del numeral 6 del artículo 44 ya mencionado—, y si el mismo “innova o altera” el contenido de la LORCPM, su reglamento o disposiciones de la Junta de Regulación, siendo esta la limitación que le impone el artículo 37 de la LORCPM.

## **2.1 El artículo 37 de la LORCPM. El concepto de “No innovar ni alterar” como uno de los límites a la acción normativa de la Superintendencia del Control del Poder de Mercado.**

Como se mencionó, las facultades normativas conferidas por la LORCPM a la Junta de Regulación y a la Superintendencia tienen un limitante cualitativo, pues la Ley menciona que no deben alterar ni innovar disposiciones legales o reglamentarias, en el caso de la Junta, y disposiciones legales, reglamentarias ni las regulaciones de la Junta, en el caso de la Superintendencia.

Ateniéndonos al sentido literal de las palabras, “alterar” significa “Cambiar la esencia o forma de algo”, mientras que “innovar” significa “Mudar o alterar algo, introduciendo novedades”<sup>54</sup>.

Cabe resaltar que la prohibición de innovación o alteración de disposiciones legales no se refiere únicamente a la LORCPM y su reglamento, sino a las disposiciones legales en general, por lo que al examinar si estos instrumentos legales innovan o alteran lo legalmente establecido, debe considerarse también otras normas, como por ejemplo, la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Comercio Electrónico<sup>55</sup>, entre otras.

Esta limitación tiene sustento constitucional en la esencia de la división de poderes, que es relevante en cuanto la Junta de Regulación pertenece al Ejecutivo, la Superintendencia, a la Función de Transparencia y Control Social, y la aprobación de leyes es facultad del Legislativo, así como el principio de reserva de ley que en nuestra Constitución faculta exclusivamente al Ejecutivo en cuanto la iniciativa legislativa en ciertas materias.

Adicionalmente, esta limitación cualitativa tiene un fundamento constitucional expreso. A fin de regular la delegación normativa, la Constitución limita expresamente la capacidad de la Asamblea Nacional de facultar a organismos públicos de control y regulación para expedir normas de carácter general en materias de su competencia.

---

<sup>54</sup> Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?w=innovar&m=form&o=h>

<sup>55</sup> Ley de Comercio Electrónico. El Artículo 2: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.- Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”; sin embargo el Manual de Supermercados en su texto original exigía la celebración de contratos de provisión escritos, únicamente tras la reforma del mismo se hizo referencia a contratos por medios electrónicos.

Así, el artículo 132 de la Constitución dice textualmente:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

[...]

6.- Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

A continuación, se realiza un análisis ejemplificativo, no exhaustivo, de normas establecidas en el Manual de Supermercados que podrían constituir alteraciones o innovaciones a disposiciones legales.

Se toma como referencia el Manual ya reformado pues es el que se encuentra vigente y siendo aplicado en la actualidad. Se indicará específicamente en caso de hacerse referencia al Manual en su primera versión. Para facilidad de revisión, se incluye en un recuadro el texto del artículo del Manual de Supermercados, y a continuación un comentario acerca de por qué sostengo que el citado artículo contiene una innovación o alteración.

### 2.1.2 Acerca de precios y medios de pago.-

**Art. 7.- PRECIOS Y MEDIOS DE PAGO.-** Los precios serán fijados de acuerdo a la dinámica legítima del mercado cumpliendo con las normas legales aplicables a nivel nacional. Todos los productos serán entregados o **comprados haciendo constar su valor real y además, cada producto será exhibido con su respectivo precio final** al consumidor. Para los pagos que realicen los supermercados y/o similares a sus proveedores se aceptarán todos los medios legales con poder liberatorio o pago efectivo vigentes en el país.

Para cumplir con lo arriba indicado se deberán observar las siguientes reglas:

1. No están permitidos los convenios tendientes a concretar acuerdos de adelantos de pagos u otras formas de pago mediante las cuales se sacrifiquen los legítimos derechos del proveedor;
2. En todo contrato se incorporará una cláusula que estipule que en el caso de

que los supermercados y/o similares no acepten cambios de precios de las mercaderías en el plazo de cinco (5) días, cuando la variabilidad de los precios sea justificada, los proveedores tendrán la facultad de suspender la entrega de estas. Igual facultad tendrán los supermercados y/o similares sobre este tema, cuando la variabilidad de los precios no se justifique; y,

3. Está prohibida la incorporación de cualquier cláusula o condición que implique pacto de retroventa o retro compra de los productos entregados por el proveedor al supermercado y/o similares.

**COMENTARIO.-** La prohibición de cierto tipo de acuerdos o cláusulas contractuales como los pactos de adelantos de pagos o de retro venta y retro compra, es a mi criterio una innovación y alteración al contenido de la ley, debido a que se trata de una materia eminentemente comercial y de derecho privado donde rige el principio de libertad contractual y autonomía de la voluntad.

La Constitución en su Artículo 66 29 literal d) menciona:

“Se reconoce y garantizará a las personas: 29. Los derechos de libertad también incluyen: d) Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”; de tal manera que los ciudadanos y en este caso los operadores económicos del sector supermercados están facultados para suscribir contratos de retro venta mientras no se encuentren prohibidos por la ley.

El pacto de retroventa, adicionalmente, está expresamente regulado por el Código Civil, que en su Art. 1821 lo conceptualiza diciendo que “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en efecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra”. Al ser una modalidad contractual nominada en un cuerpo legal, mal puede desconocérsela o prohibírsela a través de un Manual contenido en una resolución de un ente regulador administrativo.

### **2.1.3 Acerca de los plazos para el pago y montos de compras mínimas a sectores específicos.**

Respecto de las condiciones de pago y montos de compras mínimas, es pertinente tratar a los artículos 9, 10 y disposición general Quinta del Manual en forma

conjunta, ya que versan sobre los mismos temas y establecen excepciones entre sí.

Art. 9.- PLAZOS PARA EL PAGO.- En cuanto a los plazos máximos para que se realicen los pagos, éstos se los hará tomando en cuenta el monto de la facturación anual respecto de los Supermercados y/o similares del año anterior de acuerdo con lo siguiente:

a. Hasta cincuenta mil Dólares (\$50.000,00), se pagará dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

b. Desde cincuenta mil Dólares un centavo (\$50.000,01) hasta doscientos cincuenta mil Dólares

(\$250.000,00), se pagará dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

c. Desde doscientos cincuenta mil Dólares un centavo (\$250.000,01) hasta un millón de Dólares (\$1'000.000,00), se pagará dentro del plazo de cuarenta (40) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

d. Desde un millón de Dólares un centavo (\$1'000.000,01) hasta tres millones de Dólares

(\$3'000.000,00), se pagará dentro de un plazo de cuarenta y uno (41) a cincuenta (50) días contados a partir de la entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; y,

e. Desde tres millones de Dólares un centavo (\$3'000.000,01), en adelante se pagará dentro del plazo de cincuenta y uno (51) días a sesenta días (60) contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura.

Los pagos que se realicen fuera de los plazos estipulados en los contratos de provisión generarán los correspondientes intereses legales, excepto cuando existan

razones de incumplimiento de la normativa tributaria exigente.

Para beneficiar a los micro, pequeños y medianos (MYPIMES) proveedores y de la Economía Popular y Solidaria que se encuentren dentro de los segmentos a, b y c de este artículo, se puede acordar una reducción de los plazos arriba señalados y los pagos en plazos menores que este manual permanecerán siendo los mismos salvo acuerdo entre las partes, siempre bajo el techo establecido en este artículo.

La participación de los proveedores contenidos en los literales a, b y c del Art. 9, corresponderá obligatoriamente al 11% de las compras totales en cada uno de estos segmentos realizadas por los supermercados y/o similares correspondientes al ejercicio fiscal del año inmediato y deberá cumplirse hasta el 31 de diciembre del año 2015.

En caso de que los proveedores escindan, desinviertan o dividan sus organizaciones así como su producción, comercialización y distribución de productos que tengan como objetivo el permanecer en alguna de las escalas arriba indicadas, su ubicación será la suma de las ventas totales realizadas del grupo al supermercado y/o similar del ejercicio fiscal concurrente.

En caso de que los proveedores escindan, desinviertan o dividan sus organizaciones para la comercialización y distribución de los productos adquiridos a los proveedores, con el fin de lograr el nivel de compras exigidas en este artículo, los porcentajes arriba señalados se computarán en base a las compras totales realizadas de todo el grupo.

De no poder aplicar el plazo en base a la relación de facturación anual, se aplicará como principio el monto de la transacción con proyección anual.

Los supermercados y/o similares deberán reportar a la SCPM bajo juramento del cumplimiento de esta disposición una vez al año dentro de los cinco (5) primeros días del mes de febrero.

Los supermercados y/o similares por una sola ocasión bajo justificaciones debidamente sustentadas podrán solicitar una excepción de entre los literales a, b y c de este artículo

**COMENTARIO.-** El establecimiento de plazos máximos de pago según el monto de facturación del proveedor es cuando menos discutible, dada la diversidad de productos que abarca la oferta de un supermercado, cada uno de los cuales puede constituir un mercado relevante por sí mismo, con condiciones comerciales sumamente diversas que hacen poco recomendable una regla general respecto de condiciones comerciales como son los plazos de pago, también denominados “trade credit”<sup>56</sup> o crédito directo<sup>57</sup>.

La decisión de vender a crédito y el plazo al cual se vende depende enteramente de la capacidad financiera del vendedor, así como de la negociación con su comprador. En todo caso, la regulación del crédito comercial corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera<sup>58</sup>.

La facultad de la superintendencia no se extiende al punto de poder imponer plazos máximos para el pago a proveedores, ni categorizarlos según sus ventas respecto del supermercado, ni establecer un porcentaje obligatorio de compras mínimas por categoría de proveedores.

Según lo dispone nuestra Constitución en su Artículo 66 numeral 29 literal d) en donde se indica que “Se reconoce y garantizará a las personas: 29. Los derechos de libertad también incluyen: (...) d) Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”, los operadores económicos serían libres de pactar los plazos de pago que desearan, y los volúmenes de compra que sus modelos de negocio requieran, salvo que una ley disponga lo contrario.

En caso de que lo acordado por las partes constituyere conductas anticompetitivas, la facultad de la Superintendencia es la de investigarlas y sancionarlas motivadamente, comprobando la existencia de la práctica anticompetitiva en un proceso que se encuentra reglado en la LORCPM y su Reglamento, garantizando el debido proceso y derecho a la defensa del investigado, que parte de la presunción de inocencia.

---

<sup>56</sup> TRADE CREDIT.- Open-account, short-term (usually 30 to 90 days) deferred payment terms offered by a seller to a buyer as a standard trade practice or to encourage sales. In some trades such as jewelry business, the credit may extend to 180 days or even longer. <http://www.businessdictionary.com/definition/trade-credit.html#ixzz3oHArCcZk> (Acceso 4/10/15)

<sup>58</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 14. Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre del 2014.

Prohibir determinadas conductas como lo hace el Manual, a través de una regulación *ex ante*, no sería procedente, pues no se tiene constancia de que las mismas hayan sido comprobadas, sus efectos evaluados, sus posibles justificaciones analizadas, y se haya garantizado el derecho de contradicción y defensa de los operadores económicos a regularse.

En base al mismo criterio, tampoco posee la Superintendencia facultad para prohibir escisiones a nivel de supermercados o proveedores a través de una regulación *ex ante* como lo es el Manual, ni para reconocer o desconocer los efectos de una escisión, como lo hace el citado artículo del Manual al decir que en caso de escindirse los operadores económicos para cumplir los porcentajes fijados por este artículo, se continuaría usando los montos de compra grupales.

Al ser las escisiones de empresas materia eminentemente societaria, sus efectos están sujetos a lo dispuesto en la Ley de Compañías, especialmente en su Artículo 351 que establece que “Las compañías resultantes de la escisión, responderán solidariamente por las obligaciones contraídas hasta esa fecha, por la compañía escindida y viceversa”, siendo claro que la compañía escindida no responde de las obligaciones que las compañías resultantes de la escisión contraigan luego de la misma, como sería el caso de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento del Manual o las compras que estas compañías escindidas realicen a sus proveedores.

**ART. 10 PARTICIPACION DE LOS MICRO, PEQUEÑOS Y MEDIANOS PROVEEDORES Y DEL SECTOR DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA.-** Si se privilegia la participación de los proveedores de la Economía Popular y Solidaria en los Segmentos a, b y c del Artículo 9 se propiciará que los supermercados y/o similares se beneficien de las siguientes ampliaciones de plazo:

RANGO (USD)	FECHA DE CUMPLIMIENTO						
	A DICIEMBRE 2014	JUNIO 2015	DICIEMBRE 2015	JUNIO 2016	DICIEMBRE 2016	JUNIO DE 2017	DICIEMBRE 2017 E ADELANTADO
0-50.000	1%	2%	3%	5%	7%	9%	11%
50.000,01 – 250.000	1%	2%	3%	5%	7%	9%	11%
250.000,01 – 1'000.000	1%	2%	3%	5%	7%	9%	11%

La verificación del cumplimiento de la tabla la realizará la Superintendencia de Control de Poder de Mercado emitiendo los certificados que permitan la ampliación de

los plazos de manera consecutiva. El incumplimiento en cualquiera de los porcentajes en las fechas señaladas extinguirá el beneficio de plazo y en consecuencia generará el cumplimiento de la totalidad de la participación de cada segmento dentro de los siguientes seis meses.

En caso de que un supermercado y/o similar solicite prórroga para el cumplimiento de alguno de los plazos contenidos, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado solicitará a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria la Certificación de oferta suficiente.

**COMENTARIO.-** En relación con las compras mínimas establecidas en el artículo 9 del Manual, ya comentado, el artículo 10 establece una opción para beneficiarse de una extensión del plazo para cumplirlas, si se privilegia a la Economía popular y solidaria, que, como ya se dijo, representaría una innovación, al igual que los porcentajes de compras mínimas señalados en general en el artículo 9.

Adicionalmente, establecer una política de compras dirigidas hacia un sector no es facultad de la Superintendencia, pues una acción de discriminación positiva para favorecer a la economía popular y solidaria debe dictarse mediante ley, pues toda acción positiva implica una alteración a la igualdad ante la ley para favorecer a un grupo que se considere históricamente desigual o desfavorecida y que el legislador considere necesario corregir.

#### **2.1.4 Acerca de las devoluciones de productos**

**ART. 13.- SOBRE LOS DÉBITOS, DESCUENTOS, CRÉDITOS, Y DEVOLUCIONES DE PRODUCTOS.-** Los mecanismos de débito, descuento, crédito y devoluciones se regirán por las siguientes reglas:

4.- Los supermercados y/o similares no podrán devolver los productos luego de haberse firmado el acta de entrega recepción, salvo por errores verificados de fabricación, rotulado o producción o de conformidad con las causales pactadas en los contratos de provisión, tales como, caducidad, suspensión o inhabilitación del registro sanitario; detección de vida útil insuficiente; detección de incumplimiento de la normativa aplicable; detección de incumplimiento de estándares de calidad; detección

del PVP impreso por debajo del precio de comercialización; fallas o inconsistencias en la presentación del producto no acorde a lo pactado; y las mencionadas en el artículo 16 numeral 7 de este Manual.

5. La mercadería no podrá ser rechazada al momento de entrega, salvo que ésta no se encuentre conforme a lo acordado por las partes, no sea apta para la comercialización y/o consumo o se detecte la ocurrencia de alguno de los eventos indicados en el numeral anterior.

[...]

11. Las actas de entrega recepción deberán utilizar medios electrónicos o computarizados, salvo cuando las circunstancias no lo permitan.

12. Los Supermercados y/o similares podrán devolver los productos a pedido escrito del proveedor, única y exclusivamente cuando las circunstancias de los productos o los intereses del proveedor se vean afectados de seguir manteniendo sus productos en exhibición. Por las devoluciones que se realicen al amparo de este artículo el proveedor extenderá la nota de crédito correspondiente.

**COMENTARIO.-** En base al mismo Art. 66 No. 29 letra d) de la Constitución ya citado, puede decirse que prohibir una práctica comercial común sin acreditar dentro de un proceso que la misma sea dañosa o perjudicial, no es facultad de la Superintendencia, pues los acuerdos entre privados que dispongan la devolución de productos no se encuentran prohibidos por una ley. La devolución de mercancías se encuentra expresamente regulada y permitida por el Código de Comercio, específicamente en su título II, referente al contrato de compraventa, especialmente su artículo 192 que regula la devolución de mercancías tras su entrega, y faculta al comprador a reservarse el derecho de devolverlas si no las ha inspeccionado al momento de su recepción, en especial cuando fueren entregadas en fardos o contenedores.

Adicionalmente, debe considerarse que las devoluciones de mercancías que no se venden son comunes en el sector de supermercados, por ejemplo en el caso de productos de temporada que vienen con empaques promocionales, que frecuentemente

son devueltos en caso de que no se hayan logrado vender en su totalidad, para que el proveedor los re-empaque en un paquete no promocional y los vuelve a comercializar.

Las devoluciones son también eficientes desde el punto de vista de la logística de entrega, debido a que dada la velocidad de rotación de inventario de los supermercados modernos, la verificación física de las mercancías al momento de la recepción en los Centros de Distribución de los Supermercados se realiza a través de muestreos. Técnicos. La verificación exhaustiva ítem por ítem y detección de posibles inconsistencias se detectan al momento de colocar el producto en la percha. Si estos productos que vienen con pequeñas falencias, son generalmente devueltos al proveedor.

A priori, puede decirse que la prohibición de devoluciones podría encarecer el proceso de revisión, pues los supermercados requerirían mayores infraestructuras para la recepción de productos, más personal para efectuar la revisión del caso, y en consecuencia, estos incrementos de costos ser trasladados al precio de venta al consumidor. Otro efecto posible sería que los supermercados disminuyan sus compras para adecuarlas a su capacidad de revisión, a fin de disminuir sus posibles pérdidas por productos que anteriormente hubiesen devuelto al proveedor.

### **2.1.5 Acerca de la obligación de exhibición en percha**

**Art. 18.- OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN EN GÓNDOLAS.-** El contrato de provisión lleva implícita obligatoriamente la exhibición, sin costo adicional al proveedor, de los productos en las góndolas o estanterías de los supermercados y/o similares. No se permitirá que una categoría de productos por su marca ocupe exclusivamente una sola góndola o estantería, al contrario ésta deberá estar ocupada también por otros productos similares o competidores, cuyo espacio de ocupación no será inferior al 15% de la percha. La forma en que los productos sean exhibidos y colocados en las repisas, estantes o bandejas según las zonas de las góndolas, no podrán bajo ningún concepto, responder a discriminación de ningún tipo.

El 15% del total de las cabeceras o finales de góndola, deberán estar ocupadas por los proveedores comprendidos en los numerales uno, dos y tres del artículo 9 de este Manual, ya sea por razones de comercialización o de promoción.

Los supermercados y/o similares deberán reportar a la SCPM bajo juramento

del cumplimiento de esta disposición una sola vez al año en el mes de febrero

**COMENTARIO.-** En base al mismo Art. 66 No. 29 letra d) constitucional ya citado, puede decirse que no es facultad de la Superintendencia el establecer porcentajes de exhibición en cada percha, ni disponer medidas de acción afirmativa en pro de los proveedores más pequeños para que sus productos tengan obligatoriamente una mejor posición en las perchas. La LORCPM no prevé en ningún caso medidas de este tipo ex ante.

Asimismo, la redacción del primer párrafo establece implícitamente una prohibición de cobro por espacio en percha, misma que en base al mismo argumento, no sería facultad de la Superintendencia. El acuerdo de las partes para obtener un mejor espacio a cambio de un pago o publicidad es plenamente válido a la luz del derecho civil y comercial, sin que pueda ser considerada anticompetitiva ex ante, y sin que exista un proceso o estudio que determine los efectos anticompetitivos de esta conducta.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.-** Los supermercados y/o similares hasta el 31 de Diciembre de 2014 deberán comprar a los productores de la economía popular y solidaria al menos el 1% de su facturación anual.

**COMENTARIO:** Al igual que en los comentarios a artículos, no es facultad de la Superintendencia ni de la Junta de Regulación establecer compras mínimas a un determinado sector. Las medidas de acción afirmativa deben ser establecidas por ley, sin que existe disposición alguna en este sentido en la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria.

Con estos ejemplos, puede concluirse que diversas normas del Manual de Supermercados innova y altera contenidos legales e incluso constitucionales. Aquí es donde cabe la interrogante de si un acto normativo puede o no alterar o innovar lo que dispone una norma jurídica jerárquicamente superior.

## 2.2 El artículo 44 numeral 6 de la LORCPM. El concepto de norma técnica.

Para efectos de determinar si el Manual de Supermercados tiene validez jurídica, es necesario definir el concepto de “Norma Técnica General” mencionado por el numeral 6 del artículo 44 de la LORCPM.

No existe definición de este concepto en la LORCPM, sin embargo en el Reglamento para la aplicación de la LORCPM (RLORCPM), encontramos una referencia dentro del capítulo referente a la Junta de Regulación, en sus artículos 49 y 50, que dicen:

Art. 49.- Regulación sectorial.- La regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura en cada uno de los sectores regulados corresponderá a la agencia de regulación y control o al órgano del poder público competente para emitir dicha regulación de conformidad con la ley.

*La regulación para la aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados corresponderá a la Junta de Regulación. (Las cursivas son mías)*

El juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

En el Art. 50 de la misma norma se señala:

Ámbitos de la regulación sectorial.- La regulación sectorial incluirá al menos los siguientes ámbitos:

a) Regulación económica, consistente en adoptar medidas para establecer tarifas o precios regulados, evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder de mercado o garantizar el acceso de los usuarios a los servicios públicos.

*b) Regulación técnica, consistente en establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad, la calidad del servicio y solucionar las cuestiones relacionadas con la seguridad y el medio ambiente. (Las cursivas son mías).*

c) Regulación del acceso, consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que constituyan facilidades esenciales.

Si bien estos conceptos nos ilustran acerca de la competencia de la Junta para emitir regulación técnica respecto de las prácticas sancionadas por la LORCPM, en cuanto a conceptualización, la mención a “normas para garantizar la compatibilidad, la

calidad del servicio y solucionar las cuestiones relacionadas con la seguridad y el medio ambiente” es bastante genérica y ambigua, por lo que a fin de delimitar este concepto se debe acudir a otras fuentes.

El Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio de la Organización Mundial de Comercio, de la cual el Ecuador es parte, dice acerca de las normas técnicas que es un:

Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas<sup>59</sup>.

A criterio de Schellingerhout:

El objetivo principal de una norma técnica es definir en términos técnicos o de calidad determinados requisitos. Estos estándares pueden contemplar varios tópicos como la estandarización de diferentes niveles o tamaños de un producto en particular, la estandarización de procesos o métodos o especificaciones técnicas en mercados donde la compatibilidad con otros productos o sistemas es esencial<sup>60</sup>.

En la legislación ecuatoriana, encontramos referencia a Normas técnicas en la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, que regula al Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN. Esta ley se refiere a las reglamentaciones técnicas en su artículo 29:

Art. 29.- (Reformado por la Disposición reformativa novena de la Ley s/n, R.O. 351-S, 29-XII-2010).- La reglamentación técnica comprende la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos necesarios para precautelar los objetivos relacionados con la seguridad, la salud de la vida humana, animal y vegetal, la preservación del medio ambiente y la protección del consumidor contra prácticas engañosas.

La elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, a través de las entidades de los gobiernos central, provincial y municipal, en el ámbito de sus respectivas competencias, no tendrá por objeto crear obstáculos innecesarios al comercio y deberán observar los procedimientos

---

<sup>59</sup> Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio de la Organización Mundial de Comercio. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf)

<sup>60</sup> Schellingerhout, Ruben. “Standard-setting from a competition law perspective” Competition policy Newspaper. P.5. Texto original “The primary objective of standards is to define technical or quality requirements. Standards can cover various issues, such as standardisation of different grades or sizes of a particular product, standardisation of production processes or methods, or technical specifications in markets where compatibility and interoperability with other products or systems is essential”. Traducción personal. [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011\\_1\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011_1_1_en.pdf). (Traducción libre)

establecidos en los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por el país, así como los procedimientos que dicte el Ministerio de Industrias y Productividad. Se excluye la utilización de las normas técnicas internacionales cuando su aplicación, a criterio del Ministerio de Industrias y Productividad, no guarde relación con los intereses nacionales.

La seguridad debe ser preservada en ámbitos tales como la operación y utilización segura de maquinaria y equipos; operaciones de construcción, seguridad biológica, mecánica, térmica, eléctrica, ecológica, electromagnética, industrial, contra radiaciones ionizantes y no ionizantes, contra explosiones, contra incendios, entre otros.

Lamentablemente, esta definición es un tanto circular, pues hace referencia a que “La reglamentación técnica comprende la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos”, a pesar de que establece objetivos idénticos a los mencionados por el Reglamento a la LORCPM en su artículo 50, mencionando como meta el “precautelar los objetivos relacionados con la seguridad, la salud de la vida humana, animal y vegetal, la preservación del medio ambiente y la protección del consumidor contra prácticas engañosas”.

A fin de definir qué se entiende por “técnico”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala:

Técnico.- perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes. 2. Dicho de una palabra o de una expresión empleada exclusivamente, y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de una ciencia, arte, oficio, etc. 3.- Persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte. 4. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. 5. Pericia o habilidad para utilizar estos procedimientos y recursos. 6.- Habilidad para ejecutar cualquier cosa o conseguir algo<sup>61</sup>.

En aplicación de estas definiciones, se puede decir que el Manual de Supermercados, para ser considerado una Norma Técnica, debería cumplir con los siguientes elementos:

- Establecer un conjunto de procedimientos o recursos propios de una ciencia, que en este caso específico sería el derecho de la competencia.
- Tender a la estandarización o normalización de una o varias prácticas consideradas plausibles.

---

<sup>61</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Tercera Edición, 2014.

- Estas normas deben ceñirse a lo dispuesto en la LORCPM, su Reglamento y las resoluciones de la Junta de Regulación.

Si consideramos como elemento característico de lo “técnico” la condición de establecer procedimientos o recursos propios de una ciencia, en este caso la ciencia del Derecho de la Competencia, el Manual queda corto en su esfuerzo, pues la relación de su articulado con procedimientos o recursos de esta rama del Derecho son escasos. Distinto sería si el Manual estableciera una metodología de determinación de Mercados Relevantes específica para el sector del *retail* o supermercados, o si en el marco de la LORCPM definiese conductas específicas que se consideran “injustificadas” o “justificadas”, como por ejemplo hacen los Reglamentos de Exención por categorías dictados por la Comisión Europea, que determinan expresamente ciertos acuerdos o conductas que se consideran justificados en el marco del Derecho de la competencia comunitario europeo, y las condiciones para poder acogerse a dicha excepción en un determinado mercado específico<sup>62</sup>.

Acerca del segundo elemento, que sería tender a la estandarización o normalización de una práctica considerada plausible, sería contradictoria su aplicación en materia de Derecho de la Competencia en ausencia de una requerimiento técnico de calidad o de seguridad, pues al regularse en el manual aspectos enteramente comerciales, podría tender a la cartelización o en su defecto tener efectos económicos similares a la cartelización en cuanto a disminución de la competencia.

Acerca del tercer elemento, referente a no innovar o alterar disposiciones legales, reglamentarias o de la Junta de Regulación, como se explicó en el apartado precedente, la principal limitación cualitativa que aplica a las normas emitidas por la Superintendencia es el no alterar ni innovar disposiciones legales, reglamentarias o de la Junta de Regulación, la cual a mi criterio es sobrepasada por algunas normas del Manual, en especial por vulnerar el derecho de los operadores económicos a acordar libremente sobre todo aquello que no se encuentre legalmente prohibido.

---

<sup>62</sup> Las exenciones por categorías son excepciones a la prohibición general de conductas colusorias por razón de la reunión de las condiciones y requisitos previstos en el Art. 81. 3 del TCE. Existen Reglamentos específicos acerca de Acuerdos horizontales de especialización, acuerdos horizontales de investigación y desarrollo, acuerdos horizontales de transferencia de tecnología, un reglamento general para acuerdos verticales, y acuerdos sectoriales en materia de transporte, seguros y vehículos a motor. Loma-Osorio, Diego (coordinador). Tratado de Derecho de la Competencia. Thomson Reuters. Ed. Aranzadi, 2013. P. 68.

### **2.3 Las facultades normativas de las Agencias de Defensa de la Competencia en el Derecho Comparado.**

En el Derecho Comparado, encontramos ciertos precedentes de Autoridades de Competencia con facultades regulatorias, como por ejemplo, la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos. Al igual que otras agencias reguladoras norteamericanas, la FTC tiene atribuida la potestad normativa.

Este poder normativo de las agencias en general es diferente del poder del Legislativo para crear normas, siendo siempre éstas superiores, porque el legislador tiene atribuidos estos poderes por la Constitución Federal de los EE.UU. mientras que el poder delegado a las agencias viene a ser un poder subordinado<sup>63</sup>, secundario<sup>64</sup> y limitado por la delegación que le ha conferido el Legislativo, que a su vez reserva para sí las facultades de control y veto sobre todo reglamento de una agencia gubernamental.

Para fines comparativos, no debe olvidarse la naturaleza del sistema jurídico anglosajón, que difiere radicalmente de nuestro ordenamiento jurídico de corte romanista.

Antes de la codificación de las potestades normativas de la Federal Trade Commission por la Magnuson-Moss Act en 1975, la Comisión había emitido actos normativos con distintos efectos jurídicos: entre éstos, los denominados “Trade Practice Rules” y los “Industry Guides”<sup>65</sup>, que podrían ser equiparables a los Manuales de Buenas Prácticas promovidos por la Autoridad de Competencia Ecuatoriana.

Los primeros servían como directrices, creadas en cooperación con los grupos industriales afectados, no tenían carácter obligatorio. Los segundos, se enfocaban en determinadas ramas de la industria, igualmente careciendo de efectos jurídicos relevantes.

Los poderes normativos de la Federal Trade Commission fueron desarrollados con más precisión en el año 1975 con la Magnuson-Moss Act que modificó la Sección 18 de la Federal Trade Commission Act (ley por la que se creó la Comisión).

---

<sup>63</sup> Schwartz, B. “Administrative Law” ed. Little, Brown & Co., Toronto, 1991, p.10.

<sup>64</sup> Douglas, W. “We, the Judges: Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjea”, ed. Garden City, New York, 1956, p.164

<sup>65</sup> Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973); Angland J. (dir.), “Antitrust Law Developements”, P. 631-632.

Esta ley otorgó a la agencia la potestad de emitir reglas interpretativas y de directrices generales (“*Interpretative rules and general statements of policy*”) que definan con precisión los actos o prácticas que son actos contrarios a la competencia (“*define with specificity acts or practice which are unfair or deceptive*”), así como la facultad para establecer determinadas exigencias con carácter preventivo (“*may include requirements prescribed for the purpose of preventivo such acts or practices*”)<sup>66</sup>.

Sin embargo, estas facultades se encuentran limitadas por la amplitud de la ley misma, así como no pueden alterar ni sobrepasar la facultad soberana de los actos normativos de cada Estado miembro de la Unión.<sup>67</sup>

Similar restricción encontramos en la legislación ecuatoriana, cuando la LORCPM prohíbe tanto al superintendente como a la Junta de Regulación el “Innovar o Alterar” el contenido de la ley a través de sus actos regulatorios, en los artículos 35 y 37, en concordancia con el artículo 132 de la Constitución de la República.

En cuanto a la naturaleza de este tipo de reglamentos y el ejercicio del *Rulemaking* por parte de la FTC, debemos recurrir a las definiciones que para el efecto ha dictado la legislación norteamericana. La *Administrative Procedure Act* (Ley de Procedimiento Administrativo) define “*rulemaking*” como “el proceso de formular, modificar o revocar un reglamento”.<sup>68</sup>

Asimismo, define Reglamento como:

Reglamento (rule) es la totalidad o la parte de la disposición de una Agencia de aplicabilidad general o particular y de efecto futuro, destinado a implementar, interpretar o prescribir derecho o política pública y describiendo la organización, procedimiento o requisitos prácticos de una Agencia, e incluye la aprobación o prescripción futura de tarifas, salarios, estructuras financieras o de la empresa o sus reorganizaciones, precios, instalaciones, accesorios, servicios, subvenciones, valoraciones, costes, contabilidad o prácticas relativas a éstas<sup>69</sup>.

Se observa que el objeto de estas normas es implementar, desarrollar, interpretar o poner en práctica lo ya dispuesto en una política pública, dictada por el Legislativo o por el Ejecutivo (a través de una orden ejecutiva).

---

<sup>66</sup> *Magnum Moss Act*-15 USC 57a (a) (1) (A), (B) (1994)

<sup>67</sup> *California State Bd of Optometry v. Federal Trade Commission*, 910 F.2d 976 (D.C. Cir. 1990): “The Commission’s rulemaking authority does not permit it to reach the sovereign acts of states – cit por Angland, J. (dir.) “*Antitrust law Developements*”, op. cit., p. 633.

<sup>68</sup> §551 (5) *Administrative Procedure Act* – 5 USC 551 (4).

<sup>69</sup> *Administrative Procedure Act* – 5 U.S.C. 551 (4) (traducción libre)

El Congreso puede ejercer control sobre los mismos sea a través de la emisión de una ley propiamente dicha que regule lo ya mencionado en un Reglamento de la FTC, prevaleciendo por superioridad jerárquica, ejerciendo su derecho de veto, a través de la limitación de la discrecionalidad de las agencias en sus leyes de creación, el establecimiento de plazos para la vigencia de estos reglamentos, a través de restricciones de financiación, y reglamentando el procedimiento requerido para su emisión de manera sumamente detallada. A partir del año 1980 inclusive se estableció la obligación de una revisión semanal sobre las actividades de la FTC por el Senate Commerce Committee<sup>70</sup>.

Adicionalmente, existe un fuerte control ejecutivo a las actividades normativas de las agencias de control y regulación, control ejecutivo que incluye una revisión del proyecto de regulación, la revisión del reglamento aprobado y la revisión de efectos del reglamento.<sup>71</sup>

A partir del Gobierno de Ronald Reagan, por medio del Decreto Ejecutivo 12291 en 1981 se establece la obligación de análisis de los costos y beneficios de los nuevos reglamentos, la exigencia de que todas las regulaciones deban responder a un análisis de costo beneficio ("*net-benefit criteria*") y revisión de todos los actos normativos finales y, asimismo, las propuestas de actos normativos - por parte de la Oficina de Manejo de Presupuesto. Estos criterios han sido posteriormente ampliados por órdenes ejecutivas de los presidentes subsiguientes, añadiendo controles cualitativos a los análisis de costos y beneficios.

Finalmente, todos los actos de la FTC así como de las demás agencias regulatorias están sujetos a control judicial, pudiendo ser revisados por los juzgados de apelación del distrito donde reside el recurrente o donde tiene su negocio, en plazo de 60 días después de la promulgación<sup>72</sup>, por parte de cualquier persona interesada, incluyendo usuarios y consumidores<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. "The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission's Rulemaking and Enforcement Authority", 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

<sup>71</sup> Davis, K.C. "Presidential Control of Rulemaking", 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982).

<sup>72</sup> USC Tomo 15 Sección 57 a (e) (1) (A) (1994).

<sup>73</sup> Subsection 18 (e) Federal Trade Commission Act – 15 USC § 57 a (e) (1) (A)2

A nivel europeo, por su parte, le corresponde a la Comisión Europea el ejercicio de la facultad regulatoria dentro del Derecho Comunitario, según el artículo 249 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE):

Para el cumplimiento de su misión el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones, previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado – miembro....". Estos reglamentos, vienen a ser “leyes” de carácter comunitario europeo, pues tienen un alcance general son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en cada Estado miembro, sin que sea necesaria una intervención normativa de los Estados miembros.

La Comisión, previa habilitación del Consejo de acuerdo con el artículo 212 del TFUE puede adoptar dos variedades de reglamentos que regulan cuestiones de fondo: una, los reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la Competencia a determinados sectores económicos (por ej. los transportes); otra, los reglamentos de exenciones por categorías<sup>74</sup>.

Son especialmente importantes estos últimos por su relevancia práctica, ya que consisten en una autorización general de determinados acuerdos, prácticas y ayudas estatales como exentos de sanción bajo los artículos del tratado europeo referentes a Competencia<sup>75</sup>.

Este tipo de Reglamento de exención, se encuentra regulado por el Reglamento general de exención por categorías y viene a ser una especie de “Autorización en bloque” de determinadas conductas o acuerdos.

Este tipo de instrumento establece comúnmente un modelo de contrato (por ejemplo de distribución, de franquicia, etc.) enumerando las cláusulas autorizadas (blancas) y las cláusulas prohibidas (negras), dando así claridad a las empresas y operadores al momento de la celebración de acuerdos.

La Comisión ha emitido múltiples reglamentos de exención por categorías tanto para acuerdos verticales, como para acuerdos horizontales, tratando de hacer énfasis en que los acuerdos que generen eficiencias no sean considerados prohibidos.

---

<sup>74</sup> Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

<sup>75</sup> TFUE. Artículos 101 al 109.

Cabe destacar que, dada la naturaleza comunitaria de la aplicación del Derecho de la Competencia Europeo, estas normas no pueden alterar lo dispuesto en el Tratado, concordando así con la legislación ecuatoriana en lo referente a “no innovar ni alterar” el contenido de la ley a través de normativa secundaria.

Su principal diferencia con los Manuales emitidos por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado Ecuatoriana radica en que éstos parten de un enfoque positivo: establecer cuáles acuerdos se consideran en general eficientes y por tanto, no constitutivos de violación del régimen de competencia europeo, mientras que los Manuales de la Superintendencia tienen un enfoque mayormente negativo-regulatorio, estableciendo prohibiciones específicas, más que análisis de eficiencias.

A modo de conclusión, puede decirse que por las razones expuestas en este capítulo, el Manual de Supermercados no constituye una norma técnica, que el Manual contiene disposiciones que innovan y alteran cuerpos legales jerárquicamente superiores como el Código Civil, al prohibir la retroventa; el Código de Comercio, al prohibir la devolución de mercancías; el Código Orgánico Monetario y Financiero, al regular las condiciones de crédito siendo ésta facultad de la Junta de Política Monetaria y Financiera; la Ley de Comercio Electrónico, al exigir contratos escritos de provisión; y finalmente, la Constitución, al prohibir ciertas conductas (como devoluciones) y exigir otras (como porcentajes de compras a determinado tipo de proveedor) que no se encuentran prohibidas en leyes. Adicionalmente, se observa que no existen precedentes en la legislación europea y norteamericana de Derecho de la Competencia que otorguen una discrecionalidad regulatoria del alcance del Manual de Supermercados.

Si bien existe cierta similitud con los Reglamentos de la Comisión Europea en cuanto a que éstos no pueden innovar ni alterar el TFUE éstos establecen generalmente exenciones para conductas o acuerdos considerados generalmente eficientes, exonerándolos de ser considerados anticompetitivos, mientras el Manual establece prohibiciones a priori y regula aspectos comerciales del diario desarrollo del negocio del comercio minorista.

### **3. LA VALIDEZ JURÍDICA DEL MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES PARA EL SECTOR DE LOS SUPERMERCADOS Y SUS PROVEEDORES.**

Habiendo establecido los elementos conceptuales necesarios, en este capítulo se busca integrarlos en una hipótesis acerca de la validez jurídica del Manual.

En el capítulo dos se examinó dos límites legalmente establecidos a las facultades normativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, estos son, no innovar ni alterar disposiciones legales, reglamentarias o resoluciones de la Junta de Regulación, por una parte, y por otra, que la normativa sea de carácter técnico.

Si estas dos condiciones no se cumplieren, la normativa carecería de validez jurídica por razones de legitimidad, a pesar de haber sido aplicada por la Superintendencia y acatada por los operadores del sector regulado.

#### **3.1 El Manual contraría la LORCPM y la Constitución**

Además de esto, debe notarse que tras la promulgación de las Normas Regulatorias para los Supermercados y sus proveedores por parte de la Junta de Regulación, ambas normas se superponen y en ciertos casos contradicen, creando una situación sui generis de inseguridad jurídica que contraría el derecho fundamental a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la Constitución<sup>76</sup>.

Por ejemplo, ambas determinan distintos porcentajes mínimos de participación de proveedores pequeños, con distintas formas de medición, y ambas determinan los plazos máximos de pago a cada tipo de proveedor en base a distintos criterios o rangos.

Así, para fijar los plazos máximos de pago según el tipo de proveedor, el Manual de Supermercados en su artículo 9 arriba citado toma como referencia la facturación anual de cada proveedor a cada supermercado, mientras las Normas Regulatorias en su artículo 12, toman en cuenta la condición del proveedor respecto de todos sus compradores, en base a su calificación como Micro, Pequeña o Mediana Empresa, Miembro de la Economía popular y solidaria o artesano.

Esta diferencia es de trascendental importancia, pues la condición de Micro, Pequeña o Mediana Empresa está definida por el artículo 106 del “Reglamento a la

---

<sup>76</sup> Constitución ecuatoriana. Artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Registro Oficial # 449 de 20 de octubre de 2008.

Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”<sup>77</sup>, que determina los montos de facturación referenciales para cada categoría, los cuales difieren de los rangos utilizados en el Manual de Supermercados. Este artículo define a las MIPYMES y señala:

“**Art. 106.-** Clasificación de las MYPIMES.- Para la definición de los programas de fomento y desarrollo empresarial a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, estas se considerarán de acuerdo a las categorías siguientes:  
a.- Micro empresa: Es aquella unidad productiva que tiene entre 1 a 9 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores de cien mil (US \$ 100.000,00) dólares de los Estados Unidos de América;  
b.- Pequeña empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 10 a 49 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil uno (US \$ 100.001,00) y un millón (US \$ 1000.000,00) de dólares de los Estados Unidos de América; y,

c.- Mediana empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 50 a 199 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno (USD 1.000.001,00) y cinco millones (USD 5000.000,00) de dólares de los Estados Unidos de América.

En caso de inconformidad frente a las variables aplicadas, se estará a lo señalado en el inciso segundo del Artículo 53 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.”

De esta manera, para pertenecer a la categoría Micro Empresa del artículo 12 de las Normas Regulatorias, un proveedor debería tener un ingreso bruto de no más de \$100.000,00 respecto de todos sus clientes, supermercados o no.

En caso de encontrarse dentro de estos criterios, el supermercado debería pagarle en un plazo de hasta 15 días según las Normas Regulatorias. Mientras tanto, según el artículo 9 del Manual, la primera categoría del mismo establece como rango de compras para recibir el pago en un plazo de hasta 15 días, el facturar anualmente “de 0 a \$50,000,00” respecto del supermercado en particular.

De esta manera, bastaría con que el hipotético proveedor venda a dos supermercados un monto de \$50.000,00 a cada uno en un año para que según las Normas Regulatorias pueda pagársele en más de 15 días, sin embargo, según el Manual, cada supermercado debería pagarle máximo en 15 días. En este caso, las Normas Regulatorias permiten pagar a un mayor plazo a más proveedores, mientras el Manual requiere un pago en máximo 15 días a mayor cantidad de proveedores.

---

<sup>77</sup> Decreto Ejecutivo 757, publicado en el Suplemento 450 del Registro Oficial de fecha 17 de mayo de 2011, reformado en fecha 17 de julio de 2015.

Un caso similar ocurre respecto de los porcentajes de compras mínimas establecidos en el artículo 9 del Manual de Supermercados versus el artículo 28 de las Normas Regulatorias. Por una parte, el artículo 9 del Manual de Supermercados establece que del total de las compras anuales de un supermercado, un 11% debe corresponder a proveedores ubicados en los tres primeros rangos del artículo 9, es decir, aquellos que facturan de 0 a \$1.000.000,00 al año respecto de un supermercado en particular (rangos a,b y c de la tabla del artículo 9).

Por su parte, las Normas Regulatorias establecen que las cadenas de supermercados que tengan codificados hasta 10.000 ítems en las canastas normadas, deberán mantener anualmente el 10% del total de sus compras a proveedores de la Economía Popular y Solidaria, Artesanos, Micro y Pequeña empresa, mientras que aquellas cadenas que tengan codificados más de 10.000 ítems deberán mantener un 14% de sus compras correspondientes a ese tipo de proveedores.

Considerando que según la definición de MIPYMES dada por el citado Decreto Ejecutivo mencionado abarcaría a proveedores que vendan respecto de todos sus clientes hasta \$1.000.000,00 al año, mientras que el artículo 9 del Manual abarcaría a los proveedores que respecto de cada supermercado vendan hasta \$1.000,000,00, resulta difícil cumplir ambas normas a la vez. En este caso, el Manual abarca más operadores económicos que las Normas Regulatorias, pues por ejemplo, operadores que vendan a dos o más supermercados, hasta \$1.000.000,00 anual a cada uno, serían incluidos en el cómputo de compras mínimas para cumplimiento del Manual, a la vez que no podrían ser incluidos en el cómputo de compras mínimas para cumplimiento de las Normas Regulatorias.

Asimismo, para el cumplimiento de ambas disposiciones –plazos de pago y compras mínimas- el Manual no incluye bebidas alcohólicas, mientras las Normas Regulatorias sí lo hacen.

En estos ejemplos, se puede producir el caso de que mientras se cumple el Manual, se incumplen las Normas Regulatorias, y viceversa. Esto repercute en inseguridad jurídica para los operadores económicos, a la vez que dificulta la tarea de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que es el órgano de control del cumplimiento del Manual en virtud de la disposición transitoria segunda del Manual, y

también es el órgano de control del cumplimiento de las Normas Regulatorias según la disposición general segunda de ellas.

Adicionalmente, como se expuso en el capítulo segundo, el Manual incluye disposiciones que prohíben y restringen el ejercicio de derechos constitucionales contraviniendo disposiciones expresas de otros cuerpos legales. Por ejemplo, se prohíbe la retro venta cuando la misma está expresamente reconocida por el Código Civil, o prohíben la devolución de mercancías cuando la misma se encuentra permitida por el Código de Comercio.

Además, como ya se expuso, varias normas del Manual vulneran el principio de reserva de ley constitucional, el mismo que tiene su origen en el artículo V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto del año 1789, artículo V: “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Nadie podrá impedir lo que la ley no prohíba y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”. Es decir, ciertas limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en leyes, mas no en resoluciones administrativas.

Para los autores mexicanos Marat Paredes y Raúl Rodríguez:

La reserva de ley es, por un lado, la delimitación a un determinado procedimiento (el legislativo) que tienen como características la contradicción, la libre deliberación y la publicidad, sin embargo, constituye también una reserva de contenido. Por otro lado, la teoría de la reserva de ley también pretende delimitar de un modo cierto las relaciones entre ley y reglamento, por lo que en virtud de su regulación constitucional el legislador no puede delegar esta materia sino en los casos y condiciones que señale la misma Constitución, so pena de caer en una situación inconstitucional; la materia que el constituyente entrega al legislador es indisponible para el mismo, es decir, no queda a su arbitrio su delegación ni su deslegalización<sup>78</sup>.

Este principio es expresamente reconocido por la Constitución al decir:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

---

<sup>78</sup> Marat Paredes M. y Raúl Rodríguez L., “El Principio de Reserva de Ley en materia tributaria”. México, Porrúa, 2001, pp. 67-68

3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.

4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.

5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”

Siendo el derecho a “Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley” un derecho constitucional reconocido en el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución, se concluye que varias normas establecidas en el manual -como por ejemplo la obligación de comprar un porcentaje determinado de las compras anuales a un tipo determinado de proveedor- requerirían ser aprobadas mediante ley y no a través de resolución.

### **3.1.1. El Manual no es una normativa técnica**

Como se expuso en el capítulo 2, no existe una definición de “norma técnica” específicamente para la legislación de Competencia, sin embargo, las definiciones de otras ramas del Derecho y de la doctrina expuestas en el referido capítulo nos permitieron extraer como elementos de una norma técnica los siguientes:

A) Establecer un conjunto de procedimientos o recursos propios de una ciencia, que en este caso específico sería el derecho de la competencia, aplicado al sector del retail.

B) Tender a la estandarización o normalización de una o varias prácticas consideradas plausibles.

C) Estas normas deben ceñirse a lo dispuesto en la LORCPM, su Reglamento y las resoluciones de la Junta de Regulación.

Al analizar el Manual, no se observa que contenga un compendio metodológico para la aplicación de la legislación de competencia al sector, sino al contrario, normas que pretenden regular el “día a día” de las operaciones comerciales de este sector, como por ejemplo, el establecer cómo debe distribuirse el espacio en percha, cómo debe procederse para incluir un nuevo proveedor o terminar la relación con uno ya existente,

determinar cláusulas específicas que deberían constar en los contratos de provisión, entre otras. No siquiera se incluye en el Manual de Supermercados una determinación de mercado relevante, siendo discutible si el mercado relevante debe incluir solamente a cadenas de supermercados, o a operadores económicos de comercio minorista (incluyendo así a tiendas, bodegas, y ferias libres), o a operadores económicos de comercio minorista en modalidad de autoservicio.

Adicionalmente, debe considerarse que la Superintendencia, cuando ha emitido normas técnicas, ha hecho mención expresa de esta condición, como por ejemplo, al emitir Normas Técnicas sobre prácticas desleales por engaño y violación de normas en el etiquetado de productos alimenticios<sup>79</sup> y las Normas Técnicas sobre las prácticas desleales por engaño, denigración y comparación que se relacionan con el etiquetado, promoción de los medicamentos genéricos<sup>80</sup>.

Respecto de la estandarización de prácticas comerciales, podría decirse que existen algunas normas tendientes a ello en el Manual de Supermercados. Por ejemplo, el artículo 28 del mismo dispone un contenido mínimo de los “formatos” de contrato de provisión, lo cual claramente estandarizaría una conducta –el contrato tipo- entre varios operadores – los supermercados regulados-.

De igual manera, los artículos 16, 17, y 32 del Manual tienden a una estandarización en cuanto la publicidad de los precios, formatos de contrato y políticas de codificación y descodificación, pues obligan a los Supermercados a publicarlas en sus páginas web.

Sin embargo, resulta curioso que esta disposición provenga de la entidad controladora en materia de competencia, por cuanto su publicación y difusión podría presumiblemente facilitar conductas colusorias entre competidores al poner al alcance de éstos información sensible. Por ejemplo, el Manual exige la publicación en medio digital de las políticas de codificación y descodificación de cada supermercado, las cuales pueden constituirse en barreras de entrada según su complejidad y exigencias. Al estar éstas publicadas por disposición del Manual, podrían ser observadas y copiadas por otros operadores económicos.

---

<sup>79</sup> Norma Técnica SCPM-NT.2013-001. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Norma-T%C3%A9cnica.pdf>

<sup>80</sup> Norma Técnica SCPM-NT-2013-002. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Norma-T%C3%A9cnica-2.pdf>

Asimismo, la publicación obligatoria de listas de precios mensualmente en la página web del supermercado facilitaría conductas de fijación concertada de precios. Sería fácil para los operadores económicos verificar y analizar la evolución de los precios de sus competidores a través de estas publicaciones web, establecer patrones de conducta, calcular márgenes de rentabilidad y analizar tendencias, pudiendo copiarlas.

Al provenir esta obligación de publicidad de precios de una resolución de la autoridad, la información obtenida de dicha forma se convierte en información públicamente disponible, eliminando potenciales sanciones por compartición de información sensible entre competidores que en ausencia de esta norma podría servir como indicio para juzgar posibles casos de colusión o prácticas concertadas sancionadas por el artículo 11 de la LORCPM.

Adicionalmente a lo mencionado, lamentablemente, ni en el texto del Manual ni en sus “considerandos” existe motivación alguna acerca de las prácticas a estandarizarse, o el por qué se consideran eficientes al nivel de ser plausible generalizarlas por medio de resolución de autoridad.

Se ha expuesto también, que las normas previstas en el Manual de Supermercados serían contrarias a disposiciones expresas de la Constitución, la LORCPM, así como otros cuerpos normativos, en especial en cuanto a que contradicen el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución referente a la libertad de contratar sobre todo aquello no prohibido legalmente.

Por estas razones, queda claro que el Manual no establece procedimientos propios de la ciencia del Derecho de la Competencia para el sector supermercados, no estandariza prácticas específicas en el sector exponiendo el por qué se considerarían plausibles al nivel de ser requerida su estandarización entre competidores, ni se sujetan a las disposiciones de la LORCPM, otros cuerpos de rango legal y la Constitución, por lo que se concluye que el Manual de Supermercados no es una norma técnica.

### **3.1.2 El Manual innova y altera disposiciones legales**

Como se detalló y analizó en el capítulo 2 de este trabajo, el Manual de Supermercados abiertamente innova y altera disposiciones legales y reglamentarias. Por ejemplo:

- El Manual altera norma legal expresa al prohibir el pacto de retro venta, que se encuentra expresamente regulado en el Código Civil, y que además es parte de la libertad de contratación constitucionalmente protegida el poder acordar sobre una modalidad de contrato que no ha sido prohibida por una ley.
- El Manual innova la legislación en materia de medidas de discriminación positiva a favor de operadores de la economía popular y solidaria y MIPYMES, que no se encuentran previstas en los cuerpos legales de la materia –Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, y Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones- limitando la libertad contractual y empresarial de los supermercados, estableciendo porcentajes mínimos de compra a un determinado tipo de proveedor.
- El Manual altera disposiciones legales expresas al regular los plazos máximos de pago o crédito comercial directo, cuya regulación es competencia de la Junta de política monetaria y financiera, según el Código Orgánico Monetario y Financiero.
- El Manual innova disposiciones legales al establecer porcentajes mínimos de exhibición en percha, restringiendo el uso y usufructo de un espacio dentro de un inmueble de propiedad de los supermercados, o bajo arriendo a favor de éstos.
- El Manual innova disposiciones legales al establecer la presunción de que el contrato de provisión lleva implícita la obligación de exhibición en percha. En principio, el cobro o no por un mejor espacio de exhibición no se encuentra prohibido por ley alguna, ni dicha presunción está establecida en ningún cuerpo legal, sin perjuicio de que su aplicación pueda constituir prácticas anticompetitivas como la discriminación injustificada de precios y modalidades, o la aplicación de condiciones distintas para situaciones equivalentes.
- El Manual innova la ley al prohibir la devolución de mercancías y establecer un procedimiento de revisión de mercancías expreso, pues la devolución de mercancías se encuentra expresamente regulada y permitida por el Código de Comercio, específicamente en su título II, referente al contrato de compraventa, especialmente su artículo 192 que regula la devolución de mercancías tras su

entrega, y faculta al comprador a reservarse el derecho de devolverlas si no las ha inspeccionado al momento de su recepción, en especial cuando fueren entregadas en fardos o contenedores<sup>81</sup>.

Adicionalmente, es importante mencionar que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado realizó una consulta a la Procuraduría General del Estado, respecto de la aplicación de la Resolución 004 de la Junta de Regulación que limitó su accionar normativo, después de haber sido presentado un reclamo administrativo por parte del Superintendente en contra de la referida resolución, mismo que fue resuelto en contra de la Superintendencia.

En el pronunciamiento de la Procuraduría, se absuelven dos consultas, siendo la primera de ellas relativa a la facultad normativa de la Superintendencia y de la Junta, la cual por su importancia cito textualmente:

#### **PRIMERA CONSULTA**

“1.- Los artículos 37 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confieren a esta Superintendencia la potestad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social establece el Principio de Independencia: “Ninguna función u organismo del Estado podrá intervenir en la organización, administración, atribuciones o adopción de resoluciones de la Función de Transparencia y Control Social”. Al respecto, es imperativo determinar si el ejercicio de dicha potestad normativa está sometida a la aprobación de la Junta de Regulación e informe previo de la Secretaria Permanente conforme establece el artículo 1 de la Resolución No. 004-2014 expedida por la referida Junta?”.

En lo pertinente, la Procuraduría se pronuncia de forma clara indicando que el organismo competente para emitir este tipo de regulación es la Junta de Regulación, diciendo:

“[...] Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con los artículos 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 42 y 49 de su

---

<sup>81</sup> Manual de Supermercados. Artículo 192.- Entregadas las mercaderías vendidas al comprador, éste no será oído en las reclamaciones sobre defecto de calidad o falta de cantidad, siempre que las hubiere examinado al tiempo de la entrega y recibido sin reserva. Cuando las mercaderías fueren entregadas en fardos o bajo cubierta que impidan su reconocimiento, y el comprador hiciera formal y expresa reserva de reclamación, podrá reclamar en los ocho días inmediatos al de la entrega las faltas de cantidad o defectos de calidad, acreditando, en el primer caso, que los cabos de las piezas se encuentran intactos, y en el segundo, que las averías o defectos son de tal especie que no han podido ocurrir en sus almacenes por caso fortuito, ni ser causados dolosamente sin que aparecieran vestigios del fraude. El vendedor puede exigir en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento íntegro en calidad y cantidad y en este caso no habrá lugar a reclamación después de entregadas las mercaderías.

Reglamento de Aplicación, la Junta de Regulación tiene expresamente conferida potestad para emitir regulaciones, esto es para expedir los actos normativos necesarios para reglar la conducta de los actores que intervienen en el mercado, tendientes a evitar el abuso de poder y demás prácticas restrictivas tipificadas en esa Ley; mientras que, la potestad normativa de la Superintendencia, se limita a la expedición de normas para dar operatividad al control que le compete, referido a las operaciones de concentración económica obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación a dicho Organismo, según el artículo 15 de esa Ley, así como a la expedición de normativa técnica general y normativa interna, de acuerdo con los numerales 6 y 16 de esa Ley, sin que esas normas puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. (lo subrayado me pertenece).

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, el procedimiento de expedición de normas, reglado por el artículo 1 de la Resolución 004 expedida por la Junta de Regulación, es aplicable para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para la expedición de normativa cuyos destinatarios sean los operadores del mercado sujetos al ámbito de esa Ley; dicho procedimiento no es aplicable para la expedición de normativa interna de la Superintendencia”.

Con los antecedentes expuestos en este apartado, puede concluirse que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado carece de facultad para emitir una norma como el Manual de Supermercados, por no corresponder a la operatividad de sus actividades de control, no ser una norma técnica, innovar y alterar el contenido de disposiciones legales jerárquicamente superiores, y contravenir disposiciones constitucionales.

### **3.2 La consecuencia de que el Manual contraría disposiciones de carácter superior es que carece de eficacia jurídica**

En base a las conclusiones mencionadas en el apartado precedente, se debe determinar la consecuencia jurídica de que él mismo hubiere sido emitido por autoridad incompetente y contrariando disposiciones de carácter superior pero primero cabe el análisis de frente a qué clase de acto de la Administración nos encontramos.

El Manual de Supermercados es un acto de la Administración con carácter normativo expedido mediante una resolución; de aquellos a los que la doctrina los llama *actos normativos*. Al respecto, Roberto Dromi señala:

“[...] el acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, a la par que aplica el derecho al hecho controvertido. Por otro lado, el acto normativo es una manifestación de voluntad excepcional de la administración que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado.”<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Dromi Roberto, “Derecho Administrativo”, Editorial Astrea, Argentina, 1992. p. 154.

Para el Jorge Zavala Egas la distinción fundamental entre:

“[...] normas o disposiciones con resoluciones o actos y los contratos administrativos es, precisamente, que las primeras configuran parte del Derecho Objetivo, pues, lo crea o lo reforma, mientras que las demás categorías (resoluciones o actos y contratos) son pura aplicación del mismo”<sup>83</sup>.

A criterio del jurista Rafael Oyarte un acto normativo es “ [...] la declaración de voluntad de órgano del poder public competente, que se manifiesta en la forma prevista por la Constitución, que contiene disposiciones que mandan, prohíben o permiten, cuyos preceptos tienen carácter de obligatoriedad general.”<sup>84</sup>.

Conforme lo señala el artículo 436 numeral 2 de la Constitución le atribuye a la Corte Constitucional el conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado y señala claramente que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

### **3.3 ¿Qué organismo tiene facultad para expedir este tipo de Manuales?**

Conforme se mencionó, según la Constitución y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es el poder ejecutivo el máximo rector de políticas públicas, a través de la Junta de Regulación de Poder de Mercado, conformada por los ministros a cargo de la Producción, de Sectores Estratégicos, Desarrollo Social y Política económica .

La Superintendencia por su parte, sería el órgano encargado del control y aplicación de la ley, y se pertenece y nombra a través de la Función de Transparencia y Control Social.

La ley, en sus artículos 35, 36, 37, 38 y 44, establece las facultades de cada uno de estos órganos, mismas que respecto de la Junta de Regulación, son aclaradas en los arts.42, 49 y 50 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y

---

<sup>83</sup> Jorge Zavala Egas, Lecciones de Derecho Administrativo, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011, pp. 327 y 328.

<sup>84</sup> Oyarte Martínez, Rafael. La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos> . Acceso (5/11/15)

Control del Poder de Mercado. A continuación, se cita las partes referentes a facultades normativas del Art. 42 de la LORCPM:

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

- a) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento;
- b) Expedir documentos de guía y lineamientos respecto a los métodos de análisis de mercados y mercados relevantes;
- c) Expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la Ley;

De la lectura del texto normativo, se observa que la separación entre ambos órganos es bastante clara, sin embargo, los ya referidos artículos 37 y 44 que conceden ciertas facultades normativas a la Superintendencia, han sido utilizadas por la misma para emitir “Normas Técnicas” y los denominados “Manuales de Buenas Prácticas Comerciales” en forma de resoluciones de carácter general.

Estos manuales y Normas técnicas, entrarían en contradicción con lo dispuesto expresamente por el artículo 49 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice respecto de la regulación sectorial:

“Art. 49.- Regulación sectorial.- La regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura en cada uno de los sectores regulados corresponderá a la agencia de regulación y control o al órgano del poder público competente para emitir dicha regulación de conformidad con la ley.

La regulación para la aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados corresponderá a la Junta de Regulación.

El juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.”

De la lectura del Manual de Supermercados -y los proyectos de manual de buenas prácticas comerciales para los sectores farmacéutico, de vehículos y conexos, de ventas multinivel y de Trabajadores Autónomos Independientes- se aprecia que su contenido normativo se enmarcaría en los supuestos establecidos en el artículo 50 del Reglamento a la LORCPM referente a ámbitos de la regulación sectorial, por lo que su emisión sería exclusivamente competencia de la Junta de Regulación. Se cita el

contenido del mencionado artículo 50 a fin de mostrar esta aparente extralimitación de su competencia por parte de la Superintendencia:

Artículo 50.- Ámbitos de la regulación sectorial.- La regulación sectorial incluirá al menos los siguientes ámbitos:

- a) Regulación económica, consistente en adoptar medidas para establecer tarifas o precios regulados, evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder de mercado o garantizar el acceso de los usuarios a los servicios públicos.
- b) Regulación técnica, consistente en establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad, la calidad del servicio y solucionar las cuestiones relacionadas con la seguridad y el medio ambiente.
- c) Regulación del acceso, consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que constituyan facilidades esenciales.

A manera de ejemplo, se puede citar los artículos 9, 10, 19 y Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del Manual referente a Supermercados, en los que se establecen plazos de pago obligatorios por categorías de proveedores, obligación de un porcentaje de compras mínimas a cierto tipo de operadores (Economía Popular y Solidaria y MIPYMES), así como obligación de concesión y exhibición en cabeceras de góndola para proveedores de la Economía Popular y Solidaria y MIPYMES, y de concesión gratuita de islas y exhibidores especiales para proveedores de la Economía Popular y Solidaria.

Estos ejemplos muestran claramente que a través del Manual de Supermercados, se ha establecido regulaciones sectoriales de tipo económico y de acceso, facultad que según los citados artículos 49 y 50 del Reglamento a la LORCPM le corresponden exclusivamente a la Junta de Regulación, y no a la Superintendencia. Sin embargo, en cuanto ciertas disposiciones podrían contravenir normas constitucionales, o requerirían ser establecidas mediante ley –como la obligación de compras mínimas por ejemplo– éstas tampoco serían facultad de la Junta de Regulación.

### **3.4 El remedio jurídico.**

En virtud de que nos encontramos frente a una anomalía jurídica de un acto normativo que carece de eficacia jurídica por haber sido emitido por una autoridad incompetente y que viola varios preceptos jurídicos bajo reserva de ley se debe analizar cuales serían los posibles remedios jurídicos que hasta el límite de mi conocimiento a la fecha no han sido presentados ante los distintos entes de justicia.

Según el artículo 83 constitucional, los ciudadanos son responsables de acatar las decisiones legítimas de autoridad competente<sup>85</sup>. Es así que un acto normativo de la Administración – cuando se tiene la competencia para emitirlo – tiene efectos erga omnes. Por lo anteriormente señalado, nos encontramos frente a un acto normativo expedido por una autoridad que carece de competencia para emitirlo.

Es necesario valorar entonces el acto normativo emitido por autoridad que carece de competencia para emitirlo. La doctrina<sup>86</sup> reconoce que existen tres problemas a la hora de valorar un acto normativo: su justicia, su validez y su eficacia. Respecto a la primera valoración hace referencia a la distinción entre el deber ser y el ser (lo que deriva en un problema deontológico, la segunda – que hace referencia a su validez - tiene que ver con la existencia misma de la norma y aborda cuestiones referentes a la forma de emisión de la norma y el órgano que la emite, su derogatoria y su conformidad con la normativa constitucional (por ende aborda un problema de índole ontológica). Finalmente el tercer problema –que tiene que ver con la eficacia del acto normativo- hace mención a su cumplimiento o incumplimiento (nos encontramos frente un problema de fenomenología del derecho).

De acuerdo a la doctrina pues, nos encontramos frente a un problema ontológico del Derecho que deriva en que el Manual de Supermercados sea un acto normativo que carece de eficacia jurídica por haber sido emitido por autoridad incompetente para hacerlo.

El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA) señala:

También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

---

<sup>85</sup> Constitución de Ecuador. Artículo 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente

<sup>86</sup> Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho, Santa Fé de Bogotá-Colombia, Ed. TEMIS S.A., 1999, p. 20-22.

Los actos normativos tienen per se el carácter de generales. El que un acto normativo haya sido expedido por una autoridad que carece de competencia para hacerlo infringe el artículo 83 numeral 1 de la Constitución..

Por su parte, el artículo 3 inciso segundo de la LJCA señala que el recurso objetivo tutela el cumplimiento de una norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción solicitando al tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

El artículo 65 inciso segundo de la misma norma establece que el plazo para proponer la demanda de recurso objetivo será de tres años contados desde la notificación – en este caso desde la expedición de la última reforma al Manual de Supermercados que es el 30 de diciembre de 2014 – a fin de garantizar la seguridad jurídica.

El emitir el acto normativo que contiene el Manual de Supermercados no es competencia de la Superintendencia, por ende el acto normativo es ineficaz jurídicamente.

Por estas razones, habiendo establecido que la Superintendencia carece de competencia en razón de la materia para emitir un acto normativo de las características del Manual de Supermercado, sostengo que el mismo carece de eficacia jurídica.

### **3.4.1 La acción de inconstitucionalidad**

Un posible remedio jurídico ante el desequilibrio causado por el Manual de Supermercados, para un acto normativo emitido por una autoridad incompetente, es la declaratoria de su inconstitucionalidad, a través de la interposición de una acción de inconstitucionalidad.

La Constitución en su artículo 84 establece las denominadas garantías normativas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, diciendo:

Artículo 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Esta garantía, íntimamente ligada con el principio de legalidad, subyace al control constitucional al que están sujetas las actuaciones de las instituciones públicas emisoras de actos normativos y administrativos, a fin de que guarden armonía con la Constitución, por lo que cualquier actuación de los órganos del Estado puede ser impugnada en vía administrativa y judicial según el artículo 173 de la Constitución.

Este tipo de acción se dirige a eliminar las incompatibilidades entre la Constitución y las demás normas de rango inferior, en virtud del principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>87</sup>.

Además del control jurisdiccional que se analizará en el siguiente apartado correspondiente al recurso objetivo, el control constitucional de los actos normativos se ejerce por medio de la acción de inconstitucionalidad, como mecanismo de control abstracto de constitucionalidad establecido en el artículo 436 numeral 4 de la Constitución, que expresamente señala:

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

En concordancia, el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece dentro de las competencias de la Corte Constitucional el resolver las acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra de actos normativos y administrativos de carácter general.

La Corte Constitucional se ha referido al control abstracto de constitucionalidad sobre actos normativos de carácter general, diciendo que:

“Dicho control consiste en revisar, verificar y comprobar que las normas del sistema jurídico estén en armonía con los preceptos constitucionales tanto en el fondo cuanto en la forma; para ello, se debe efectuar el control abstracto de constitucionalidad, mismo que permite someter a la norma que se presume

---

<sup>87</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 84.- Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009

inconstitucional a una valoración, independientemente de cualquier acto específico de su aplicación, una vez que la norma ha entrado en vigencia. Por medio de dicho análisis, se examina la norma en cuestión frente a los valores, principios y reglas establecidos en la Constitución de la República, para así impedir que cualquier norma promulgada, ya sea por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas, entren en contradicción con la Norma Suprema.

En este sentido, el control que se realiza de la norma, desde el punto de vista formal, se efectúa con el objetivo de determinar si durante el proceso de formación de la norma se cumplió con el procedimiento establecido en la Constitución y la ley; mientras que en el control de constitucionalidad de una norma por el fondo, se analiza el contenido general de la misma o de alguno de sus preceptos, para así poder determinar si su contenido transgrede derechos, principios o reglas consagrados en la Constitución de la República.<sup>88</sup>

El plazo para interponer este tipo de acción depende de si la inconstitucionalidad alegada se basa en razones de fondo o de forma. El artículo 78 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que en caso de que la acción sea deducida por razones de contenido, las acciones pueden ser interpuestas en cualquier momento, mientras en el caso de que se fundamente en razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia. En el caso del Manual de Supermercados, aún cumplido un año de vigencia puesto que fue reformado el 30 de diciembre de 2014. Sin embargo, sostengo que se podría optar por una acción de inconstitucionalidad por razones de fondo, en base a las contradicciones con el derecho de libertad reconocido en el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución que establece que “ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”, especialmente respecto de la obligación de compras mínimas, prohibición de cobro por espacio en percha y prohibición de devoluciones, por lo que podría presentarse en cualquier momento.

Cabe resaltar que al plantearse esta acción, puede solicitarse la suspensión condicional de la norma presuntamente inconstitucional con base en el artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual por los efectos prácticos del Manual de Supermercados en las actividades diarias de los operadores económicos, podría ser aplicable.

---

<sup>88</sup> Corte Constitucional del Ecuador. SENTENCIA No. 026-15-SIN-CC CASO No. 0022-15-IN Resolución de la Corte Constitucional 26, Registro Oficial Suplemento 575 de 28 de Agosto del 2015.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad rigen hacia el futuro, y únicamente por excepción y a criterio de la Corte, se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

### **3.4.2 Recurso contencioso administrativo: anulación del Manual de Supermercados a través del recurso objetivo.**

Al ser el Manual de Supermercados acto normativo dictada por autoridad no competente, es procedente el recurso constante en la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece el recurso objetivo o de anulación.

En estricto sentido jurídico, es procedente el recurso objetivo o de anulación en contra del Manual de Supermercados. Según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal<sup>89</sup>

A criterio de Jaime Santofimio “El recurso objetivo, es un recurso de control jurisdiccional fundado en la violación a reglas de derecho, a través del cual no se puede obtener reconocimiento alguno de derechos subjetivos, sino básicamente la permanencia del principio de legalidad<sup>90</sup>”.

En concordancia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dijo en su sentencia de 10 de enero de 1996 señaló:

El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda a criterio de los litigantes determinar la clase de

---

<sup>89</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 3. Registro Oficial 338 de 18-mar-1968

<sup>90</sup> Santofimio, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Tomo III, p.37

recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de qué recurso se trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley<sup>91</sup>.

Este recurso puede interponerse por quien tenga interés directo, aunque no haya sido afectado en un derecho subjetivo, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

La nulidad reconocida en sentencia a raíz de este recurso, tiene efecto erga omnes, cubriendo así a todos los administrados afectados por el acto normativo.

En el caso del Manual de Supermercados, el equilibrio jurídico roto por la emisión de esta norma en violación del ordenamiento jurídico superior y por autoridad incompetente, se restablecería a través de la anulación judicial dictaminada en sentencia tras la presentación de un recurso objetivo, sin embargo, debemos analizar los incentivos para interponer este recurso y los riesgos que su interposición implicaría.

Como se expuso, en el recurso objetivo la sentencia de anulación es declarativa. Por lo dicho, si lo que se pretende es la anulación del Manual de Supermercados, lo correspondiente es presentar un recurso de tipo objetivo. Lamentablemente, la tramitación de este tipo de recurso es demorada, por lo que los incentivos para que un operador económico regulado lo interponga son bajos.

En términos procesales se deberá pues impugnar la resolución que contiene el Manual de Supermercados. Lamentablemente, en materia de la LORCPM, este recurso tiene solamente efecto declarativo, y conlleva las siguientes consecuencias:

Artículo 69.- Acción contenciosa.- [...]

El recurso contencioso de nulidad u objetivo se podrá proponer dentro del plazo de tres años desde la vigencia del acto recurrido. Este recurso sólo tendrá efecto devolutivo y no suspensivo.

La acción de protección sobre los actos emitidos por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no procede en los casos establecidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La reclamación o recurso presentado no suspende la investigación iniciada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”

---

<sup>91</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. p. 1379, Quito, 10 de enero de 1996.

De la lectura de este artículo, se aprecia que mientras se tramite el recurso contencioso, los operadores económicos estarían obligados a acatar lo dispuesto en el Manual de Supermercados.

#### 4. CONCLUSIONES:

En base a los argumentos expuestos a lo largo del presente trabajo, sostengo las siguientes afirmaciones y conclusiones:

- **El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores innova y altera el contenido de normas jurídicas jerárquicamente superiores.**

El Manual de Supermercados no solamente la LORCPM, sino además el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Orgánico Monetario y Financiero, y la Ley de Comercio Electrónico.

La LORCPM es innovada en cuanto establece medidas de acción afirmativa para un tipo de proveedores específico –pronto pago, compras obligatorias, mejores espacios de exhibición en percha sin costo- que no se encuentran contempladas en la ley, estableciendo condiciones más favorables para cierto tipo de operadores, que a la vez constituyen obligaciones para otros operadores sin que se haya acreditado ni su poder de mercado, ni se haya establecido un mercado relevante, ni se haya analizado las posibles conductas anticompetitivas o sus posibles justificaciones.

El Código Civil es alterado al prohibirse en el Manual el pacto de retro venta, que está expresamente regulado por este código en su Art. 1821. Al ser una modalidad contractual nominada en un cuerpo legal, mal puede desconocérsela o prohibírsela a través de un Manual contenido en una resolución de un ente regulador administrativo.

El Código de Comercio es alterado al prohibirse en el Manual la devolución de mercancías se encuentra expresamente regulada y permitida por el Código de Comercio, especialmente su artículo 192 que regula la devolución de mercancías tras su entrega, y faculta al comprador a reservarse el derecho de devolverlas si no las ha inspeccionado al momento de su recepción, en especial cuando fueren entregadas en fardos o contenedores.

El Código Orgánico Monetario y Financiero es innovado al establecerse plazos máximos de pago a cierto tipo de proveedores, consistiendo este plazo en una operación de crédito comercial directo, cuya regulación corresponde únicamente a la Junta de Política Monetaria y Financiera creada por dicho código.

- **El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores no es una norma técnica general.**

El Manual de Supermercados no es una norma técnica, pues no tiene por objeto establecer un conjunto de procedimientos o recursos propios de una ciencia, que en este caso específico sería el derecho de la competencia, aplicado al sector a regularse, en este caso el de comercio minorista en modalidad de autoservicio (supermercados).

Tampoco establece motivadamente las razones para tender a la estandarización o normalización de una o varias prácticas en el sector, a pesar de que establece como obligatorias algunas prácticas –como la celebración de contratos o la publicación de precios en portales web-, lo que llevaría a que las mismas se generalicen entre los operadores económicos regulados. Finalmente, el Manual altera e innova el contenido de la LORCPM, su Reglamento y el de otros cuerpos legales, como se expuso previamente.

- **La Superintendencia de Control del Poder de Mercado no tiene facultad legal para emitir el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y sus Proveedores.**

Las facultades de la Superintendencia en cuanto a emisión de normas se limitan a su normativa interna, normativa técnica general, y normas para operativizar sus actividades de control, como lo ha reconocido la Procuraduría General del Estado, por su parte, la regulación sectorial le corresponde a la Función Ejecutiva a través de la Junta de Regulación.

Habiéndose descartado que el manual sea una norma técnica general, y siendo evidente que no es una norma de carácter interno de la Superintendencia, del análisis de su contenido se aprecia que el mismo consiste en una regulación acerca de las operaciones comerciales de un sector económico específico, como es el de los supermercados y sus proveedores. Al ser una regulación de carácter sectorial, es claro el texto del Reglamento a la LORCPM al establecer en su artículo 49 que este tipo de normativa son facultad exclusiva de la Junta de Regulación.

- **El Manual de Supermercados carece de eficacia jurídica, por haber sido emitido por autoridad incompetente.**

Al haber sido emitido por una autoridad que carece de competencia para ello en razón de la materia, el Manual es ineficaz. La vigencia del principio de legalidad y de la jerarquía de las normas jurídicas que son alteradas o contravenidas por el Manual conforme se expuso, exige la anulación del mismo. Según la LJCA al ser emitido por autoridad incompetente, el Manual no es susceptible de convalidación.

- **El Manual de Supermercados y las Normas Regulatorias no pueden coexistir**

Se ha probado que las Normas Regulatorias dictadas por la Junta de Regulación no son complementarias al Manual de Supermercados, por contradecirlo directamente en temas de suma importancia como ser los porcentajes de compras mínimas a proveedores de la Economía Popular y Solidaria y MIPYMES, los plazos máximos de pago para este tipo de proveedores, entre otras, que no pueden ser cumplidas al mismo tiempo por los operadores regulados. Se ha demostrado con ejemplos que en ciertos casos el cumplir con las Normas Regulatorias implica incumplir con el Manual, y viceversa, por lo que existe una afectación directa a la seguridad jurídica.

- **El remedio jurídico para este problema jurídico es el recurso objetivo o la declaratoria de inconstitucionalidad**

Conforme se analizó en el capítulo tercero, el Manual puede ser anulado por medio de un recurso contencioso administrativo de tipo objetivo, a fin de restaurar la vigencia del principio de legalidad y jerarquía de las normas, afectado por su ilegal emisión por autoridad incompetente. Asimismo, al contrariar disposiciones constitucionales como ser el derecho a no ser obligado a hacer lo que la ley prohíbe, ni a no hacer lo que la ley permite, puede ser declarado inconstitucional a través de la interposición de una acción de inconstitucionalidad por el fondo.

Cabría también la interposición de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo en caso de que se aplicare una sanción por incumplimiento del Manual, pues así se estaría afectando un derecho subjetivo. La acción de inconstitucionalidad por la forma, prescribiría el 30 de diciembre de 2015, día en que se cumple un año de la publicación en el registro oficial del Manual Reformado.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Doctrina

1. Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, Santa Fé de Bogotá-Colombia, Ed. TEMIS S.A., 1999.
2. Davis, K.C. “Presidential Control of Rulemaking”, 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982).
3. Douglas, W. “We, the Judges: Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjea”, ed. Garden City, New York, 1956.
4. Echeverría, Julio. “El estado en la nueva Constitución”, La Nueva Constitución del Ecuador. Andrade, Santiago et. Al, editores. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Quito- Ecuador, 2008.
5. Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973); Angland J. (dir.), “Antitrust Law Developements”.
6. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid, 2004.
7. Gómez Segade, José A. y Manuel Botana Agra. Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI. Santiago de Compostela: USC, 2006.
8. Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. “The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission’s Rulemaking and Enforcement Authority”, 58 Wash. U.L.Q.847(1980).
9. Loma-Osorio, Diego (coordinador). Tratado de Derecho de la Competencia. Thomson Reuters. Ed. Aranzadi, 2013.
10. Marat Paredes M. y Raúl Rodríguez L., “El Principio de Reserva de Ley en materia tributaria”. México, Porrúa, 2001.
11. Marín Sevilla, Marcelo y Juan Carlos Riofrío. Régimen de Competencia. Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 3 (2012/2013), págs. 221-225. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794
12. Morales T, Marco. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.
13. Ortiz Blanco, Luis y Rosario Leon. Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación. Volumen IV. Madrid: Dykinson, 2003.
14. Oyarte Martínez, Rafael. La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos.

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos> .

15. Santofimio, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Tomo III.
16. Schellingerhout, Ruben. "Standard-setting from a competition law perspective" Competition policy Newspaper. Number 1. Brussels, 2011. [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011\\_1\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011_1_1_en.pdf)
17. Schwartz, B. "Administrative Law" ed. Little, Brown &Co., Toronto, 1991.
18. Vallejo Fabara, Nelson. Evaluación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Tesis, Diciembre de 2012. Disponible en <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1747/1/106376.pdf>.
19. Zavala Egas. Jorge. Lecciones de Derecho Administrativo, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011, pp. 327 y 328.

## **2. Normas**

1. §551 (5) Administrative Procedure Act – 5 USC 551 (4).
2. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio de la Organización Mundial de Comercio. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf)
3. Administrative Procedure Act – 5 U.S.C. 551 (4)
4. Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre del 2014.
5. Constitución del Ecuador. Registro Oficial Nro. 800. 27 de Marzo de 1979
6. Constitución del Ecuador. Registro Oficial número 1, Gaceta Constitucional, de fecha 11 de agosto de 1998.
7. Constitución ecuatoriana. Registro Oficial # 449 de 20 de octubre de 2008.
8. Decreto Ejecutivo 1614. "Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN". Registro Oficial No. 558 - Viernes 27 de Marzo de 2009.
9. Decreto Ejecutivo 757, publicado en el Suplemento 450 del Registro Oficial de fecha 17 de mayo de 2011, reformado en fecha 17 de julio de 2015.
10. Ley de Comercio Electrónico. Registro Oficial 557-S, 17-IV-2002.
11. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 de 18-mar-1968
12. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009

13. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial-Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011.
14. Magnum Moss Act-15 USC 57a (a) (1) (A), (B) (1994)
15. Norma Técnica SCPM-NT-2013-002. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Norma-T%C3%A9cnica-2.pdf>
16. Norma Técnica SCPM-NT.2013-001. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Norma-T%C3%A9cnica.pdf>
17. Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
18. Resolución 047-SCPM-CRPI-2014 de Superintendencia de Control del Poder de Mercado de 12 de febrero de 2015. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/02/crpi-47.pdf>
19. Resolución SCPM-CRPI-2015-009 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de 18 de marzo de 2015. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/resolucion-2015-19.pdf>
20. Subsection 18 (e) Federal Trade Commission Act – 15 USC § 57 a (e) (1) (A)2
21. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. C83/47 de 30 de marzo de 2010. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
22. USC Tomo 15 Sección 57 a (e) (1) (A) (1994).

### **3. Jurisprudencia**

1. California State Bd of Optometry v. Federal Trade Commission, 910 F.2d 976 (D.C. Cir. 1990).
2. Corte Constitucional del Ecuador. SENTENCIA No. 026-15-SIN-CC CASO No. 0022-15-IN Resolución de la Corte Constitucional 26, Registro Oficial Suplemento 575 de 28 de Agosto del 2015. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de Mayo de 2001, Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6.
3. Corte Suprema Estadounidense. Eastman Kodak co. v. Image Technical services, inc 504 U.S 451 (1992).
4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. p. 1379, Quito, 10 de enero de 1996.

5. Tribunal de Defensa de la Competencia. RESOLUCIÓN (Expte. r 549/02 ASISA) 3 de junio de 2003. Disponible en [http://www.unizar.es/departamentos/derecho\\_empresa/primer\\_segundo\\_ciclo/titulaciones/documents/26\\_7.pdf](http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/primer_segundo_ciclo/titulaciones/documents/26_7.pdf)

#### 4. Otros

1. Boletín de prensa donde se presenta este Manual de Buenas Prácticas Comerciales para vehículos. <http://www.scpm.gob.ec/superintendencia-de-control-del-poder-de-mercado-presenta-el-proyecto-del-manual-de-buenas-practicas-comerciales-para-vehiculos/>.
2. Boletín de prensa No.123, 30 de Octubre de 2014. “Superintendencia emite ciertas aclaraciones al manual de buenas prácticas comerciales para el sector de los supermercados y/o similares y sus proveedores. Disponible en <http://www.scpm.gob.ec/superintendencia-de-control-del-poder-de-mercado-emite-ciertas-aclaraciones-al-manual-de-buenas-practicas-comerciales-para-el-sector-de-los-supermercados-yo-similares-y-sus-proveedores/>.
3. Boletín de prensa sobre el Manual de Buenas Prácticas para Vendedores Autónomos Independientes. <http://www.scpm.gob.ec/manual-sector-de-ventas-yo-mercadeo-a-traves-de-vendedores-autonomos-independientes/>
4. Boletines de prensa sobre el Manual para el sector Farmacéutico. <http://www.scpm.gob.ec/?s=manual+farmacias>.
5. Borja, Jaime, Ponencia Seminario “Economía Popular y Solidaria: Manual de Buenas Practicas para Supermercados” <https://www.youtube.com/watch?v=vEq-XOIFgY>
6. Carminiagni, Eduardo. Orden casa adentro. <http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=7608727&idcat=38475&tipo=2>.
7. Diario El Comercio. Un nuevo documento para regular la relación entre supermercados y proveedores. <http://m.elcomercio.com/articulo/actualidad/documento-relacion-supermercados-proveedores>
8. Listado de Manuales y Proyectos de Manuales. <http://www.scpm.gob.ec/manuales-2/>
9. Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). <http://dle.rae.es/?w=innovar&m=form&o=h>
10. Reyes, John y Jaime Borja. Estudio El sector de los supermercados en el Ecuador. Intendencia de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/PONENCIA-3-Supermercados.pdf>