

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La validez de la disposición de la Resolución 008 de la
Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado
relativa a las marcas propias.**

Artículo Académico

Oriana Marcela Jácome Vega

Jurisprudencia

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de abogada

Quito, 17 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"La validez de la disposición de la Resolución 008 de la Junta de Regulación de Control del Poder de mercado relativa a las marcas propias.

Oriana Marcela Jácome Vega

Dr. Xavier Andrade
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación

Dra. Sophia Espinosa
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Oswaldo Santos Dávalos
Director del Trabajo de Titulación

Quito, 09 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
INFORME DE TRABAJO DE TITULACIÓN
INFORME DEL DIRECTOR

Estudiante: Oriana Jácome Vega
Denominación del trabajo de titulación: "La validez de la disposición de la Resolución 008 de la Junta de Regulación de la ley de Regulación y Control del Poder de Mercado relativa a las marcas propias".
Nombre del director: Oswaldo Santos Dávalos
Fecha del informe: 2 de marzo de 2016

El trabajo de titulación se califica sobre 100 puntos, la nota mínima para aprobar es de 71 puntos en cada informe.

El trabajo de titulación es un ensayo jurídico de 40 a 60 páginas (sin considerar portada, índice y bibliografía)

Criterio de evaluación	Puntaje máximo	Puntaje obtenido	Comentarios
Problema e hipótesis	15	13	
1. La hipótesis es trascendente y viable	6	4,5	La hipótesis es buena, pero no es en extremo trascendente. A pesar de que la medida impuesta por la Junta es injustificada, el costo transaccional de implementarla no es significativo.
2. Se presenta de forma clara un problema jurídico, tiene relevancia y es de actualidad	5	4,5	El problema fue presentado de forma clara y es de actualidad pero, como se explicó antes, podría ser más relevante.
3. El problema jurídico se encuentra contextualizado, delimitado	4	4	El problema está debidamente delimitado.
Estructura	20	18,5	
4. En la introducción se presentan breve y claramente la hipótesis y los temas a tratar para justificar la hipótesis	5	5	La estructura de la introducción es buena.
5. Utiliza lenguaje y términos jurídicos correctos	5	4	Hay algunas imprecisiones

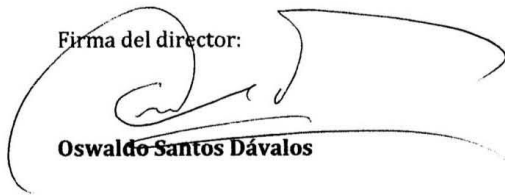
			conceptuales, especialmente en el primer capítulo. Otras distinciones son un tanto vagas (v. gr. La distinción entre competencia en sentido económico y competencia en sentido jurídico).
6. Se usan de forma correcta la ortografía y la sintaxis	10	9,5	Por regla general, la ortografía y la sintaxis son buenas
Argumentación	40	33	
7. Los argumentos expuestos tienen coherencia: hay relación entre la introducción, los argumentos en el cuerpo del trabajo y las conclusiones	10	9	La estructura de la mayor parte de argumentos, por sí solos, es buena; se puede comprender qué razones tiene la estudiante para llegar a la mayor parte de sus conclusiones.
8. Es posible identificar líneas claras de argumentación en cada sección y existe un hilo conductor en las distintas secciones del trabajo	5	4	A pesar de que la estructura de los argumentos, <i>por sí solos</i> , es buena, la estructura de toda la argumentación en ocasiones es confusa. Por ejemplo, la estudiante trata las vulneraciones al principio de legalidad en un acápite en el que también se hace alusión al derecho a la seguridad jurídica. Sí existe un hilo conductor entre las distintas secciones del trabajo.
9. Los argumentos tienen algún grado de originalidad y creatividad	5	4	La sustancia de los argumentos es aceptable, pero podría mejorar. Por ejemplo, su exposición sobre la vulneración al derecho de libertad de contratación habría necesitado de un análisis más profundo.
10. Se pueden identificar ideas propias y ajenas, así como	5	3	Éste es, quizás, el aspecto más débil de todo el

contra-argumentos para justificar su posición			trabajo de titulación. No encontré siquiera un argumento sobre por qué las disposiciones sobre marcas propias serían deseables o estarían justificadas, a pesar de que en más de una ocasión se pidió a la estudiante incluirlas.
11. Los argumentos expuestos son pertinentes y suficientes para sustentar la hipótesis	10	8	Los argumentos sí son pertinentes pero dudo sobre si son suficientes.
12. Las conclusiones se encuentran formuladas de forma correcta y permiten entender los hallazgos del investigador	5	5	Las conclusiones son claras.
Investigación	25	20,5	
13. En el texto se puede verificar dominio del tema y rigor conceptual	10	7,5	En general, la estudiante tiene un conocimiento aceptable del tema. Sin embargo, estimo que la fundamentación de ciertas partes (y, en particular, del primer capítulo) habría podido ser más técnica. Por ejemplo, la exposición sobre los antecedentes de los abusos en situación de dependencia económica habría requerido mayor trabajo. Además, ciertas distinciones que hace la estudiante son poco sustantivas. También hay algunas imprecisiones conceptuales (v. gr. al explicar la diferencia entre autonomía de la voluntad y libertad de contratación).
14. El trabajo tiene diversidad y calidad de fuentes	5	5	La estudiante recabó una muy buena cantidad de fuentes.
15. Se demuestra un uso adecuado de las fuentes	5	4,5	Con pocas excepciones, las fuentes están

			adecuadamente utilizadas.
16. Suficiencia y actualidad de las fuentes usadas para justificar la hipótesis	5	3,5	Dado que la estudiante no abordó todos los argumentos que habrían sido necesarios para corroborar su hipótesis, sigue que habría debido buscar más fuentes para justificarla.
PUNTAJE TOTAL	100	85	

En resumen: la estudiante hizo un muy buen esfuerzo pero estimo que ciertas partes de su análisis ameritarían mayor trabajo.

Firma del director:



Oswaldo Santos Dávalos

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:	_____
Nombres y apellidos:	Oriana Marcela Jácome Vega
Código:	00103740
Cédula de Identidad:	1715928628
Lugar y fecha:	Quito, abril 2016

A mis padres, mi hermano y abuelas, por todo su tiempo, esfuerzo y apoyo incondicional, por impulsarme a cumplir mis sueños

Agradezco a Oswaldo, por todo su tiempo y dedicación al asesorarme en la elaboración de este trabajo.

Agradezco a mis amigas Beatriz, Sheila, Ana María, Andrea, Viviana, Lorena, Anardis, Isabella y Cristina por su amistad y su apoyo incondicional durante la carrera.

Resumen

En este trabajo se analiza la validez de los artículos 6 y 9 de la Resolución 008 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ambos atinentes a las marcas propias. La Junta de Regulación fue facultada por la ley para crear actos normativos como la resolución como instrumento regulador del sector de supermercados y proveedores. Sin embargo, en las disposiciones mencionadas de la resolución se impone a los supermercados la obligación de realizar contratos independientes con sus proveedores de marca propia. Este trabajo de titulación explica por qué tales normas contrarían el principio de legalidad, el principio de libertad de contratación y de empresa y la Constitución. La consecuencia es que dichas disposiciones carezcan de validez.

Abstract

The present dissertation analyzes validity of Resolution 008 enacted by the Regulatory Board of the Market Power Control and Regulation Act. It assesses in particular the provisions regarding private labels (Article 6 and 9). Pursuant to those provisions; supermarkets are obliged to subscribe independent contracts with their suppliers of products sold with private labeling. This dissertation will discuss why, in so doing, the Regulatory Board has surpassed the scope of its attributions by breaching the principle of legality, the principle of freedom of contract, enterprise and the Constitution.

Tabla de contenido

<u>ABREVIATURAS</u>	<u>10</u>
<u>1 INTRODUCCIÓN</u>	<u>11</u>
<u>2 CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA RESOLUCIÓN 008</u>	<u>12</u>
2.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?	12
2.1.1 COMPETENCIA EN SENTIDO ECONÓMICO Y JURÍDICO	13
2.1.2 COMPETENCIA PERFECTA E IMPERFECTA	14
2.1.3 EL DERECHO A COMPETIR COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	15
2.1.4 LIBRE COMPETENCIA Y SUS OBJETIVOS GENERALES.....	15
2.2 ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?.....	17
2.2.1 PRINCIPIO DEL DERECHO DE COMPETENCIA	17
2.2.2 PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ENTRADA.....	18
2.2.3 PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA.....	19
2.2.4 PRINCIPIO DE ESCOGENCIA Y PREFERENCIA	20
2.2.5 LIBERTAD DE PRECIOS Y SERVICIOS	21
2.2.6 PRINCIPIO DE EFICACIA DEL APARATO PRODUCTIVO NACIONAL.....	21
2.3 PRÁCTICAS DE ABUSOS DE PODER DE MERCADO EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA	22
2.4 JUNTA DE REGULACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.25	
2.4.1 ¿CUÁL ES EL ORIGEN DE LA JUNTA DE REGULACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO?	26
2.4.2 ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN 008?	27
2.4.3 ¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS DE LA RESOLUCIÓN 008?	28
<u>3 CAPÍTULO II: TEORÍA DE LAS MARCAS PROPIAS</u>	<u>29</u>
3.1 MARCAS PROPIAS	29
3.1.1 ORIGEN	29
3.1.2 DEFINICIÓN	31
3.1.3 FUNCIÓN.....	32
3.1.3.1 Funciones secundarias y efectos de la marca.....	33

3.1.4	VENTAJAS PARA EL CONSUMIDOR	35
3.1.4.1	Características de la marca propia	35
3.1.4.1.1	Precio	36
3.1.4.1.2	Calidad	36
3.1.4.1.3	Imagen	37
3.1.4.2	Bien sustituto	37
3.1.5	LAS MARCAS PROPIAS EN EL DERECHO ECUATORIANO	38
3.1.5.1	Supermercados ecuatorianos	38
3.1.5.2	Tratamiento en el Derecho comparado.....	39
3.2	FUNCIONES Y ROLES DE LOS PROVEEDORES Y DISTRIBUIDORES.....	42
3.2.1	ESTRUCTURA DEL MERCADO:	42
3.2.1.1	Distribuidores.....	42
3.2.1.2	Proveedores.....	44
3.2.1.2.1	Beneficios de la producción de marcas propias	44
3.2.1.2.2	Riesgos de la producción de marcas propias.....	45
3.3	MARCAS PROPIAS DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA	45
3.3.1	VENTAJAS.....	46
3.3.2	DESVENTAJAS	46
4	<u>CAPÍTULO III: LA RESOLUCIÓN 008 RESPECTO A PRINCIPIOS Y DERECHOS</u>	
	<u>FUNDAMENTALES.....</u>	<u>49</u>
4.1	POSICIÓN VULNERABLE DE LOS PROVEEDORES.....	49
4.2	CONTRATOS DE PRODUCCIÓN INDEPENDIENTES	51
4.2.1	RELACIÓN DE DEPENDENCIA	54
4.3	PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	55
4.3.1	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA?	55
4.3.1.1	El reconocimiento del principio de legalidad en la Constitución.....	57
4.3.1.2	¿Coarta la Resolución 008 el principio de legalidad?	59
4.3.2	DERECHOS FUNDAMENTALES	59
4.3.2.1	¿En qué consiste el derecho a la libertad de contratación?.....	59
4.3.2.1.1	Contrato	60
4.3.2.1.1.1	Autonomía de la voluntad contractual	60
4.3.2.1.1.2	Libertad de configuración interna	62

4.3.2.1.2	El reconocimiento del derecho de la libertad de contratación en la Constitución. .	63
4.3.2.1.3	¿Coarta la Resolución 008 el derecho a la libertad de contratación?	63
4.3.3	¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA?	64
4.3.3.1	Libertad económica	66
4.3.3.2	Reconocimiento del derecho de la libertad de empresa en la Constitución.....	66
4.3.3.3	¿Coarta la Resolución 008 el derecho a la libertad de empresa?.....	68
4.3.3.4	El concepto de barrera burocrática irracional e ilegal y la protección jurídica de la libertad de empresa.	69
5	<u>CONCLUSIÓN</u>	<u>71</u>
6	<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>74</u>
6.1	DOCTRINA.....	74
6.2	LEGISLACIÓN	78
6.3	JURISPRUDENCIA.....	79

Abreviaturas

Const.	Constitución de la República del Ecuador
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial
IMPSCBPCSC	Instructivo para el Monitoreo de la Promoción Semestral de la Competencia y Buenas Prácticas Comerciales del Sector de Supermercados
JRLORCPM	Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LODC	Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
Cc.	Código Civil Ecuatoriano

1 Introducción

La Función Ejecutiva, como rectora de políticas públicas, creó la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en el 2011, con la finalidad de controlar y asegurar la correcta aplicación de la ley. Entre las funciones de la Junta, según lo que establece el artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, está la de emitir normas de carácter general, siempre y cuando estas no excedan el ámbito de su competencia, ni innoven o ninguna disposición alguna de carácter superior. Por su parte, el artículo 42 del Reglamento a la Ley Orgánica Regulación y Control de Poder de Mercado especifica que la facultad normativa de la Junta debe direccionarse a controlar los abusos de poder de mercado.

En atención a la citada normativa, en septiembre del 2015, la Junta de Regulación emitió las “Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores,” mejor conocida como la “Resolución 008”, con el objetivo de regular las relaciones entre oferentes y proveedores, ya sea que se encuentren en relación de dependencia económica o no.

La hipótesis del presente trabajo es que las disposiciones de la Resolución 008 sobre marcas propias son inválidas por ser contrarias al principio de legalidad, al derecho a la libertad de contratación y al derecho a la libertad de empresa. Para corroborar la hipótesis, este trabajo está dividido de la siguiente manera:

El primer capítulo trata las nociones generales del Derecho de Competencia con enfoque a las prácticas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, al igual que el origen, naturaleza y objetivo de la Junta de Regulación.

El segundo capítulo expone la teoría de las marcas propias con el fin de establecer su función, finalidad, las ventajas que genera a los consumidores y cuál es su tratamiento jurídico que reciben en el Ecuador y en el extranjero. Este capítulo especifica las funciones, roles y la estructura del mercado en el que se encuentran los proveedores y los distribuidores.

El tercer capítulo analizará la validez de la Resolución 008 con base en las

disposiciones constitucionales, sobre todo aquellas relacionadas con el principio de legalidad, de contratación y de libertad de empresa.

Finalmente, se expondrá las conclusiones de este trabajo y se explicará por qué las disposiciones analizadas carecen de validez.

2 CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA RESOLUCIÓN 008

2.1 ¿En qué consiste el Derecho de la competencia?

La competencia, hace referencia a la idea de lucha o rivalidad entre dos o más sujetos por alcanzar una determinada meta¹. El área del Derecho en estudio tiene como fin combatir los efectos negativos o perjudiciales que se encuentran producidos por el ejercicio indebido del poder de mercado. El tratadista Marcelo Carlos Quaglia establece que “habrá competencia cuando un empresario utilice prácticas encaminadas a atraer consumidores que integren una clientela compatible con [su] productor”². El tratadista también añade “el hecho de que el intento [de competir] fracase no significa que no estemos ante un fenómeno competitivo,”³ por lo que debe analizarse cada caso concreto de cómo es la competencia y los efectos de la misma.

“Para que la competencia pueda existir debe haber concurrencia en el mercado, como presupuesto fáctico necesario de la real competencia”⁴. Para el entendimiento de dicho significado, es sustancial exponer el concepto de los dos términos previamente mencionados.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua⁵ la palabra <<concurrencia>> es un conjunto de personas [naturales o jurídicas] que asisten a un acto o reunión; y <<

¹ Juan Ignacio Signes de Mesa. *Derecho de la Competencia*. España: Editorial Aranzadi., 2013, p. 29.

² Marcelo Carlos Quaglia. *Grupos de Empresas, Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002, p. 76.

³ *Ibíd.*

⁴ Julio Durand Carrión y Marcelo Marín Sevilla, *Régimen de Competencia*, Ecuador: Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2012, p. 306.

⁵ Real Academia Española. Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina: Editorial Heliasta, 2008, p. 81.

competencia>> es la situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio⁶.

Al existir concurrencia⁷ en el mercado, cabe recalcar que existen distintas acepciones del término de competencia. Las acepciones pueden causar confusión, ya que existe la competencia en sentido económico y jurídico.

2.1.1 Competencia en sentido económico y jurídico

La ciencia y el derecho son ciencias de la experiencia; en efecto, los fenómenos jurídicos y los fenómenos económicos surgen en la convivencia humana; los primeros, al concertar los hombres sus desiguales recursos para la satisfacción de necesidad; los segundos, al limitar mutuamente sus conductas, a fin de que la sociedad pueda existir; unos y otros consisten, pues, en acaeceres reales de la experiencia cotidiana⁸.

Así, el derecho de la competencia económica pretende regular toda conducta que tenga la intención de lesionar o restringir la competencia en los mercados. Es decir, toda conducta anticompetitiva.

La necesidad de una intervención de carácter normativo de los mercados, como límite a la libertad de empresa, tiene la finalidad sustancial de proteger al mercado como tal. Es decir, en un sentido jurídico general, “el término competencia alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos”⁹. Bajo esta línea de ideas, la competencia jurídica supone que, ante la existencia de conductas contrarias a la competencia por parte de los agentes económicos, debe proseguir de acuerdo a lo que establece la ley para el caso concreto de actividades contrarias a la competencia. Algunos ejemplos de conductas contrarias al derecho de competencia y prohibidas dentro de un mercado son: la división del mercado, la competencia desleal, fijación de precios, entre otros.

En cambio, desde la teoría económica, el término competencia es el siguiente:

Competencia económica es la capacidad de identificar, ampliar y explotar el conjunto de oportunidades. La invención y la innovación conducen al cambio económico en la medida en que los agentes del sistema tienen éxito en el aprovechamiento de las

⁶ Julio Durand Carrión y Marcelo Marín Sevilla, *Régimen de Competencia*, *Óp. cit.*, p. 306.

⁷ “Junta de varias personas”

⁸ Otero Díaz. *El derecho de la Competencia Económica*.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1151/3.pdf> (acceso: 03/04/2016)

⁹ Cfr. Elvia Quintana. *Principio de supremacía Constitucional en materia concursal en homenaje a José Luis Soberanes*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4038/23.pdf>. (acceso: 03/04/2016)

oportunidades a las que dan riesgo (...) La competencia económica de una nación constituye la suma de las capacidades de todas las unidades económicas dentro de la economía, además de la capacidad adicional derivada de su coordinación efectiva (efecto de los sistemas)¹⁰.

Como se puede apreciar, ambas acepciones de competencia están vinculadas. Al respecto, la doctrina establece que “(...) la competencia no es un fenómeno simple, es más bien un concepto pluridimensional, que acoge no solamente nociones económicas, sino que dentro del ámbito jurídico la competencia es contemplada desde diferentes aspectos como derecho concurrencial, competencia desleal, abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas de la competencia”¹¹, etc.

2.1.2 Competencia perfecta e imperfecta

La competencia puede entenderse como competencia perfecta o competencia imperfecta. La competencia perfecta es el deber ser, un modelo teórico que es virtualmente imposible encontrar presente en la práctica. En un mercado de competencia perfecta, todos los agentes de un mercado determinado conocen las ventajas y desventajas de un producto o servicio, ningún agente económico tiene información reservada o privilegiada sobre sus competidores que los diferencie del resto y cada agente económico/vendedor tiene una porción de un mercado determinado. Por otro lado, “en el modelo de competencia imperfecta se agrupan prácticamente todos los modelos distintos de la competencia perfecta o pura”¹².

No obstante, cabe recalcar que

es inevitable la presencia de cierto grado de monopolización, por lo cual no se sanciona que una empresa posea una posición dominante sino que abuse de la misma, definiendo una serie de mecanismos de prevención y control (facultades preventivas y sancionatorias), a efecto de que no se limiten los procesos de concurrencia y competencia de mercado¹³.

¹⁰ Carlsson Eliasson y Gunnar Eliasson. *The nature and importance of economic competence*. <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp294.pdf> (acceso: 03/04/2016)

¹¹ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. *Óp. cit.*, p. 25

¹² *Ibíd.*, p. 24.

¹³ Patricia Flores. *El abuso de poder de mercado en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2014. p. 31.

Bajo este lineamiento, la política de competencia económica, entendida esta como “un sistema compuesto por la legislación y su correspondiente aplicación”¹⁴ (que busca proteger el proceso de competencia y, en forma mediata, al consumidor contra el poder monopólico y oligopólico, o el poder de dominio de mercado) presupone niveles mínimos de desregulación, privatización y apertura económica¹⁵.

2.1.3 El derecho a competir como bien jurídico protegido

El bien jurídico se define como “(...) el valor [y el] interés que la sociedad, a través de sus (...) [leyes], tutela”¹⁶. Por lo cual, en el Derecho de Competencia el bien jurídico que se encuentra protegido es el derecho a competir. El derecho a competir es objeto de protección debido a que en la práctica los agentes económicos velan por sus propios intereses, su maximización de clientela, entre otros. Sin embargo, los distintos ordenamientos jurídicos, incluyendo al nuestro, también buscan proteger a otros bienes jurídicos, como el bienestar de los consumidores, el comercio justo o a los productores en posición desaventajada.

2.1.4 Libre competencia y sus objetivos generales

El momento que los agentes dentro de un mercado tengan la misma capacidad y experticia que sus competidores para poder formar parte de un mercado y deseen entrar al mismo, dicha entrada debe ser libre, sin que existan límites ni restricciones “(...) que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada”¹⁷. Es importante

(...) la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar a la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen¹⁸.

“El derecho a la libre competencia es una rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sanciona las prácticas comerciales anticompetitivas y

¹⁴ Jorge Witker y Angélica. *El derecho de competencia económica*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1151/3.pdf> (acceso: 03/04/2016)

¹⁵ Cfr. *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁷ Alberto Bercovitz Rodríguez Cano. *Apuntes de Derecho Mercantil*. España: Editorial Aranzadi, 2011, p. 296.

¹⁸ *Ibíd.*

crea las condiciones para intercambios eficientes”¹⁹. El presente principio tiene el fin de que los competidores dentro de un mercado se manejen de manera libre siempre y cuando sus acciones u omisiones sean concordantes a lo que establece la ley. Según la doctrina, sus objetivos son los siguientes: a) proteger el bienestar del consumidor; b) promover una asignación eficiente de los recursos y, c) proteger el proceso competitivo²⁰. Como se puede ver, son varios los objetivos de la normativa de competencia. Sin embargo, el cumplimiento de uno de los objetivos no significa que será posible cumplir con otro objetivo o con todos. Un ejemplo para tener mejor entendimiento de lo previamente dicho es que no necesariamente al buscar la mayor eficiencia económica dentro de un mercado se está protegiendo simultáneamente al consumidor. Los objetivos varían dependiendo de cada mercado por lo cual no necesariamente se cumple con todos los objetivos establecidos por el del derecho de la competencia y la libre competencia.

A través de la libre competencia, los Estados buscan tener un modelo económico eficiente que respete y garantice el Derecho de la Promoción de la Competencia, también conocido como el Derecho Ordenador del Mercado o el Derecho del Mercado. Se entiende como

(...) aquel que tiene como objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y Estado) en el Mercado o tráfico económico (...). Es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado²¹.

Esto conlleva a promover y garantizar el mayor funcionamiento de la economía de un mercado.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (“LORCPM”) ecuatoriana tiene al menos cuatro objetivos distintos: (i) proteger la eficiencia económica; (ii) a los consumidores; (iii) a ciertos productores y, (iv) las conductas honestas en el tráfico mercantil. Además, la ley menciona en varias ocasiones que su primordial objetivo de proteger la eficiencia económica y la transparencia de los

¹⁹ William García Machmar. *Manual de la Libre Competencia*. Santiago: Thomas Reuters Puntolex, 2011, p.24.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Luis Diez Canseco. *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. La Industria Cervecera Orgullo de Perú. Lima: Editorial Themis, pp. 39 - 41.

mercados²². Como fue previamente explicado, los objetos varían de acuerdo a cada mercado determinado. Por lo cual, los objetivos no necesariamente se pueden cumplir simultáneamente o en conjunto.

Una vez entendido lo previamente expuesto, se procederá a hablar sobre las “Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores,” más conocida como la Resolución No. 008, emitida por la Junta de Regulación (“Resolución 008”). Dicho instrumento tiene como fin la necesidad de proteger a los proveedores de los distribuidores en referencia a abusos de proveedores en situaciones de dependencia económica en el sector de supermercados y proveedores en el caso de marcas propias, lo que será analizado más adelante en este trabajo.

2.2 ¿Cuáles son los principios por los que se rige el Derecho de la competencia?

La Carta Magna contiene varios principios reconocidos que son aplicables al Derecho de la Competencia y señala cómo deben ser interpretados²³. A continuación haremos referencia a los más importantes.

2.2.1 Principio del derecho de competencia

La competencia es considerada el medio para el libre desarrollo de la libertad privada; además coadyuva a alcanzar la eficiencia en los mercados. Este principio permite a operadores económicos el desarrollo de su libertad individual y empresarial. Es un derecho que se encuentra reconocido y garantizado a toda persona en la Constitución, en su artículo 66, numeral 5, de la siguiente manera: “Se reconoce y garantiza a las personas: [...] El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”²⁴.

Los agentes económicos pueden desarrollar sus actividades empresariales de manera libre siempre y cuando sus acciones u omisiones no sean contrarias a derecho de

²² Oswaldo Santos. “Derecho de la Competencia Ecuatoriana, Quo Vadis?” Quito: Universidad San Francisco de Quito, p. 4.

²³ Artículo 427.-Las normas constitucionales se interpretan por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 9. 2008. Registro Oficial No. 449 de 20 octubre 2008.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 66 numeral 5.

competir de otros agentes económicos. Al tener como fin la eficiencia económica del mercado, el Derecho de Competencia actúa como coordinador de las relaciones contractuales de los agentes económicos y regula que sean concordantes a las leyes de competencia. Los agentes económicos deben respetar los principios y derechos que rigen al Derecho de la Competencia y que se encuentran en la Constitución.

En el Ecuador, la LORCPM actúa como un instrumento jurídico ordenador, reglamentando las relaciones contractuales previamente mencionadas. Sus objetivos de un proceso del mercado son los siguientes:

Artículo 1.- (...) Evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder del mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible²⁵.

En el Ecuador también existen otros instrumentos ordenadores en la rama del derecho de la competencia, como lo es la Resolución 008 para el sector de supermercados y proveedores, por lo que será tema de análisis en el capítulo tres del presente trabajo.

2.2.2 Principio de libertad de entrada

El principio de la libertad de entrada consiste en el derecho que tiene los empresarios de participar en mercados específicos de su elección, siempre y cuando estos tengan la capacidad competitiva y especialización para hacerlo. De esta manera podrán competir en igualdad de condiciones en contra de sus competidores.

Este principio es reconocido como un derecho constitucional recogido en el artículo 66 de la siguiente manera: “Se reconoce y garantiza a las personas: [...] #15.- El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”²⁶. El presente artículo será analizado a profundidad más adelante.

²⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre 2011.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 15. Registro Oficial No. 449 de 20 octubre 2008.

Asimismo, la LORCPM en su artículo 4 numeral 5 establece su reconocimiento sobre: El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre competencia de los operadores económicos, en un sistema de libre competencia²⁷. Con su calidad de ley orgánica reconoce, garantiza y promueve la libertad de entrada de nuevos agentes económicos, al igual que el libre desarrollo de actividades económicas sin límites ni trabas.

2.2.3 Principio de libre competencia

Este principio fue mencionado más arriba. Sin embargo, cabe mencionarlo de nuevo al ser un principio y derecho que rige al Derecho de la Competencia y que de igual manera se encuentra garantizado en la Constitución de Montecristi.

Se ha sostenido, con acierto, que

[I]a libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos existentes en mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de producto. Como consecuencia de ello, los consumidores tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país²⁸.

La Constitución garantiza al siguiente principio a través de varios derechos fundamentales, como lo es el derecho de libertad de contratación²⁹ y la libertad de empresa³⁰. Por lo cual, no debe haber ningún tipo de barrera de entrada que impida el ingreso de nuevos agentes económicos al mercado, siempre y cuando estos tengan la experticia y la capacidad necesaria para ser un agente competitivo más de ese mercado. Por ende, no puede haber ninguna ley o instrumento de rango inferior que restrinja o limite la libre competencia de los agentes económicos dentro de un mercado. Al respecto, la Constitución ecuatoriana en su funcionamiento garantista establece en su artículo 11:

²⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* Artículo 4 Numeral 5.

²⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). *Libre Competencia*. Lima: Corporación Gráfica Aliaga SAC., 2013, p. 9.

²⁹ Artículo 66. numeral 16. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 4. Registro Oficial No. 449 de 20 octubre 2008.

³⁰ Artículo 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: numeral 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental' *Ibid.*

Numeral 4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales³¹.

Numeral 9.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución³².

Entendiéndose que será inconstitucional cualquier acción y omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.2.4 Principio de escogencia y preferencia

El principio de la libertad de escogencia es la facultad que tienen las personas y consumidores de satisfacer sus necesidades definiendo así sus preferencias. Es la posibilidad que tiene el consumidor de elegir dentro de una variedad de un mismo producto o servicio, escogiendo el producto que les sea el más atractivo.

Este principio no solamente se aplica al derecho de competencia sino también al derecho del consumidor. En la Constitución en su artículo 52, el principio se ve manifestado como el siguiente derecho: “La personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegir con libertad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. (...)”³³.

Por un lado, es importante entender que dentro de un mercado libre de competencia, las empresas distribuidores compiten entre sí logrando ofrecer una gran variedad de un mismo producto o servicio para que los consumidores puedan ejercer su derecho de libre escogencia. De esta manera, destacándose como distribuidor sobre los otros distribuidores contra los que compiten.

Por otro lado, las empresas, por ejemplo los proveedores, tienen como fin que los consumidores prefieran sus productos sobre los de la competencia. Con ese fin, los operadores económicos crean elementos llamativos en sus productos o servicios para que los consumidores elijan su producto y como empresa pueden posicionarse mejor en el mercado.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.* Artículo 52.

2.2.5 Libertad de precios y servicios

Las empresas compiten entre sí, generando elementos en sus productos o servicios con el fin de que se diferencien de otras marcas, creando un atractivo para que los consumidores el momento de la compra los prefieran. Por lo cual, crean factores llamados elementos de preferencia, que se ven manifestados la en competencia de precios o de servicios ofrecidos.

El elemento diferencial de precios consiste en productos que tienen iguales o similares elementos y características. Sin embargo, se diferencian gracias a los precios llamativos que puede realizar un oferente sobre el producto.

En referencia de los servicios que prestan las empresas, el elemento diferenciador que existe es las ventajas que las empresas pueden ofrecer a los consumidores. Por ende, por cada adquisición de un servicio el consumidor puede obtener una ventaja que va ligada con el producto. Esta asociación entre el servicio adquirido y una ventaja es un gran atractivo para el consumidor.

Como se puede apreciar, este principio tiene como fin proteger al último eslabón de la cadena: el consumidor. Como fue expuesto anteriormente, los consumidores tienen la facultad dentro de un mercado libre de elegir el producto que más satisfaga sus necesidades. Por lo cual, el presente principio promueve que las empresas realicen esfuerzos más competitivos para lograr que los consumidores las prefieren sobre otros agentes económicos que ofrecen el mismo producto o servicio dentro del mercado. Como resultado, las empresas que son parte de un ambiente competitivo con elementos diferenciadores son preferidas por los consumidores, lograr obtener un puesto preferencial en el mercado y generar un mayor número de utilidades.

2.2.6 Principio de eficacia del aparato productivo nacional

El presente principio es integrado por los principios y derechos previamente mencionados. El aparato productivo nacional se entiende como “(...) los recursos, medios e instrumentos que tiene una economía nacional para producir los bienes y servicios que requiere la sociedad en conjunto”³⁴. Entre más eficiente sea el aparato productivo, bajarán los precios de costos de producción, el costo de los productos y aumentará la capacidad adquisitiva de los consumidores.

³⁴ Eco. Finanzas. *Aparato Productivo*. <http://goo.gl/G5KZ9l> (acceso: 21/03/2016)

Este principio se encuentra reconocido como derecho en la Constitución, en el artículo 66 que establece: “Se reconoce y garantiza a las personas: 25.- El derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados de calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”³⁵.

Por lo que, es notorio que a partir del análisis del presente principio, el Estado ecuatoriano tiene como fin de que se dé el mejor funcionamiento posible y eficiente del mercado para fabricar productos a un menor costo, de mejor calidad y que los requiera la sociedad en conjunto.

Todos los principios previamente mencionados en el presente apartado serán analizados a más profundidad más adelante.

2.3 Prácticas de abusos de poder de mercado en situación de dependencia económica

Los agentes económicos dentro de un mercado pueden manejarse libremente y de manera independiente siempre y cuando respeten las leyes. “La independencia describe bien la condición de poder absoluto en la que podría encontrarse un agente económico en un mercado determinado”³⁶.

Por ende, se define a la dependencia como “(...) la capacidad de autogobernar las decisiones que un agente económico adopta en el mercado”³⁷. Además, “(...) la independencia es esa extraña situación que permite a un agente económico adoptar decisiones sin tener en consideración o mérito las consecuencias de las mismas en el proceso competitivo del cual forma parte.”³⁸ Muchas veces la independencia de un agente económico obedece a su posición de dominio en el mercado que se trate.

No obstante, una posición de dominio no es *per se* contraria a las leyes de competencia. Sin embargo, una situación de poder de mercado o posición de dominio

³⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 25. Registro Oficial No. 449 de 20 octubre 2008.

³⁶ Juan Francisco Rojas. *El abuso de la posición de dominio en el mercado en la Legislación Nacional*. <https://goo.gl/tNaVrp> (acceso: 02/03/2016).

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

puede conllevar a abusos por parte de los agentes, tales como prácticas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica.

La dependencia económica “(...) se entiende [como] la situación de supremacía en la que se halla una empresa (cliente o proveedor), respecto de otra, que no dispone de alternativas equivalente para la comercialización o adquisición de sus productos”³⁹. Las conductas abusivas dentro de una relación de dependencia son realizadas de manera bilateral y unilateral. Las conductas bilaterales hacen referencia a una perspectiva en el plano horizontal, en el cual los agentes económicos tienen la finalidad de obtener ventajas frente a sus competidores. Por otro lado, las conductas de abuso unilaterales toman cabida en un plano vertical. Tales como la amenaza de ruptura, imposición de precios, imposición de condiciones comerciales no pactadas, entre otros.

A continuación, estudiaremos la categoría de abuso en el plano vertical al analizar la relación que existe entre supermercados y proveedores, normada por la Resolución 008. Por lo cual, nos encontramos frente una situación de dominio relativa, “(...) con base en el peso relativo que tienen en compras de una empresa sobre las ventas de otra”⁴⁰, manifestado dentro de un plano vertical.

Existen distintos criterios que se deben tomar en cuenta en cada caso concreto para determinar que, en primer lugar, la existencia de dependencia económica y, en segundo lugar, que efectivamente exista un tipo de abuso de posición de dominio frente a la mencionada relación. Por ejemplo, en Europa, “según la jurisprudencia comunitaria, para establecer la existencia de una posición de dominio las cuotas deberán mantenerse durante 3 o mas años”⁴¹. En cambio, la legislación española, en la Ley de Competencia Desleal, establece a la dependencia económica como: “la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”⁴²; también supone el caso de ruptura de forma total o parcial,

³⁹ Ana Belén Cordero Cuesta. *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*. Tesis de Maestría. Quito. 2016.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ TJCE. *Hoffman-La Roche contra Comisión*. Asunto 85/76, 13 de febrero de 1979. p. 461.

⁴² Ley de Competencia Desleal (España). Artículo 16. 10 de enero de 1991.

la obtención bajo amenaza de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, y condiciones no acogidas en el contrato⁴³.

Las prácticas abusivas se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico y se las denominan como Prácticas de Abusos de Poder de Mercado de dependencia económica, según lo que establece el artículo 10⁴⁴ de la LORCPM. Las conductas establecidas en el citado artículo son ejemplificativas. Por esta razón, existe cabida para otros tipos de conductas de la misma índole.

Con el fin de prevenir prácticas de abuso de poder bajo dependencia económica en el Ecuador para el sector de supermercados y proveedores, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado emitió la Resolución 008. Este instrumento regulador tiene como fin proteger a los proveedores que se encuentran en relación de dependencia para que no se enfrenten a las situaciones de abusos de poder de mercado. Existen casos en los que las distribuidoras tienden a realizar prácticas abusivas de poder hacia los proveedores, causándoles dificultad para desarrollarse dentro del mercado. Esto se debe a la situación de vulnerabilidad a la que pueden estar expuestos los proveedores.

Es importante mencionar que la disposición de la resolución sobre marcas propias (artículo 6 y 9) establece que los distribuidores deben realizar contratos independientes con sus proveedores de marcas blancas. Por lo cual, el realizar un contrato, en este caso un contrato independiente, puede, a criterio de la Junta de Regulación, evitar la comisión de este tipo de abusos. Los abusos toman lugar, debido a lo vulnerables que

⁴³ Cfr. *Ibíd.*

⁴⁴ **Artículo 10.-** Prácticas de Abusos de Poder de Mercado de dependencia económica:

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 ventas 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.

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

pueden llegar a ser los proveedores dentro de un mercado, lo cual será analizado a mayor profundidad en el capítulo tres.

No obstante, quepa la siguiente duda: ¿Como una formalidad contractual (las previstas en los artículo 6 y 9 de la Resolución 008) es capaz de evitar prácticas anticompetitivas de abuso de poder por parte de los supermercados? Este punto se analizará en el capítulo tercero del presente trabajo.

2.4 Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En los últimos años, se han dado varios cambios sobre los instrumentos que regulan el sector de supermercados y proveedores que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano. La Superintendencia de Control de Poder de Mercado (“Superintendencia”) en primer lugar expidió 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, de 29 de agosto de 2014, (...) ⁴⁵.

Más adelante, se expidió una nueva versión del manual Resolución No. SCPM-DS-075-2014, de 01 noviembre de 2014. Tiempo después, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado expidió la Resolución analizada en este trabajo.

El 5 de febrero del 2016 se publicó en el Registro Oficial 685 el Instructivo para el Monitoreo de la Promoción Semestral de la Competencia y Buenas Prácticas Comerciales del Sector Supermercados (“Instructivo”), una herramienta para la aplicación de la Resolución 008. Por lo cual, podemos observar que desde finales del 2014 hasta inicios del 2016, hemos tenido cuatro instrumentos que regulan el sector de supermercados y proveedores.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (“ERJAFE”), establece en su artículo 81 que: “los actos normativos serán expedidos por

⁴⁵ Instructivo para el Monitoreo de la Promoción Semestral de la Competencia y Buenas Prácticas Comerciales del Sector de Supermercados. Considerandos. Registro Oficial No. 685 de 5 de febrero del 2016.

el respectivo órgano competente (...)”⁴⁶. Este artículo se encuentra citado en los considerandos de la Resolución 008 y lo utiliza para justificar que la Junta es un órgano competente y facultado mediante ley para expedir actos normativos.

La Resolución 008, en su artículo 82, hace referencia a la vigencia de actos normativos y que éstos “(...) surtirán efectos desde el día en que su texto aparece publicado íntegramente en el Registro Oficial. (...)”⁴⁷. Además, el ERJAFE establece que se entenderá reformado tácitamente un acto normativo al expedirse uno posterior, dejando así sin efecto el anterior⁴⁸. Por ende, el momento en que la Resolución 008 fue publicada en el Registro Oficial, tácitamente derogó todo acto normativo de inferior jerarquía incompatible con éste.

2.4.1 ¿Cuál es el origen de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?

La Junta de Regulación nace mediante la ley al igual que sus facultades. La LORCPM, en su artículo 35, establece las facultades de la Función Ejecutiva, a la que pertenece la Junta de Regulación:

Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, (...) y regulación en el ámbito de esta ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar disposiciones legales (...)⁴⁹ (el subrayado es mío).

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado especifica las atribuciones de la Junta de Regulación:

⁴⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial. Artículo 81. Registro Oficial No. 536 de 18 marzo 2002.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ **Artículo 99.-** Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior.

La derogación o reforma de una ley deja sin efecto al acto normativo que la regulaba. (...)

⁴⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 35. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre 2011.

Artículo 42.- 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; (...) **c.** Expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la Ley (...)⁵⁰.

En referencia a la vigencia de los actos emanados por la Junta, el mismo reglamento prevé que: “los actos normativos surtirán efectos desde el día en que su texto aparece publicado íntegramente en el Registro Oficial”⁵¹. Por lo cual, la Junta tiene plena facultad de ley para emitir la Resolución 008.

2.4.2 ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Resolución 008?

La Resolución 008 establece en su contenido el nivel de cobertura:

Artículo 1.- Ámbito.- Esta regulación es de aplicación obligatoria para todos los operadores económicos sujetos a la norma, conforme el artículo 2 de la presente regulación, que realicen sus actividades de intermediación comercial en todo o en parte del territorio ecuatoriano, en el sector de bienes de consumo corriente (...)⁵² (el subrayado es mío).

Los operadores económicos sujetos a la norma según la Resolución son: (...)

Cadenas de Supermercados: son todos aquellos operadores económicos (...) que ofrezcan de manera exclusiva o significativa el servicio de venta minorista o expedido a detalle, bajo la modalidad de autoservicio de la canasta de bienes de consumo corriente alimenticio y alguna(s) de las canastas de bienes de consumo no alimenticio.

Proveedores: son todos los operadores económicos que suministran a las cadenas de supermercados bienes de consumo corriente alimenticio y/o no alimenticio⁵³.

La Resolución 008 divide a los operadores económicos en dos grandes grupos, en cadenas de supermercados y proveedores; éstos son los entes económicos que deben regirse de manera obligatoria e integra a las exigencias emitidas en Resolución al igual que las obligaciones que se determinan en el artículo 5 del mismo instrumento.

⁵⁰ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 42. Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo 2012.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Resolución No. 008. Artículo 1. Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre 2015.

⁵³ *Ibíd.*

2.4.3 ¿Cuáles son los objetivos de la Resolución 008?

La Resolución en su contenido establece los objetivos del instrumento en su artículo 4, como mantener la armonía y el equilibrio entre los operadores económicos sujetos a la norma de la Resolución⁵⁴; evitar que se realicen prácticas comerciales que constituyan riesgos a la competencia al igual que distorsionan el mercado⁵⁵; asegurar el cumplimiento de las buenas prácticas comerciales acordadas, como lo es el procurar la resolución y discrepancias a través del mutuo acuerdo⁵⁶; etc.

Tomando en cuenta la disposición de marcas propias de la Resolución 008⁵⁷, y su obligatoria aplicación para proveedores y cadenas de supermercados, se debe analizar si la existencia de la misma es válida y no contraria a otras normas de carácter superior. Tales principios como el principio de legalidad, principio de libre competencia y derechos fundamentales como la libertad contratación y libertad de empresa, que serán analizados a más profundidad en el Capítulo 3, específicamente sobre la disposición de marcas propias del instrumento en el Ecuador.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ **Artículo 6.-** Los proveedores y las cadenas de supermercados deben convenir por separado e individualmente sus relaciones comerciales mediante contratos de provisión escritos o por medios electrónicos conforme a la normativa vigente, que contemplan disposiciones que aseguren la aplicación de lo dispuesto en esta regulación.

Artículo 9.- Para la producción o fabricación de productos con marca propia, las cadenas de supermercados del sector normado celebrarán contratos independientes de producción con sus respectivos proveedores.

3 CAPÍTULO II: TEORÍA DE LAS MARCAS PROPIAS

3.1 Marcas Propias

3.1.1 Origen

Las marcas (reguladas por el Derecho de Propiedad Intelectual), se encuentran presentes, en todas las actividades comerciales e industriales asegurando, la protección de los intereses del titular frente a sus competidores, brindando un medio para los consumidores ejerzan su derecho a elegir frente las alternativas que el mercado ofrece⁵⁸. Su regulación, control y protección corresponde al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI)⁵⁹.

Para entender la necesidad de proteger estas creaciones humanas, al igual que la innovación, es menester entender el origen y el contexto histórico de las marcas propias. En “(...) la literatura especializada con[tienen] diversas denominaciones, entre las más conocidas: marcas blancas, marcas propias del detallista, marcas de distribuidor (...)”⁶⁰. Originariamente, “hace siglos, las marcas individuales [eran] usadas por alfareros y pica-piedras para identificar sus trabajos (...) llevan[do] el significado a sus comunidades”⁶¹. Con el paso de los años,

(...) las marcas de distribuidor van apareciendo a medida que las cadenas detallistas toman conciencia de la importancia de dotar a sus establecimientos de una imagen propia que permita su diferenciación, con objeto de aumentar la fidelidad de la clientela⁶².

En Gran Bretaña en 1869 Sainsbury lanzó su marca propia y en Francia en 1923 sucedió lo mismo cuando Coop decidió registrar una gran cantidad y variedad de productos de marca propia⁶³. Eventualmente el “(...) fenómeno de las marcas de

⁵⁸ Cfr. Carlos M. Correa. “Nota de Dirección”. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial Ciudad de Argentina. 1999, p. 9.

⁵⁹ Instituto Ecuatoriano de Ley de Propiedad Intelectual. *¿Qué es el IEPI?*. <http://goo.gl/i8EnAu> (acceso: 18/8/2015).

⁶⁰ José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Distribución y Consumo*. N. 33. (NA). p. NA

⁶¹ Sherwood, Robert M. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. *Óp. cit.* p.28.

⁶² José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.* p. NA.

⁶³ *Ibíd.*

distribuidor se desencadenó en todos los países desarrollados [,] (...) en España en los años 60, alcanzando una dimensión considerable durante la presente década”⁶⁴.

(...) La primera iniciativa importante la realizaría Carrefour en 1976, introduciendo una nueva forma de competencia que consiste en lanzar cincuenta productos sin marca, a los que incorporó su logotipo para diferenciarlos, y que ofreció a precios competitivos sin disminuir la calidad⁶⁵.

A partir de la primera iniciativa, las marcas de distribuidor adquieren carta de naturaleza y diversas formas de marca de distribuidor se van consolidando en los países más avanzados⁶⁶. Esto conlleva a entender a las marcas propias desde su origen.

La marca de distribuidor pasó por varios cambios que influyeron en su rápido crecimiento y pronta aceptación por parte de los consumidores. A sus inicios, los productos de marca propia “eran exhibidos en envases blancos, (...) se limitaban a promocionar productos de la canasta básica familiar como granos, panadería, pasabocas y de aseo para el hogar (...)”⁶⁷. El envase esencialmente llevaba el nombre del producto (ej.: arroz, azúcar, etc.), conjuntamente con el logotipo del establecimiento (ej.: Supermaxi, Mega Santamaría, etc.) y el precio, más barato comparado a las marcas tradicionales individuales, por lo que sobreentiende garantía del establecimiento por su simple nombre en el envase y los consumidores lo respetan mucho⁶⁸.

Con el tiempo las marcas propias fueron adquiriendo cada vez más protagonismo, haciéndose más detalladas y personalizadas en cuanto a su presentación. Al producto de marca propia se le incorporó ciertas características semejantes a los productos de las marcas fabricantes, con el fin de que la marca propia sea muy similar a las marcas tradicionales.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Cristian Camilo Vergara Vargas. *Marca blancas en Colombia, la de mayor penetración en América*. <http://goo.gl/RzRFot> (Acceso: 30/30/2016)

⁶⁸ José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.* p. NA.

De esta forma, se envía el mensaje al consumidor que está adquiriendo un producto de buena calidad a bajos precios⁶⁹. Poco a poco se fue intensificando el aproximar aún más las características de las marcas del distribuidor con la marca fabricante, con el fin de generar un momento de doble comparación entre un producto de marca propia con un producto tradicional⁷⁰. La doble comparación ocurre en el momento en que un comprador llega a un almacén y frente a las opciones, toma la decisión de elegir entre las distintas marcas competidoras de un mismo producto. A esto se lo denomina punto de acción⁷¹.

Existen factores determinantes que influyen en el momento de tomar una decisión en un punto de acción; como qué tanto el producto suple las necesidades del consumidor o qué precio el consumidor está dispuesto a pagar. En efecto, si el producto cumple con sus necesidades, y el precio es asequible, el consumidor ejerce su derecho de libertad de escogencia. Por ende, el producto debe tener un precio que sea concorde a la capacidad económica del consumidor (el sueldo que recibe, cuánto está dispuesto a gastar en la adquisición de un producto o servicio, cómo influye la adquisición del producto en sus impuestos, etc.), cumpliendo con sus necesidades.

Frente a este escenario,

el distribuidor pretende que el comprador pueda comparar [en el punto de acción] la marca de distribuidor por un lado con la marca líder y por otro lado con la “premium price” (...). Esta estrategia de doble comparación permite posicionar a la marca de distribuidor como aquella de mejor relación calidad-precio [en un mercado]⁷².

3.1.2 Definición

Se entiende por marcas propias a

(...) aquellas (...) pertenecientes a supermercados, hipermercados, tiendas de descuento, o demás tiendas que con un precio inferior y un envase distinguido por el

⁶⁹ María Andrea y Calderón Rodríguez. *Las marcas propias de productos alimenticios y su impacto en el momento de compra: Caso de análisis en la cadena minorista Éxito de la ciudad de Bogotá*. Tesis de grado. Universidad del Rosario. Bogotá, 2014, p.15.

⁷⁰ José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.* p. NA.

⁷¹ Lars Thomassen, Keith Lincoln y Anthony Iaconis. *La supervivencia de las marcas en una época dominada por los minoristas Retail*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010, pp. 45-46.

⁷² José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.* NA

logotipo de su distribuidor [,] ofrecen en la mayoría de los casos una calidad igual o discretamente parecida a la del producto líder⁷³.

La marca blanca es aquella utilizada por una empresa mayorista o minorista para designar bienes o servicios, fabricados o realizados normalmente por una organización ajena a la estructura societaria de la que forma parte, que vende principal o exclusivamente en sus propios establecimientos⁷⁴.

Una vez entendido esto, se analizará las funciones que cumplen las marcas propias.

3.1.3 Función

Existen varias funciones de las marcas propias. La función principal es la identificación de bienes o servicios. Por esta razón, la característica esencial es su fin distintivo permite diferenciar un producto o servicio de otros. Esta característica es útil en la medida que permite determinar el origen e identidad de cada producto. Las palabras distintivo y diferenciación suelen ser conceptos que pueden pasar por sinónimos. Sin embargo, la doctrina establece que “(...) la distintividad se asocia más al medio, esto es la marca, mientras que la diferenciación se enfocaría en el objeto mismo, el producto”⁷⁵ (el producto en sí).

Como uso, la distintividad no solo diferencia a una marca de otras. En el caso de marcas de distribuidor, da un valor agregado al establecimiento que ofrece productos de marca propia; diferencia a un establecimiento de otros establecimientos que no ofrecen productos de ese tipo. Según la doctrina, “la distinción que se busca en el caso de las marcas de distribuidor se refiere principalmente al establecimiento”⁷⁶. Bajo esta línea de ideas, la marca propia da una distinción a los oferentes que ofrecen productos de marca propia sobre otros supermercados que no lo hacen. En el Ecuador, un supermercado altamente reconocido es la Corporación Favorita S.A., que ofrece una gran cantidad y variedad de productos de marca propia en conjunto con marcas tradicionales.

⁷³ Sandra Florensa Alcaraz, Clàudia Fradera Fontcuberta y Mónica Frau Pons. *Marcas Blancas*. <https://goo.gl/gS8H8N> (acceso: 18/09/2015).

⁷⁴ Manuel Recio Menéndez, María Victoria Román González. *Posibilidades de Gestión Estratégica de las Marcas de Distribuidor*. <http://goo.gl/kqF6OJ> (acceso: 29/03/2016)

⁷⁵ Christian Schmitz Vaccaro. “Distintividad y Uso de las Marcas Comerciales”. *Scielo Revista Chilena de derecho*. 39/1 (2012), pp. 9 - 31. *Versión Online* ISSN 0718-3437. <http://goo.gl/SIb3a9> (Acceso: 18/09/2015).

⁷⁶ Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.* p. NA.

3.1.3.1 Funciones secundarias y efectos de la marca

Cabanellas de las Cuevas reconoce funciones secundarias a la marca, que serán mencionadas a continuación⁷⁷.

Por un lado, establece que tiene una función garantista de la calidad del producto. Por ende, las marcas en referencia a esta función, sirven “(...) para denotar una cualidad concreta del producto (...), de modo que el consumidor pueda fiarse así de la calidad constante de los productos que lleven dicha marca”⁷⁸. Cada establecimiento responde a un nombre, el cual infunde seguridad como establecimiento a los consumidores al ser capaz de ofrecer productos de alta calidad, variedad y economía. El constar el nombre del establecimiento en un producto otorga confianza al consumidor y seguridad de que el producto de marca propia que van a adquirir es de alta calidad. En el caso de marcas tradicionales, estas necesitan dar renombre a su marca para que los consumidores las prefieran y confíen en la misma.

Por otro lado, la marca propia tiene una función publicitaria. “La marca por medio de la publicidad adquiere una fuerza de atracción sobre los consumidores y constituye a menudo el elemento primordial de una empresa”⁷⁹. Consiste básicamente en hacer conocer a los consumidores sobre la existencia de una marca. Esta función no aplica necesariamente a las marcas propias, es una función de las marcas en general ya que los establecimientos/distribuidores de marca propia dependen de su nombre y de los productos que se encuentren en las perchas de los establecimientos para que los consumidores sepan de su existencia.

En el caso de marcas blancas, los agentes no incurren en gastos de publicidad para sus marcas, lo cual es considerado un beneficio que tienen los distribuidores sobre las marcas tradicionales (al no incurrir en este tipo de costos). Por ende, “el consumidor asume que se beneficia con un producto de calidad, a un precio justo, sin los costos agregados de la publicidad y promoción”⁸⁰. Sin embargo, las marcas tradicionales basan

⁷⁷ Christian Schmitz Vaccaro. “Distintividad y Uso de las Marcas Comerciales”. *Óp. cit.*

⁷⁸ Newtonberg. *Funciones de la Marca Comercial*. <http://goo.gl/qWpJGG> (acceso: 29/03/2016).

⁷⁹ Ecolink. *La importancia de las Marcas Colectivas e Nicaragua*. <http://goo.gl/qfAcpJ> (acceso: 29/03/2016).

⁸⁰ Ana, Branagan. *Marcas propias y/o privadas*. <http://goo.gl/EmMfpb> (acceso:29/03/2016).

parte de su reconocimiento en la publicidad que producen para adquirir consumidores y su lealtad.

Además, como toda marca, las marcas propias están jurídicamente protegidas. El titular de una marca tiene la facultad de ejercer todos los derechos que le otorga la ley sobre la marca y su protección ante terceros (contra sus competidores y posibles usurpaciones)⁸¹. La LPI tipifica el tipo de acciones que existen en el Ecuador para defender una marca: “en caso de uso indebido de una marca, el titular puede iniciar acciones civiles, penales y administrativas”⁸².

Los derechos que tiene un titular de una marca, que aplican también a las marcas propias, son: “el uso exclusivo de la marca; protección en el Ecuador a nivel nacional; derecho de prioridad (...); derecho de presentar acciones legales como las previamente mencionadas; (...) derecho a franquiciar su producto(...)”⁸³; entre otros.

Otro efecto de las marcas es la protección que otorgan al consumidor. Los economistas consideran que “(...) el consumo constituye la última etapa del proceso económico, aquella en que los bienes producidos sirven para satisfacer las necesidades, no volviendo a ser usados como bienes de cambio”⁸⁴. Al ser el último eslabón del proceso productivo, el consumidor es visto como un ser vulnerable en el mercado. “La marca protege al consumidor de las mercancías que no son marcadas correctamente o de las cuales su presentación se dirige a engañarlo”⁸⁵. Esta área del derecho se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (“LODC”). En sus considerandos establece que “(...) la generalidad de ciudadanos ecuatorianos son víctimas permanentes de todo tipo de abusos por parte de empresas públicas y privadas de las que son usuarios y consumidores”⁸⁶. Por lo cual, LODC tiene como fin “(...) normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento

⁸¹ Ecolink. *La importancia de las Marcas Colectivas en Nicaragua*. Óp. cit.

⁸² Instituto Ecuatoriano de Ley de Propiedad Intelectual. *Signos Distintivos*. <http://goo.gl/9BpPxo> (acceso: 24/8/2015).

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Marcelo Carlos Quaglia. *Grupos de empresas, Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: FEDYE, 2002, p. 85.

⁸⁵ Ecolink. *La importancia de las Marcas Colectivas de Nicaragua*. Óp. cit.

⁸⁶ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Considerandos. Registro Oficial No. S116 de 10 de Julio de 2000.

y protegiendo los derechos de los consumidores; procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes”⁸⁷. Sobre este punto, esta función de las marcas tiene como fin el prevenir una posible afectación a los consumidores a través de la marcas. Un ejemplo es la publicidad engañosa.

En relación a las funciones y efectos jurídicos de las marcas, la Constitución en su artículo 52 establece lo siguiente:

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegir con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre el contenido y características.

La ley establecerá los mecanismo de control de calidad y los procedimiento de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor⁸⁸.

De esta manera, la Constitución ecuatoriana reconoce la utilidad de manera global de las marcas. Por lo cual, tanto los oferentes de un mercado al igual que proveedores deben manifestar el uso apropiado sus marca a través de sus productos; desde el inicio de la cadena de producción (la creación del producto) hasta su fin, siendo el consumidor el último eslabón del proceso económico. Consecuentemente, la Carta Magna reconoce y garantiza cada una de las funciones de marca.

3.1.4 Ventajas para el consumidor

A continuación se hablara sobre características esenciales de las marcas propias que son vistas como un beneficio para los consumidores.

3.1.4.1 Características de la marca propia

Existen factores que son representativos de una marca propia: el precio, la calidad del producto y la imagen: “son marcas que pertenecen a supermercados, hipermercados, entre otros, con un precio inferior, envases distinguidos por el nombre del distribuidor, con productos en la mayoría de casos de igual calidad o discretamente parecida”⁸⁹. La

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

⁸⁹ Sandra Florensa Alcaraz, Clàudia Fradera Fontcuberta y Mónica Frau Pons. *Marcas Blancas. Óp. cit.* p.10.

adquisición de productos de marca propia beneficia a los consumidores por motivos que dependen justamente de esas tres características.

3.1.4.1.1 Precio

En primer lugar, el precio inferior que posee un producto de marca propia comparado al precio de una marca tradicional es una ventaja dentro de un mercado competitivo. La ley de la demanda postula que, dejando todo lo demás igual, mientras menor sea el precio de un producto, mayor será su demanda. Por lo tanto, el menor precio de los productos de marca propia supone una ventaja para los consumidores.

Otra manera en que la competencia de precios beneficia a los consumidores ocurre el momento en que los productos de marcas blancas son ofrecidas a los consumidores en cifras más bajas y extremadamente competitivas; por lo cual, las marcas tradicionales se vean forzadas a bajar sus precios para poder competir⁹⁰. De esta manera, beneficia al consumidor, en la medida que le otorga la libertad de elegir un producto dentro de una variedad de opciones.

Consiguientemente, la“(…) libertad del consumidor se la puede ver desde al menos dos puntos de vista: desde la libertad de optar que debe tener para escoger un bien u otro, y desde el punto de vista de acceder efectivamente a adquirir jurídicamente ese bien escogido”⁹¹. Estos dos puntos a los ojos del derecho se denominan como el principio de escogencia y preferencia. Ambos se encuentran garantizados en la Constitución.

3.1.4.1.2 Calidad

La calidad del producto es otro de los elementos de las marcas propias que se debe destacar, ya que estos productos son de igual o similar calidad que un producto de marca tradicional. Idealmente, el oferente buscará que los productos con marcas propias sean de calidad semejante a los de la marca líder. Si las calidades son comparables, el menor precio de la marca propia los hará más atractivos para el consumidor que la alternativa.

⁹⁰ Ariel Ezrachi and Ketan Ahuja. Private Labels, Brands and Competition Law Enforcement. <https://goo.gl/13DB5r> (acceso: 29/03/2016).

⁹¹ Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba. *Régimen de Competencia: Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 39.

3.1.4.1.3 Imagen

El tercer factor de un producto de marca propia es la imagen. La imagen de un producto de marca propia consiste del nombre del distribuidor, la presentación (envase o contenedor en el que viene el producto) y el nombre del producto⁹². El nombre del establecimiento infunde confianza y seguridad al consumidor del producto que está adquiriendo. Por otro lado, mientras mejor sea la presentación del envase del producto de marca blanca, mayor acogida va a tener. Asimismo, para mayor facilidad del consumidor, concorde a sus derechos por ley, es importante que el envase tenga el nombre del producto.

Tomando en cuenta los tres elementos básicos de la marca propia en conjunto, se concluye por qué ésta ofrece a sus consumidores grandes ventajas en comparación con las marcas tradicionales.

3.1.4.2 Bien sustituto

Otra ventaja que ofrecen las marcas propias a sus consumidores es ser un bien sustituto. No obstante, no necesariamente todos los productos de marca propia son considerados bienes sustitutos de las marcas tradicionales. Esto depende de cada consumidor y sus necesidades, ellos deciden si es un bien sustituto o no.

Los bienes sustitutos son:

(...) aquellos productos o servicios que si bien son diferentes entre ellos, pueden satisfacer la misma **necesidad del consumidor**, en otras palabras, el **bien o servicio** puede sustituir o entrar en competencia con otro y al final es el consumidor quien escoge la forma en que habrá de satisfacer sus necesidades⁹³.

Consecuentemente, cuando una marca tradicional es reemplazada por una marca propia, podría significar que los compradores se guían por “deseos” más que por marcas cuando planean sus compras⁹⁴. Así, un consumidor puede cambiar su preferencia de un producto a otro, indiferentemente de la razón por la cual el consumir cambio de marca, sustituyendo un producto por otro. Lo esencial es que el producto elegido cumple con sus necesidades y para el consumidor es visto el cambio como un bien sustituto.

⁹² Ejemplo: arroz, leche, harina, etc.

⁹³ La Economía. *Bienes sustitutos*. <http://goo.gl/znQZcP> (acceso: 22/02/2016).

⁹⁴ Lars Thomassen, Keith Lincoln y Anthony Iaconis. *La supervivencia de las marcas en una época dominada por los minoristas Retail*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010, p. 445.

3.1.5 Las marcas propias en el Derecho ecuatoriano

En el país, las marcas propias han llegado a tener gran acogida en el mercado, específicamente en el área de supermercados en referencia al porcentaje de clientes que las prefieren. El Gerente de mercadeo de Supermaxi S.A. establece que la

(...) marca blanca, (...) tiene como objetivo ofrecer un producto de excelente calidad a un buen precio, y con esto ganar-mantener la fidelidad del cliente, aprovechando el prestigio obtenido a lo largo de los años por la cadena de supermercados que pone a su nombre⁹⁵.

3.1.5.1 Supermercados ecuatorianos

Tal como quedó anotado, los factores esenciales de las marcas blancas y que las diferencian de otras marcas son el precio, calidad y la imagen.

Estas son marcas que se encuentran cada vez más aceptadas por los consumidores en el Ecuador. “[E]n la última década las grandes cadenas de supermercados han extendido sus marcas propias para ofrecer a sus clientes alternativas con mejores costos [,] que además publiciten la calidad de sus compañías”⁹⁶. Esta aceptación ha sido positiva en el crecimiento de producción a nivel nacional, especialmente en supermercados como: la Corporación Favorita S.A. (Supermaxi S.A., Megamaxi, Gran Akí), Santamaría S.A. y Corporación El Rosado (Mi Comisariato e Hyper market).

En “(...) el caso de La Favorita y los comisariatos Supermaxi, durante los últimos años han desarrollado líneas de productos de alimentos, higiene de personas y limpieza para el hogar, además de varios tipos de alimentos congelados”⁹⁷. En el supermercado Supermaxi “en los tres últimos años, el crecimiento de venta de los productos de marca propia ha sido de 28%”⁹⁸.

Es importante mencionar que los supermercados ecuatorianos ofrecen una gran gama de precios, calidad y productos que sigue creciendo. Al respecto, Natalia García, gerente del supermercado Mega Santamaría, menciona que “ofrecer productos de buena

⁹⁵ N.A. *La marca propia se amplía en los supermercados*. <http://goo.gl/YWdRaR> (acceso: 27/10/2015).

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

calidad y precios bajos ha constituido la principal motivación para que esta cadena tenga artículos con propia marca” (...)”⁹⁹.

Consiguientemente los precios bajos de las marcas de distribuidor son llamativos para las personas. Por ejemplo, “en las sucursales [de Supermaxi] (...) se puede encontrar desde embutidos como Tocineta Ahumada Supermaxi con diferencias de precios de entre \$ 0,25 a \$ 0,60 con respecto a marcas como Plumrose, Fritz y Juris”¹⁰⁰. Por otro lado, “lo mismo pasa con el papel higiénico de la marca Mi Comisariato. Los cuatro rollos elaborados por Kimberly Clark con la marca del comisariato están en USD 0,99, mientras con la marca Flor cuestan 2,99”¹⁰¹. Asimismo, “en el caso de Mi Comisariato, se ofrece variedades como leche en envase tetra pack, arroz, papel higiénico, entre otros. Los precios son menores entre \$0.20 y \$0,30 con respecto a otras marcas”¹⁰². Un consumidor en el punto de acción no se va a acordar el costo exacto del producto que adquirió a mejor precio, simplemente recordará al más barato y al que satisfacía sus necesidades.

Cabe recalcar que los supermercados que se encuentran en el Ecuador tienen canales de producción de proveedores ya que los supermercados en el país no tienen la capacidad para producir la variedad y cantidad de productos que estos tienen disponibles en sus perchas. Es importante “(...) mencionar que estos productos que se expenden en supermercados y comisariatos locales, un 90% proviene de proveedores nacionales, lo que significa el bienestar de nuestro país, garantizando la protección de la industria ecuatoriana”¹⁰³.

3.1.5.2 Tratamiento en el Derecho comparado

Desde una perspectiva doctrinaria, la influencia de las marcas propias de distribuidores se ha llegado a desarrollar durante los años. “Se discute si las marcas propias del distribuidor están desempeñado un papel mayor o menor entre los

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ N.A. *Las ‘marcas blancas’ ahora son reguladas.* <http://goo.gl/KZYXK7> (acceso 27/10/2015)

¹⁰² N.A. *La marca propia se amplía en los supermercados.* *Óp. cit.*

¹⁰³ Harold Toasa. *Marcas Blancas en Ecuador.* <http://goo.gl/hLZZph> (acceso: 27/10/2015).

minoristas”¹⁰⁴. Para responder esta disyuntiva, se analizará la acogida de las marcas propias en varios países. Como ya fue previamente mencionado en el presente capítulo, las marcas propias han sido utilizadas para proporcionar un valor extra a los clientes por parte de las distribuidoras¹⁰⁵. Un ejemplo, son las empresas minoristas estadounidenses Sears, J.C. Penney y A&P, quienes

(...) adoptaron las marcas propias como una manera de generar fidelidad a sus tiendas (más bien que las marcas de los fabricantes) y de lograr beneficios extras (pues las mercancías de marcas del distribuidor ofrecen a los minoristas márgenes brutos superiores de las marcas similares)¹⁰⁶.

En la actualidad muchos minoristas están potenciando sus programas de marcas propias para ofrecer una alternativa más directa al consumidor y que estos puedan comparar con la oferta de los proveedores de marcas tradicionales¹⁰⁷. Por lo cual existe una doble finalidad: tanto un beneficio propio para la empresa distribuidora de marca propia como el de los consumidores y su derecho a tener varias opciones de donde elegir. Sin embargo, a nivel mundial “la mayoría de las marcas se sienten apretadas por el creciente poder de los mayoristas y de los consumidores”¹⁰⁸. Debido al rápido crecimiento y aceptación de las marcas blancas¹⁰⁹, en especial en el continente europeo. Consecuentemente la doctrina establece que

(...) los minoristas están poniendo a las marcas bajo un significativo apretón. Cuando el minorista más grande del mundo es varios cientos de veces superior a una individual, es claro quién tiene los músculos más fuertes. Los dueños de las marcas necesitan que sus productos sean distribuidos, pero sienten cada vez más que esa distribución llega a costos progresivamente abrumadores¹¹⁰.

Al respecto, se realizó un análisis que consiste en la Evolución de la Participación de las Marcas de Distribuidor por Países: Reino Unido, Bélgica, Alemania, Francia,

¹⁰⁴ Louis W. Stern, et ál. *Canales de Comercialización*. España: Prentice Hall, 1996, p. 67.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Beatriz García Prósper. Et al. *Factores de innovación para el diseño de nuevos productos en el sector juguetero*. Parte III. Factores de innovación en el sector juguetero. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia. 2004, p. 257.

¹⁰⁷ Louis W. Stern et al *Canales de Comercialización*. *Óp. cit.*

¹⁰⁸ Lars Thomassen, Keith Lincoln y Anthony Iaconis. *La supervivencia de las marcas en una época dominada por los minoristas Retail*. *Óp. cit.* p. 43.

¹⁰⁹ El perfil del comprador es de una mujer de entre 25 a 50 años (en un 65% de los casos), de la clase media o media-alta (en un 81% de los casos), que reside en la proximidad del establecimiento (en un 59% de los casos) y que cada vez compra más marcas de distribución. Más de un 40% de los encuestados manifiesta que la imagen del establecimiento ejerce una gran influencia a la hora de probar una marca de distribuidor. En su decisión de compra influyen fundamentalmente las promociones.

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 44

Países Bajos, Italia y España. El análisis¹¹¹ de estos países hace referencia al volumen de marcas blancas al igual que el valor/precio correspondiente a cada país mencionado. Consiste de los años 1999, 2000 y 2001. Por un lado, en países como España, las marcas propias han ido creciendo en volumen y valor en esos tres años. Por otro lado, países como el Reino Unido, que teniendo cifras altas tanto en volumen como en valor de marcas de distribuidor han ido decayendo en los tres años mencionados en cifras. Empero, dentro de la totalidad de los países en la encuesta 5 países (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, España) de 7 (Reino Unido y Países Bajos) denotan un crecimiento en volumen y en valor de las marcas blancas, demostrando una clara aceptación por parte del consumidor en gran parte del continente europeo.

Asimismo, se realizó un análisis de la concentración de los cuatro primeros grupos de distribución en Europa¹¹², en porcentaje sobre la totalidad del mercado europeo. En la mayoría de países europeos el porcentaje de marca propia es relativamente alto en cada país. El que menos porcentaje posee es Grecia, con 25% de distribución de marca propia¹¹³. Por otro lado, países que tuvieron inmensa aceptación de marcas propias, como Holanda y Finlandia, con 80% de distribución de la totalidad del mercado, Noruega con 85% y el que más porcentaje tiene es Suecia con 95% del porcentaje total del mercado en Europa de distribución¹¹⁴. De los quince países en los que se realizó la encuesta, sólo tres países tienen menos del 50% de distribución y doce países tienen más del 50% de distribución de marca propia sobre la totalidad del mercado¹¹⁵.

Consecuentemente, a diferencia del 28% de ventas totales que tiene Ecuador de marca propia, en el Continente europeo existe una mejor aceptación de estas ya que en la mayoría de países, como fue mencionado anteriormente, existe más del 50% del mercado en ventas. Por lo cual, las características que representan a las marcas propias han tenido mayor acogida y preferencia en los consumidores desde hace varios años. No obstante, eso no quiere decir que en el Ecuador eventualmente no suceda lo mismo ya

¹¹¹ José Antonio Puelles Pérez y María Puelles Gallo. "Marcas de Distribuidor". *Distribución y Consumo*. *Óp. cit.* p. 58.

¹¹² *Ibíd.* p. 58.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

que las marcas blancas son relativamente nuevas en el mercado ecuatoriano, pero desde sus inicios han tenido un notorio crecimiento.

3.2 Funciones y roles de los Proveedores y Distribuidores

A continuación, hablaremos sobre la estructura del mercado del sector de supermercados y proveedores.

3.2.1 Estructura del mercado:

Cada mercado tiene su estructura, el sector de supermercados tiene tres grandes ejes de acción: **a)** Los productores o fabricantes de productos que actúan como proveedores, **b)** los hipermercados, supermercados o tiendas de barrio y **c)** los clientes o los consumidores finales¹¹⁶.

En el caso de supermercados, existen dos tipos de relaciones dentro de la estructura de mercado más conocidas como relaciones verticales y relaciones horizontales. Por un lado, las relaciones verticales son principalmente entre proveedores, supermercados y consumidores finales; mientras que las horizontales tratan de la competencia que tienen por una parte, entre proveedores para suministrar sus productos en los supermercados y por otra, entre los supermercados para la comercialización de los mismos productos¹¹⁷. En efecto, el presente trabajo se referirá a la relación vertical que existe entre proveedores y distribuidores con el fin de obtener marcas propias y ofertarlas en sus repisas.

3.2.1.1 Distribuidores

Hoy por hoy, “en el canal moderno conviven varios formatos de tiendas diseñadas para atraer distintos tipos de compradores, con distintas políticas de surtido; precio; actividad promocional; de distintas dimensiones; en distintas localizaciones”¹¹⁸. Por lo cual, existen tiendas/distribuidores que se agrupan por motivación de compra. Eso tiene que ver con la dimensión del establecimiento. Por lógica, se entiende que

¹¹⁶ Jaime Borja P. y John Reyes P. *El Sector de Supermercados en el Ecuador*. <http://goo.gl/5wm2uN> (acceso: 20/10/2015).

¹¹⁷ Jaime Borja P. y John Reyes P. *El Sector de Supermercados en el Ecuador*. Óp. cit.

¹¹⁸ José María Vilas. *Marcas líderes y distribución*. Madrid: ESIC, 2011, p. 93.

(...) por tamaño se puede afirmar que las más grandes tienen mayor surtido, formatos más grandes de producto, mayor actividad promocional, más distancia del centro de las grandes urbes, con una menor frecuencia de visitas y un carro de la compra de mayor valor¹¹⁹.

Mientras que “las tiendas más pequeñas suelen ser tiendas *discount*, pequeñas, con surtidos cortos, focalizados en precio, o bien tiendas de proximidad, para los productos básicos (...)”¹²⁰. En el Ecuador, las tiendas distribuidoras más grandes son conocidas como supermercados e hipermercados con capacidad a nivel nacional. Los supermercados ecuatorianos que se encuentran activos a nivel nacional fueron nombrados en el punto 1.5.1 Supermercados Ecuatorianos en el presente capítulo.

Los supermercados se definen como los “(...) establecimientos relativamente grandes, de bajo costo y márgenes reducidos, gran volumen de ventas, en régimen de autoservicio, diseñados para satisfacer las necesidades de alimentación y productos para el hogar de los consumidores”¹²¹.

Para Hoffman, el concepto de supermercado contiene cinco principios básicos que buscan mejorar la productividad de las ventas y reducir los costos de distribución: (i) Exhibidores para la elección personal y el autoservicio; (ii) centralización de los servicios al cliente en la caja de salida; (iii) instalaciones físicas de gran escala y bajo costo; (iv) gran hincapié en los precios; (v) una amplia variedad de mercancía para facilitar la compra de muchos artículos¹²².

Para los grandes establecimientos, “los objetivos relevantes para el lanzamiento de marcas de distribuidor son, por un lado, la fidelización de la clientela y por otro, la ampliación de los márgenes comerciales y la mayor independencia respecto al fabricante”¹²³. En teoría, para “la fabricación de la marca de distribuidor es necesario contar con personal propio[y] (...) especializado (...)”¹²⁴. Sin embargo, en el Ecuador la realidad es distinta. Como fue mencionado previamente, los supermercados no tienen la

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Emilio García Vega. *Una Aproximación al Retail Moderno*. Lima: Universidad del Pacífico, 2011, p. 35.

¹²² *Ibíd.* p. 36.

¹²³ José Antonio Puelles, Paula Fernández y Ricardo Albert. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp. cit.*, p. NA.

¹²⁴ *Ibíd.*

capacidad para crear sus productos de marca blanca en la cantidad y variedad que hoy por hoy ofrecen, por lo que recurren a proveedores. Frente a esta relación vertical, los supermercados encargan la producción de sus marcas propias a los fabricantes de marcas tradicionales para que fabriquen productos de marca propia de igual calidad que las marcas tradicionales¹²⁵.

3.2.1.2 Proveedores

El proveedor de marca propia es una persona natural o jurídica que abastece a un establecimiento con productos para el desarrollo de la actividad de esa empresa¹²⁶. Por lo cual, los proveedores/fabricantes son los que tienen la capacidad económica, tecnológica y física donde se producen productos de marcas tradicionales y productos de marca propia de similar o igual calidad que la marca tradicional. El fabricar productos de marca propia tiene ciertos beneficios y riesgos para los proveedores.

3.2.1.2.1 Beneficios de la producción de marcas propias

Por un lado, parte de los beneficios es el fabricar a un menor costo de producción el producto de marca propia de menor calidad pero similar a la calidad de un producto de marca tradicional. Asimismo, los oferentes de marcas propias no tienen que cubrir ningún gasto de publicidad para vender el producto, ya que venden una cuota fija al distribuidor como producto de marca propia. Tampoco tienen que afrontar gastos en crear promociones para incentivar a los consumidores a comprar sus productos ya que esto corresponde al comprador del producto o distribuidores.

Por otro lado, el envasar el producto, depende de la modalidad de acuerdo entre el distribuidor y productor sobre cómo envasar el producto. Existen casos en que el proveedor envasa los productos de marca propia a un costo simple y económico; esto se debe a que el envase sólo contiene el nombre del distribuidor y el nombre de producto¹²⁷. Se puede presentar el caso de que el proveedor no envasa el producto, se ahorra ese costo y lo hace el distribuidor. Por ende, como un beneficio total y final, el que el proveedor no enfrente gastos y reduzca algunos, aumenta la rentabilidad de la

¹²⁵ *Ibíd.* p. 64

¹²⁶ Debitoor. *Definición de proveedor*. <https://debitoor.es/glosario/definicion-proveedor> (acceso: 29/10/2015)

¹²⁷ Ejemplos: arroz, leche, azúcar, etc.

fábrica. En efecto, no importa que el producto no tenga su marca ya que no se verá afectada, sino beneficiada por la modalidad del negocio.

3.2.1.2.2 Riesgos de la producción de marcas propias

Siempre existen ciertos riesgos que debe saber afrontar o evitar el proveedor. “Uno de los inconvenientes que la introducción de marcas propias supone para los proveedores que fabrican sus marcas y marcas propias, es la posible auto-competencia”¹²⁸. Esto toma lugar el momento en que un proveedor es quien produce el mismo producto para su marca privada y para la marca propia de un distribuidor determinado. Ambas marcas son producidas por el mismo fabricante y las ventas de ambas se producen en el mismo establecimiento, lo cual puede llegar a afectar su tanto su marca como empresa fabricante. En los casos la marca propia tiene estas características llamativas para los consumidores, puede ocurrir que se desplace la demanda de la marca privada del proveedor hacia la marca propia del establecimiento, por lo que las ventas del fabricante disminuirán considerablemente¹²⁹.

En el presente caso, los consumidores que deciden adquirir el producto de marca propia, en la mayoría de casos reciben el mismo producto, de igual calidad y a un menor precio. Consecuentemente, la competencia intensiva entre marcas propias y otras marcas se reflejan en los precios bajos que pueden ofrecer las marcas propias, por lo “(...) los fabricantes ten[drán] que bajar su precio para ajustarse a la demanda, sacrificando así su capacidad para hacer inversiones futuras o incluso su crecimiento en el largo plazo”¹³⁰ (punto 1.4.1.1. Precio del presente capítulo).

3.3 Marcas propias dentro del Derecho de Competencia

Existen varias ventajas y desventajas a partir del rol que tienen las marcas propias para el Derecho de competencia, las cuales serán mencionadas a breves rasgos a continuación debido a que ya fueron mencionadas de una manera u otra en el presente trabajo de titulación.

¹²⁸ Delegatura de Protección de la Competencia. *Marcas propias en el sector retail en Colombia*. Óp cit.

¹²⁹ Ibíd.

¹³⁰ Marta Isabel. *Marcas de distribuidor. Organización, producción e impacto para los productores españoles*. Trabajo de grado. Universidad de Valladolid. Segovia, 2014, p.11.

3.3.1 Ventajas

Una primera ventaja es que,

(...) la entrada al mercado de las marcas propias genera una mayor competencia no sólo entre las marcas de fabricante y las privadas al interior del establecimiento comercial, sino entre los minoristas por la fidelización de clientes a través de esta modalidad de productos”¹³¹.

Otra ventaja es que incentiva las relaciones de los agentes económicos que forman parte de la cadena de producción ya que los distribuidores requieren de los proveedores para poder ofrecer en sus perchas productos de marca propia. Además, incentiva la competencia entre el mercado sectorial de supermercados y proveedores y la producción nacional en el país.

En el Ecuador las marcas propias no son una amenaza en términos de porcentaje de ventas en contra las marcas tradicionales. Por ejemplo, la “Corporación La Favorita distribuye sus productos en sus locales de Supermaxi, Megamaxi, Gran y Akí. El porcentaje de participación de las marcas blancas, allí, está en promedio del 20%”¹³² en el 2012, siendo un porcentaje realmente bajo.

Otra ventaja para el derecho de competencia es el poder garantizar el derecho de escogencia y preferencia del consumidor mediante las marcas propias, teniendo un producto más del cual elegir.

Estas son algunas ventajas de las marcas propias dentro del derecho de competencia. Sin embargo, durante el presente trabajo se puede observar más ventajas que fueron en anteriores puntos mencionadas.

3.3.2 Desventajas

En otros países las marcas propias han afectado a la competencia. Esto se debe a que las marcas de distribuidor son competidores fuertes para marcas tradicionales. Tienden a desplazar la demanda y excluyendo del mercado a las marcas tradicionales. Consecuentemente, afectan tanto a la competencia como al consumidor. Por ejemplo, en Suecia la cuota de mercado de marcas propias sobre el mercado total es de 95% en el 2003, en Noruega es del 86%, en Finlandia y Holanda 80 %, Bélgica y Alemania es un

¹³¹ Kristy Lorena Vivas Oloya. *Marcas Propias en el Sector Retail en Colombia*. <http://goo.gl/2X3z0Q> (acceso: 28/03/2016)

¹³² N.A. *Empresas apuestan a la marca propia*. <http://goo.gl/JNDNTG> (acceso: 06/03/2016)

poco más del 40%, Suiza 75%, Austria 65%, Dinamarca 63% y en Bélgica 62%¹³³. Esto ocurre más que nada en el continente europeo, las marcas tradicionales son expulsadas del mercado, lo cual no promueve la competencia y es contrario al derecho. No obstante, esto no es el caso de Ecuador ya que las marcas propias tienen hasta el 28% del mercado total.

Otra desventaja, es

(...) la tendencia a la homogeneización entre las marcas de fábrica y las marcas propias en términos de calidad ha generado que la competencia entre las mismas haya dejado de orientarse exclusivamente en el enfoque precio y se traduzca en un enfoque de calidad, lo cual tiende a incrementar la sensibilidad cruzada al precio entre las dos modalidades de productos¹³⁴.

Por lo cual, al bajar los precios de las marcas tradicionales (para seguir compitiendo contra las marcas propias que tienen precios menores), en muchos casos los fabricantes suelen bajar los costos de producción, bajando la calidad de sus productos. Por ende, ocurre que los productos de marcas tradicionales que adquieren los consumidores no necesariamente son de la calidad que esperan por el precio que los adquieren.

De esta forma, se puede apreciar que las marcas propias son beneficiosas para el derecho de competencia porque incentivan hasta cierto punto el mercado, promoviendo la competencia entre los agentes económicos y atrayendo a los consumidores. Empero, como se pudo entender en el caso de Europa, pueden ser perjudiciales en la medida que desplazan la competencia y la demanda (marcas tradicionales). En efecto, una regulación pertinente sobre el control de abuso de poder de mercado es esencial para atender a los interés de cada agente económico. Así, por ejemplo, según un estudio realizado por el Instituto Británico de Derecho Internacional y comparado sobre las relaciones en las cadenas de suministro de alimentos en la Unión Europea consideró que la metodología legislativa más eficaz para tratar el tema es con las siguientes soluciones¹³⁵:

¹³³ José Antonio Puelles Pérez y María Puelles Gallo. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. *Óp cit.* p. 58.

¹³⁴ Delegatura de Protección de la Competencia (Colombia). *Marcas propias en el sector de retail en Colombia*. <http://goo.gl/Cs8obD> (acceso: 29/03/2016)

¹³⁵ Cfr. Consumers international. *La relación entre los supermercados y los proveedores*

- Normas basadas en el principio fundamental del comercio justo (es decir, el minorista debe negociar con sus proveedores en forma justa, legal y en buena fe, sin presiones y reconociendo la necesidad de certidumbre de sus proveedores)
 - Un instrumento vinculante que regule la conducta
 - La creación de un árbitro con dedicación exclusiva que pueda desarrollar una especialización en el sector
 - Un marco que sea asequible para todos los proveedores, cualquiera sea su origen geográfico
 - Publicación regular de informes que resalten las buenas y malas prácticas
 - La posibilidad de investigaciones formales
 - Un mecanismo que permita los reclamos anónimos
 - La posibilidad de sanciones económicas¹³⁶.

¿Cuáles son las consecuencias para los consumidores?
[http://www.consumersinternational.org/media/1066421/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers%20\(2\)%20spanish.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/1066421/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers%20(2)%20spanish.pdf) (acceso: 03/04/2016).

¹³⁶ *Ibíd.*

4 CAPÍTULO III: LA RESOLUCIÓN 008 RESPECTO A PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente capítulo se analizará la razón por la cual se cree que existe la necesidad de proteger a los proveedores como sujetos vulnerables dentro de un mercado; la disposición relativa a marcas propias mediante un contrato independiente de la Resolución 008 y como está contraría a la seguridad jurídica y los principios de legalidad, contratación y libertad de empresa.

4.1 Posición Vulnerable de los Proveedores

De la escuela de leyes de Harvard, el profesor de Administración de Empresas Thomas R. Eisenmann, establece que los proveedores poseen un espíritu empresarial de aprovechar las pequeñas ventajas de oportunidades que se pueden presentar para el mejor desarrollo de su actividad empresarial¹³⁷. Los tipos de oportunidades la doctrina las señala como las siguientes: (i) el pionero que quiere innovar un producto; (ii) crear un nuevo modelo de negocios; (iii) crear una versión más barata de un producto ya existente; o (iv) cambiar la orientación y demanda de un producto existente a nuevos conjuntos de clientes¹³⁸.

Una vez entendido la naturaleza de cómo actúa y lo que busca un proveedor, cabe mencionar que los proveedores son agentes económicos que se encuentran en la cadena de comercialización, por ejemplo, de suministradores de insumos¹³⁹. El que sean parte de una cadena, frente a grandes distribuidores puede conllevar a que se den abusos hacia estos (denominados abusos en situación de dependencia económica). El artículo 10¹⁴⁰ de la LORCPM reconoce esta situación.

¹³⁷ Thomas R. Eisenmann. *Entrepreneurship: A Working Definition*. <https://goo.gl/Fb358N> (acceso: 17/03/20156).

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Juan Francisco Rojas. *El Abuso de la Posición de Dominio en el mercado en la Legislación Nacional*. <https://goo.gl/McWAt0> (acceso: 02/03/2016).

¹⁴⁰ **Artículo 10.-** Prácticas de Abusos de Poder de Mercado de dependencia económica

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.

La vulnerabilidad surge ante el desequilibrio entre supermercados y proveedores como agentes de un mercado. Esto se debe a que los supermercados, que tienen por lo general mayor reputación y poder comercial, han logrado desarrollar sus propias marcas con un alto nivel de participación en el mercado, ocasionando que los minorista se conviertan en competencia directa de los proveedores¹⁴¹. Es decir los productos de marcas son preferidas cada vez más por su mayor rentabilidad¹⁴². Como resultado, los proveedores pierden acceso a compradores alternativos mayores y su capacidad de negociación disminuye considerablemente¹⁴³.

Al respecto, Consumers International¹⁴⁴ se ha manifestado de la siguiente manera:

El desequilibrio de la capacidad de negociación que existe entre los supermercados y proveedores fomenta prácticas de compra abusivas, lo que se ha documentado en la Unión Europea y en otras economías del mundo desarrollado, los abusos son de naturaleza financiera y generan incertidumbre entre los proveedores¹⁴⁵.

Por ejemplo: tarifas por espacios de estanterías, demanda por descuentos adicionales, en este sentido los proveedores deben afrontar costes y riesgos inesperados.

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 ventas 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.

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

¹⁴¹ Cfr. Consumers international. *La relación entre los supermercados y los proveedores ¿Cuáles son las consecuencias para los consumidores? Óp.cit.*

¹⁴² Cfr. *Ibíd.*

¹⁴³ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴⁴ Es una federación mundial de organizaciones de consumidores que trabajan mas de 250 organizaciones miembros en 120 países y actúa como la única voz global autorizada e independiente de los consumidores. Ver ec.consumerinternational.org.

¹⁴⁵ Consumers international. *La relación entre los supermercados y los proveedores ¿Cuáles son las consecuencias para los consumidores? Óp.cit.*

País	Año	Cantidad de los principales supermercados	Su participación combinada en el mercado alimentario
Australia	2011	2	71
Austria	2009	3	82
Bélgica	2011	5	71
Canadá	2011	5	75
Dinamarca	2009	5	80
Finlandia	2011	3	88
Francia	2009	5	65
Alemania	2011	4	85
Grecia	2009	5	50
Italia	2009	5	40
Países Bajos	2010	5	65
Noruega	2011	3	81
Portugal	2011	4	61
España	2009	5	70
Suiza	2011	3	76
Reino Unido	2011	4	76
EE.UU.	2006	4	35

Concentración de la participación del mercado alimentario internacional¹⁴⁶

Los abusos que pueden darse en contra de los proveedores demuestra la vulnerabilidad en la que se encuentran dentro del sector del mercado dentro del cual se desenvuelven. En efecto, con el fin de otorgar la debida protección a los proveedores, se ha expedido la Resolución 008. Este instrumento tiene la finalidad de regular la relación comercial entre supermercados y proveedores, estableciendo los lineamientos que deben seguir los distribuidores al momento de contratar con sus proveedores.

Cabe recalcar que la afectación de los proveedores en ultima ratio afecta a los consumidores ya que tendrán que costear los efectos negativos que acarrea el abuso de poder por parte de los supermercados: como adquirir productos de menor calidad en relación a lo que esperaban por el precio que los adquieren o el tener que recurrir a un establecimiento determinado para adquirir el producto de marca propia, entre otros. Frente a lo expuesto, no cabe duda que debe existir una regulación con el fin de proteger la competencia y al consumidor.

4.2 Contratos de producción independientes

Los supermercados, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, no tienen canales de aprovisionamiento, ni producen sus productos de marca propia; obtienen sus productos a través de sus proveedores. Por ejemplo, el supermercado Supermaxi S.A. de

¹⁴⁶ *Ibíd.*

la Corporación La Favorita S.A, “(...) no [dispone de] plantas propias, (...) los mismos laboratorios o fábricas proveedoras de otras marcas se encargan de elaborar los productos Supermaxi bajo iguales estándares de calidad”¹⁴⁷. Del mismo modo, el supermercado “Santamaría tampoco maneja planta propia sino que busca proveedores con mejores precios y que tengan estrictos controles de calidad”¹⁴⁸. Esta misma situación se transmite a todos los supermercados del Ecuador que ofrecen productos de marcas blancas (como se puede apreciar de los artículos publicados por cada empresa distribuidora).

La Resolución 008 impone una formalidad a marcas propias que no se contempla para otro tipo de marcas. En su artículo 9, establece que “para la producción o fabricación de productos con marca propia, las cadenas de supermercados del sector normado celebrarán contratos independientes de producción con sus respectivos proveedores”¹⁴⁹. Define al contrato de provisión como un “instrumento jurídico que detalla los derechos y obligaciones contractuales entre un proveedor y una cadena de supermercados”¹⁵⁰.

Además, establece en su artículo 6 que

los proveedores y las cadenas de supermercados deben convenir por separado e individualmente sus relaciones comerciales mediante contratos de provisión escritos o por medios electrónicos conforme a la normativa vigente, que contemplan disposiciones que aseguren la aplicación de lo dispuesto en esta regulación¹⁵¹.

De esta manera, según la resolución, se previene cualquier tipo de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica entre los agentes económicos del sector. La razón de la existencia de la disposición de marca propia emerge debido a que anterior a su existencia, en el Ecuador, la relación entre proveedores y distribuidores en la mayoría de los casos se llevaban a cabo por distintos medios. Muchas veces los contratos no estaban escriturados siquiera.

¹⁴⁷ N.A. *La Marca propia se amplía en los supermercados*. <http://goo.gl/h6oaWS> (acceso: 27/10/2015)

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* Artículo 9.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

Por ende, la mayoría de acuerdos (constantes en correos electrónicos u órdenes de compra), sobre la marca propia y la provisión del producto constaban conjuntamente en un solo medio; no se realizaba cada obligación por separado como impone la Resolución.

En esencia, el contrato de marca propia (producción) consiste en que el supermercado se obliga a dar una remuneración a un proveedor, y a cambio éste le entrega productos que el supermercado buscará vender con su marca propia. Por otro lado, el contrato de provisión consiste en que el proveedor abastece al supermercado de marcas tradicionales, con el fin de que este distribuya los productos colocándolos en sus pechas.

Cabe mencionar que “en la mayoría de los casos, son los distribuidores quienes dominan el proceso de negociación y quienes determinan las condiciones contractuales”¹⁵². “Esto es debido al gran tamaño de los pocos distribuidores que existen, frente a los abundantes y pequeños productores”¹⁵³, como fue mencionado en el punto sobre vulnerabilidad de los proveedores. Por esta razón, existe cabida a prácticas de abuso por parte de los distribuidores hacia sus proveedores.

Desde la perspectiva de la Resolución 008, para que la relación entre supermercados y distribuidores¹⁵⁴ sea exitosa, se requiere de un contrato separado con el fin de prevenir situaciones de abuso.

El instrumento mencionado tiene como finalidad regular la relación comercial entre supermercados y proveedores y en el presente caso, impone a los distribuidores realizar contratos independientes con su proveedor de marcas propias como ya fue previamente mencionado. Sin embargo, ¿qué tanto beneficia o contribuye esta disposición a la relación entre proveedor y supermercado? ¿Qué tanto beneficia la presente disposición al mercado? ¿Es concordante esta disposición con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los derechos y principios constitucionales?

¹⁵² Marta Isabel. *Marcas de distribuidor. Organización, producción e impacto para los productores españoles. Óp cit.*, p.10.

¹⁵³ *Ibíd.* pp.10-11.

¹⁵⁴ Relación entre Supermercados y Proveedores.

El momento de entrar en vigencia la disposición de marca propias, la Junta obvió analizar varios factores que responden a las preguntas previamente expuestas. En primer lugar, la Junta en calidad de órgano regulador, se excede de su competencia al regular a todo un sector que no le compete, debido a que la ley no le faculta más que regular a los agentes del sector que se encuentren bajo relación de dependencia económica. En segundo lugar, como consecuencia de exceso de la Junta, corrompe al principio de legalidad como será analizado a continuación. En tercer lugar y consecuentemente, la disposición de la resolución es contraria al principio de libertad de contratación y libertad de empresa. Lo afirmado, será analizado a continuación.

4.2.1 Relación de dependencia

La situación de dependencia ocurre cuando un operador económico no tiene alternativas equivalentes para el ejercicio de la actividad que desarrolla con otro agente económico. En el sector de supermercados y proveedores, no en todas las relaciones existe dependencia económica; pues hay excepciones. Por ejemplo, cuando tanto el distribuidor y el productor tienen una participación en el mercado importante (como podría ser el caso de la venta de aceites por parte de Industrial Danec S.A. a Corporación Favorita S.A.). Otro ejemplo, en el caso de existir una relación de dependencia económica de un proveedor hacia un distribuidor, los distribuidores pueden abusar de dicha relación al ser quienes suelen dominar el proceso de negociación y quienes determinan las condiciones contractuales¹⁵⁵. Esto se debe al gran tamaño de los pocos distribuidores que existen, frente a los abundantes y pequeños productores.

Por esta razón, el Ecuador ha optado por regular estas situaciones con la finalidad de evitar prácticas anticompetitivas por abuso de poder de mercado existiendo dependencia económica. Al respecto, el artículo 10 de la LORMER establece:

Artículo 10.- Prácticas de Abusos de Poder de Mercado de dependencia económica

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

¹⁵⁵ Marta Isabel. *Marcas de distribuidor. Organización, producción e impacto para los productores españoles. Óp cit.*, p.10-11.

de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de ventas 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.

4. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos¹⁵⁶.

Las atribuciones de la Junta se limitan a la regulación de las situaciones de dependencia económica, ya que los abusos de ese tipo son una de las categorías de prácticas anticompetitivas recogidas en la ley. Sin embargo, la relación entre oferentes y proveedores puede no¹⁵⁷ involucrar una relación de dependencia, siendo algo que no toma en cuenta la Junta. La Resolución aplica a todo tipo de relación y no solo a las que tienen el elemento de la dependencia económica.

En consecuencia, la Junta excedió sus atribuciones. Eso contraria al principio de legalidad que se encuentra garantizado por la Constitución, tal como será mencionado a continuación.

4.3 Principios y derechos fundamentales

4.3.1 ¿En qué consiste el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica?

En primer lugar, respecto al principio de legalidad, este constituye una garantía básica del debido proceso y una garantía constitucional¹⁵⁸. Este principio impone que todo ejercicio que proviene del poder estatal está regido por la voluntad de la ley y su interpretación literal. Bajo esta línea de ideas, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana ha establecido que el principio de legalidad

¹⁵⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* Artículo 10.

¹⁵⁷ Un ejemplo de un caso en que no existe una posición de dominio bajo relación de dependencia, es cuando el proveedor es el único dentro del mercado a nivel nacional que ofrece X producto y no depende económicamente necesariamente de un solo distribuidor, sino que se maneja libremente dentro del mercado. Otro ejemplo es cuando un proveedor posee una receta única e innovadora que se encuentra bajo la protección del régimen de propiedad intelectual. Consecuentemente, una receta que tuvo gran acogida y es de preferencia entre los consumidores que demuestra una alta demanda.

¹⁵⁸ **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. (...)

(...) implica el necesario sometimiento y subordinación de la administración pública al “bloque de la legalidad”, integrado no sólo por las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino también por los principios y normas constitucionales y normas del derecho material que puede ser establecido por la misma administración actuando dentro de la competencia que le haya sido reconocida¹⁵⁹.

Así, este principio hace referencia al respecto que debe existir hacia el bloque de legalidad, integrado por normas emitidas a través del poder legislativo, principios, garantías constitucionales, y actos de la administración que sean emitidos por el órgano competente y dentro de su competencia. Bajo esta línea de ideas, resulta lógico sostener que el acto normativo de la Administración Pública debe regirse sobre el axioma de la supremacía constitucional.

El acto normativo es “la manifestación de voluntad excepcional de la Administración que nace del ejercicio de la potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado”¹⁶⁰. Dicho acto debe estar al tanto del principio de legalidad para que nazcan y causen efectos jurídicos, fuera de la esfera de la arbitrariedad. En efecto, el principio de legalidad actúa establece los parámetros para determinar si los órganos estatales y sus funcionarios respetan y se someten al ordenamiento legal, ya que la normativa vigente constituye el motivo y límite de sus actuaciones.

La doctrina, unánimemente sostiene que toda actividad administrativa debe estar limitada por las disposiciones normativas establecidas. Por lo expuesto, es menester analizar si la Junta ha actuado dentro del bloque de legalidad al emitir la Resolución 008, la misma que dispone sobre marcas propias.

En segundo lugar,

El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no

¹⁵⁹ Héctor Jorge, Escola. *Legalidad, Eficacia y Poder Judicial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 37.

¹⁶⁰ Defensoría del Pueblo. *El debido proceso en actos normativos y administrativos*. <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/135/1/ST-002-DEBIDO%20PROCESO%20EN%20ACTOS%20NORMATIVOS%20Y%20ADMINISTRATIVOS.pdf> (acceso: 3/04/ 2016).

se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo¹⁶¹.

En efecto, la seguridad jurídica es la convicción de que la ley es cumplida y aplicada por todos, sobretodo por las autoridades. Se trata pues, del sometimiento de las Administración Pública al ordenamiento legal para cumplir con el principio de seguridad jurídica. De acuerdo con el tratadista Antonio Fernández Galiano:

(...) la seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos¹⁶².

De esta forma, se entiende que la seguridad jurídica se encuentra altamente relacionada con el principio de legalidad ya que el incumplimiento de la legalidad involucra inseguridad jurídica. Por esta razón, se analizará la inseguridad jurídica que genera la Junta en relación con sus disposiciones de marcas propias.

En adelante, se desarrollarán varios temas ligados con lo expuesto.

4.3.1.1 El reconocimiento del principio de legalidad en la Constitución.

Nuestra Constitución recoge explícitamente los citados principios. El principio de legalidad se encuentra tipificado en el artículo 226, que establece: “[l]as instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. 11 de julio de 2002.

¹⁶² José García Falconí. *Seguridad Jurídica*. <http://goo.gl/U8W1sf> (acceso: 18/03/2016)

competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”. El artículo 82 de la Constitución establece “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”¹⁶³.

En primer lugar, la constitución habla sobre seguridad jurídica. De acuerdo con el tratadista Antonio Fernández Galiano:

(...) la seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos¹⁶⁴.

Por lo cual, la seguridad jurídica se basa en que se respete el orden dentro del derecho, entendido como el principio de legalidad. Sobre el tema, la jurisprudencia ecuatoriana expone al principio de legalidad como la configuración necesaria, por un orden formado y basado en un orden legislativo (normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes); por lo cual la tipicidad es la respuesta del derecho al sistema positivo, con la finalidad de la protección de los derechos individuales¹⁶⁵. Consecuentemente, se encuentran en juego los derechos de cada individuo.

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁶⁶ ha establecido que “(...) la seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá”¹⁶⁷. La seguridad jurídica es el efecto del respeto al principio de legalidad. El momento que se rompe con el principio de legalidad, inmediatamente causa una inseguridad jurídica. Por ende, el Estado reconoce su responsabilidad de hacer respetar el principio de

¹⁶³ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 82.

¹⁶⁴ José García Falconí. *Seguridad Jurídica. Óp. cit.*

¹⁶⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Sentencia No. 1094-2013, de 17 de septiembre de 2013.

¹⁶⁶ La ex Corte Constitucional para el periodo de Transición en sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0330-10-EP 7.

¹⁶⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. *Óp. cit.*

legalidad y los derechos de las personas. Mientras se respete lo expuesto en el artículo 82 de la Constitución, necesariamente se respetará también el principio de legalidad.

4.3.1.2 ¿Coarta la Resolución 008 el principio de legalidad?

La Junta, como se analizó en el Capítulo primero (cuarto punto), tiene la facultad de dictar normas de carácter generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, siempre y cuando dichos actos normativos no alteran o innoven disposiciones legales¹⁶⁸. Frente a esto, en ningún momento la Constitución ni la LORCPM le faculta a la Junta regular la relación de proveedores y supermercados que no se encuentren bajo dependencia económica. En consecuencia, las disposiciones relativas a marcas propias (artículo 6 & 9) han sido emitidas por un órgano incompetente. Por lo que, la Junta mediante sus acciones, contraría al principio de legalidad y genera inseguridad jurídica.

4.3.2 Derechos Fundamentales

La doctrina define a los derechos fundamentales como aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano con objeto de protección¹⁶⁹. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos. Se debe evaluar a cada derecho fundamental casuísticamente.

A continuación, se analizarán los principios de libertad de contratación y libertad de empresa, en referencia a la disposición relativa a marcas propias en la Resolución 008 emitida por la Junta.

4.3.2.1 ¿En qué consiste el derecho a la libertad de contratación?

De acuerdo a la doctrina, el principio de la libertad de contratación “permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las

¹⁶⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* Artículo 35.

¹⁶⁹ Galo Chiriboga Zambrano, Hernán Salgado Pesantes. *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: ILDIS, 1995, p. 15. <http://goo.gl/9RCOV7>

diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes”¹⁷⁰. Por lo cual, se analizará cada aspecto que conforma el presente principio además de las libertades individuales que lo componen, como el principio de autonomía de voluntad al igual que el principio de libertad de configuración interna; por ser las bases esenciales de la libertad que tiene un individuo al momento de celebrar un contrato.

4.3.2.1.1 Contrato

La doctrina define al contrato como la especie de “(...) un negocio jurídico bilateral que implica un acuerdo de voluntades, cuyo fin es crear, modificar o extinguir una relación jurídico obligatoria (...)”¹⁷¹. De igual manera, la legislación ecuatoriana establece que el “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹⁷². Consiguientemente, el contrato, como instrumento jurídico, consiste de tres elementos esenciales¹⁷³: i) el acuerdo de las partes¹⁷⁴; ii) pluralidad de sujetos¹⁷⁵; y, iii) consecuencia jurídica¹⁷⁶.

Como se puede apreciar, el contrato contiene un elemento volitivo mediante el cual las partes se obligan a celebrar. Por esta razón, “la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”¹⁷⁷. Así pues, las normas que regulan la institución del contrato se justifican a partir de la existencia del denominado principio de la autonomía de la voluntad.

4.3.2.1.1.1 Autonomía de la voluntad contractual

Alessandri define la autonomía de la voluntad como la libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración, y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del

¹⁷⁰ Julio César Betancourt, *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf (acceso: 03/04/2016)

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 3.

¹⁷² Código Civil Ecuatoriano. Artículo 1454. Registro Oficial No. 46 de 24 junio 2005.

¹⁷³ Rodríguez Velarde. *Elementos del contrato*. <http://goo.gl/XSMXWW> (acceso: 23/03/2016).

¹⁷⁴ Es la autonomía de la voluntad manifestada en la libertad contractual debido al consentimiento de las partes.

¹⁷⁵ Presume la existencia de dos o más sujetos con intereses distintos.

¹⁷⁶ Los contratos son acuerdo de voluntades cuyo objetivo es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

¹⁷⁷ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 1576. Registro Oficial No. 46 de 24 junio 2005.

acuerdo de voluntades¹⁷⁸. La autonomía de la voluntad permite a los particulares regular por sí mismos sus intereses y relaciones jurídicas con los sujetos; reconoce la potestad que tiene cada individuo para regular sus derechos y obligaciones a su conveniencia.

Entonces, la autonomía privada es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y es aquí donde se concretiza la autonomía privada. En otros términos, la autonomía de la voluntad se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, a través de actos o negocios jurídicos. Por otro lado, este principio no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra¹⁷⁹.

No obstante,

si bien es cierto que el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es decir, el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado este principio, esto no puede llevar a considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico. Todo acto jurídico, y dentro de él, por supuesto, el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. El principio de autonomía de la voluntad no es, por tanto, absoluto e ilimitado, sino que encuentra actualmente notables restricciones que han condicionado un rediseño de dicho principio, manifestado en la llamada crisis o decadencia de la autonomía de la voluntad

Frente a lo dicho, la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente vinculada con la libertad de contratación y la libertad contractual¹⁸⁰. Específicamente, “la primera [la libertad de contratación] corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda [la libertad contractual] está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación”¹⁸¹.

Este Tribunal tiene establecido que el derecho a la libre contratación ‘(...) se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, prima facie: (i) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y (ii) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación

¹⁷⁸ Arturo, Alessandri. *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 10.

¹⁷⁹ Katiuska Hernández y Danya Kosme. *Autonomía de la voluntad: la sede contractual civil*. Alemania: Editorial Académica Española, 2012, p. 34

¹⁸⁰ Rodríguez Velarde. *Elementos del contrato*. *Óp. cit.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación (...) ¹⁸².

Consecuentemente, la autonomía de la voluntad de las partes es el eje central en materia contractual. En esencia, los individuos tienen la facultad de auto-diseñar la estructura y el funcionamiento del contrato ¹⁸³. Por esta razón, la autonomía de la voluntad forma parte de la libertad de contratación, al igual que la libertad de configuración interna. En este sentido, se puede decir que la autonomía de la voluntad es un medio de realización del principio de libertad de contratación.

4.3.2.1.1.2 *Libertad de configuración interna*

El principio de libertad de configuración interna es la facultad de un persona de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Esta libertad no es absoluta. Según la doctrina,

(...) la libertad de configuración interna hace referencia sólo a los contratos típicos en los cuales la finalidad digna de tutela jurídica está garantizada por el hecho de ser tales contratos obra del legislador, ya que tratándose de contratos atípicos, en los que no existe garantía, quedará sin explicación que no se haya puesto a la libertad de configuración interna el límite de la citada finalidad ¹⁸⁴.

El Derecho civil ecuatoriano permite a las personas realizar todo aquello que no esté prohibido por la ley, los individuos pueden celebrar contratos atípicos a nuestra legislación siempre que no sean contrarios a la ley. Como se puede apreciar, los principios de autonomía de la voluntad y de configuración interna reconocen la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, de ejercer la titularidad de sus derechos subjetivos y de concertar cualquier negocio jurídico ¹⁸⁵ que estimen necesario o conveniente. Consecuentemente, estos principios conjuntamente son la manifestación libre de la manera en la cual las partes realizan un contrato; integrando el principio de la libertad de contratación.

¹⁸² César Landa Arroyo, “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional: recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales”, publicado 2010, Palestra editores Lima Perú, pp. 229-265.

¹⁸³ Katiuska Hernández, Danay Cosme. *Autonomía de la Voluntad: La sede contractual civil*. Alemania: Editorial Académica Española, 2012, p. 4.

¹⁸⁴ Rodríguez Velarde. *Elementos del contrato*. *Óp. cit.*

¹⁸⁵ Katiuska Hernández y Danay Cosme. *Autonomía de la Voluntad: La sede contractual civil*. *Óp. cit.*, p. 3.

4.3.2.1.2 El reconocimiento del derecho de la libertad de contratación en la Constitución.

El principio de libertad de contratación es visto “(...) como el poder jurídico o facultad que tiene todo individuo para celebrar contratos y determinar libremente el contenido de los mismos (...)”¹⁸⁶. En efecto, la Constitución ecuatoriana reconoce al presente principio en su artículo 66: “Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación”¹⁸⁷.

Como se puede apreciar, la Carta Magna faculta a los individuos el ejercer su derecho de libertad de contratación de manera plena. Por un lado, mediante la libertad de autonomía de la voluntad, de realizar o no contratos, de establecer la forma que deseen y con quien celebrarlos. Por otro lado, a través de la libertad de configuración interna, a establecer sus propios términos y condiciones en los contratos. En conjunto, estos principios conforman el principio y derecho fundamental de libertad de contratación.

4.3.2.1.3 ¿Coarta la Resolución 008 el derecho a la libertad de contratación?

Del análisis realizado, la Resolución 008 en su disposición de marcas propias (artículo 6 y 9), limita de manera arbitraria la posibilidad de configurar los negocios jurídicos al obligar a los agentes económicos a suscribir el contrato de producción de manera independiente. Esto, inhibe a las partes del sector de supermercados y proveedores de ejercer su libertad de configuración interna al igual que autonomía de la voluntad, contrariando al principio de libertad de contratación consagrado en la Constitución ecuatoriana. Básicamente, la Resolución 008 limita este derecho a los agentes del sector al no permitirles auto-diseñar la estructura del contrato de marcas propias. La limitación injustificada del presente principio causa varias repercusiones negativas.

En primer lugar, a partir de que entró en vigencia la Resolución 008 (relativa a su disposición sobre marcas propias) sobre la obligación injustificada por parte de la Junta, causó que el sector deba cambiar los contratos de marcas propias que existían con

¹⁸⁶ Carlos Alberto Soto Coaguila. *Tutela Constitucional del contrato y los límites a la libertad de contratación*. <http://goo.gl/T4a4g4> (acceso: 15/03/2016).

¹⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 66 numeral 16.

anterioridad a la resolución, y se celebren nuevos con base en la forma que establece la resolución.

En segundo lugar, la Junta impone obligación arbitraria fuera de su competencia al excederse de sus facultades (punto 3.1 del presente capítulo), así limitando de manera arbitraria el derecho de libre contratación y generando inseguridad jurídica al no poder determinar qué se encuentra permitido por los agentes económicos dentro del sector y qué no el momento de celebrar contratos.

En tercer lugar, la resolución de la Junta relativa a marcas propias contradice no sólo a la Constitución, como se probó previamente, sino que también al Código Civil ecuatoriano. Por ende, los supermercados que no deseen realizar contratos independientes con sus proveedores de marcas propias, no tienen la obligación de hacerlo, en atención al artículo 8 del Código Civil.

Esto se debe a que los principios y derechos consagrados dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano solo pueden ser limitados por ley, no por instrumentos infra legales y contrarios al principio de legalidad, como lo es la disposición relativa a la marcas propias emitida por la Junta en la Resolución 008.

4.3.3 ¿En qué consiste el derecho a la libertad de empresa?

En cuanto al concepto de libertad de empresa, Aragon Reyes expresa: “es una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte”¹⁸⁸. Así,

[l]a libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa [...] Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad (...) ¹⁸⁹.

Es decir, se trata de un derecho de autodeterminación personal y de libertad, que permite realizar o ejecutar actividades económicas legalmente permitidas, con el fin de

¹⁸⁸ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y modelo económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 386.

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional (PERÚ), Caso Julia Mabel Benavides García Contenido normativo Criterios de procesabilidad de las demandas de amparo. Sentencia N.º 2802-2005-AA/TC de 12 de diciembre de 2005.

incrementar el patrimonio y la utilidad. La misma línea de ideas sigue la Corte Constitucional colombiana, que ha expresado lo siguiente:

Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización tipificadas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer - y el instrumental- a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral¹⁹⁰.

“Bajo esta lógica, (...) la libertad de empresa incluye cuatro aspectos fundamentales a saber: (i) la libertad de creación de empresas; (ii) la libertad de organización; (iii) la libertad de dirección del negocio; (iv) la terminación de la actividad”¹⁹¹. Estas libertades son las que abarcan el desarrollo de una empresa, al ejercer su libertad de empresa. Por lo cual, este principio es

(...) de enorme trascendencia, (...) por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular (...) por el hecho de que es necesario establecer condiciones para que este despliegue no sea arbitrario y que suponga una privación de derechos a las personas”¹⁹².

Así, la libertad de empresa es un componente de trascendental importancia en la economía moderna. No solo generan riqueza de sus proyectos empresariales, también crea puestos de trabajo y las condiciones necesarias para que una sociedad sea próspera. Por ejemplo, los empresarios pueden cambiar con sus innovaciones las formas de vida y de trabajo de manera positiva al (i) crear nuevos negocios capaces de generar nuevos empleos; (ii) generan renta mejorando las ofertas, productos y tecnologías y aportan al ingreso nacional; entre otros beneficios¹⁹³. Por tanto, es indudable la importancia que reviste el derecho de libertad de empresa tanto para el particular que pretende incursionar en una actividad económica y obtener un rédito de ésta, así como para el

¹⁹⁰ Corte Constitucional (Colombia). *Caso Francisco Cuello Duarte c. Art. 19 de la Ley 30 de 1986*. Causa No. C-524/95. Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

¹⁹¹ Andrea Fernández de Córdova. *El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2015, p. 26.

¹⁹² Christian Vera Álvarez. *La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social*. Bilbao: 2010, p.198.

¹⁹³ Seth, Shobhit *Why Entrepreneurs Are Important for the Economy*. <http://www.investopedia.com/articles/pf/09/start-business-in-depressed-economy.asp> (acceso: 02/03/2016)

país en general; pues incentiva el crecimiento de la empresa privada y, por ende, permite dinamizar la economía.

4.3.3.1 Libertad económica

A través del principio de la libertad de empresa, se manifiesta la libertad económica como el medio por el cual las empresas se desenvuelven libremente en el mundo de los negocios. La libertad económica se define por “(...) no supone[r] que el individuo pueda ejecutar *cualquier empresa*, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”¹⁹⁴. Certeramente este principio constituye un derecho “(...) modalizado por las exigencias generales que impone la propia Constitución y el ordenamiento jurídico en general”¹⁹⁵. Por lo tanto, existen ciertos límites normados por los instrumentos reguladores, permitiendo así a los agentes económicos que se manejen libremente pero dentro de los límites que impone la ley.

Cabe recalcar que el libre desarrollo económico de las empresas consecuentemente acarrea efectos que son positivos para un país. Algunos ejemplos son: promueve la libre competencia, promueve el crecimiento económico, entre otros.

4.3.3.2 Reconocimiento del derecho de la libertad de empresa en la Constitución.

El presente principio se encuentra reconocido y consagrado en la Constitución de la siguiente manera:

Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: #15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental¹⁹⁶.

Como se puede apreciar, el presente artículo contiene varios temas de análisis. En primer lugar, reconoce al presente derecho como “(...) una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad y, como tal busca que el ciudadano despliegue su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado

¹⁹⁴ Pedro Irureta Uriarte. *El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa*. Chile: Estudios Constitucionales, 2013, p. 378.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 376.

¹⁹⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Óp. cit.* Artículo 66 # 15.

haciéndolo de la forma menos regulada posible”¹⁹⁷. Bajo esta línea de ideas, el Estado ecuatoriano, reconoce y permite que el particular desempeñe su actividad económica, siempre y cuando respete los límites en cuanto a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

En primer lugar, “al circunscribir el ejercicio del derecho a la noción de solidaridad, la Constitución de Montecristi recalca que éste debe propender hacia la cooperación y la reciprocidad, buscando un beneficio mutuo”¹⁹⁸. Por lo que es importante recalcar que el Estado ecuatoriano es un Estado social que permite al poder público intervenir en el ámbito privado, estableciendo ciertos límites en la economía, con el fin de poder garantizar valores que sean adecuados para la sociedad, respondiendo tanto a las necesidades de la colectividad, como a los principios anteriormente expuestos ¹⁹⁹.

En segundo lugar, la responsabilidad social empresarial se define como “la intención de un negocio, más allá de sus obligaciones legales y económicas, para hacer las cosas correctas y actuar de modo que beneficie a la sociedad”²⁰⁰. Por lo cual, es una definición que asumen los negocios de respetar la ley, cuidar a sus accionistas, añadiendo un imperativo ético para hacer aquellas cosas que benefician a la sociedad y abstenerse de realizar aquello que la perjudica²⁰¹. Por ende, se basa en un manejo ético mediante los parámetros previamente mencionados.

En tercer lugar, la responsabilidad ambiental exige que quienes administran una empresa tomen en consideración los efectos de sus actividades empresariales sobre el entorno natural²⁰². Por lo cual la empresa, debe realizar sus actividades con el fin de satisfacer su obligación social que es el “compromiso de una empresa con acciones

¹⁹⁷ Andrea Fernández de Córdova. *El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero*. Óp. cit. p. 13.

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 16.

¹⁹⁹ Principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

²⁰⁰ Robbins Coulter. *Administración*. México: Pearson, 2010, p. 93.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ibíd.* p. 96.

sociales, derivado de su obligación de satisfacer ciertas responsabilidades económicas y legales.”²⁰³

Estos tres aspectos analizados son los parámetros dentro de los cuales los ecuatorianos deben ejercer su derecho de libre empresa (el principio de solidaridad, responsabilidad social y ambiental).

4.3.3.3 ¿Coarta la Resolución 008 el derecho a la libertad de empresa?

Al ser un derecho de libertad, la doctrina se refiere a este como la garantía del pleno desarrollo humano, mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos²⁰⁴. Por lo mencionado, “(...) el poder público tiene una obligación de no hacer, abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho, pues la configuración de éste -como derecho de libertad- corresponde a sus titulares”²⁰⁵. Además, el nombrado principio constitucional establece que todo empresario tiene el derecho de desenvolverse con libertad económica alrededor del giro de su negocio, como el realizar contratos como lo deseen siempre y cuando no sean contrarios a la ley. Por ende, para el sector de supermercados y proveedores, faculta a los individuos la libertad de realizar actividades económicas para la producción (de marcas propias con sus proveedores) de la manera en que lo deseen, ya sea con un contrato independiente o no.

Como se puede apreciar, la resolución realiza lo contrario al disponer sobre marcas propias²⁰⁶, ya que inhibe a las empresas el ejercer su libertad de empresa (que le reconoce la ley), en la medida que solamente pueden enmarcar su actuación de acuerdo a lo que estipula la resolución. En el presente caso, el que tengan que realizar un contrato independiente, que a simple vista no parece afectar al sector, contraría al principio de legalidad y los principios constitucionales, como se ha probado en el presente trabajo. En efecto, la resolución limita la realización de actividades económicas

²⁰³ *Ibíd.* p. 92.

²⁰⁴ Antonio Cidoncha. *La libertad de empresa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 204

²⁰⁵ Andrea Fernández de Córdova. *El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero*. *Óp. cit.* p. 13

²⁰⁶ Artículo 6 y 9 de la Resolución 008.

de manera injustificada (en comparación a la magnitud de efectos que acarrea la existencia de la disposición) específicamente limitando el principio de libertad de empresa. Además, el principio analizado solamente puede ser limitado por la ley, no por la Junta que regula fuera del alcance de su competencia, contrariando al ordenamiento jurídico ecuatoriano y causando inseguridad jurídica para el al sector de supermercados y proveedores.

Como se analizó, el principio de libertad de empresa es trascendental para la libertad económica porque es capaz de incentivar y promover el desarrollo de la libre personalidad y del empresario. El limitarlo es sumamente negativo para la economía del país ya que

(...) sus decisiones, sus limitaciones, sus prohibiciones, terminan afectando no sólo a los trabajadores que laboran en una empresa, sino que a una gran cantidad de usuarios y consumidores, que demandan bienes y servicios y condiciones ambientales acordes con la calidad de vida que desea la sociedad actual. El empresario de hoy ya no es considerado como un individuo abstracto y aislado, sino como miembro de una sociedad en la cual se plantean exigencias más allá de la mera producción de bienes y servicios²⁰⁷.

4.3.3.4 El concepto de barrera burocrática irracional e ilegal y la protección jurídica de la libertad de empresa.

Si bien es cierto que en el sector de supermercados y proveedores, que es regulado por la Resolución 008, se han cometido varios abusos por parte de los supermercados hacia los proveedores en relación de dependencia económica de manera injustificada, al mismo tiempo cabe recalcar que la disposición relativa a marcas propias emitida por Junta, es una clara manifestación de una barrera burocrática.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, burocracia significa: «administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas»²⁰⁸. La disposición sobre marcas propias, tiene una formalidad superflua que en consecuencia crea inestabilidad en las relaciones comerciales por los efectos que acarrea. Frente a esto, se confirma que el concepto de barrera burocrática alude a límites

²⁰⁷ Pedro Irureta Uriarte. *El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa*. Chile: Estudios Constitucionales, *Óp. cit.* p. 375.

²⁰⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Burocracia *Óp. cit.*

arbitrarios o injustificados impuestos por el Estado que impiden el acceso o la permanencia en el mercado²⁰⁹.

Según el tratadista Ibler, las actuaciones administrativas y de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que sean contradictorias con los derechos fundamentales, son en efecto contrarias al derecho, pues todo el derecho administrativo tiene que ser conforme a estos²¹⁰. Por ende, la disposición, como barrera burocrática, constituye una verdadera afectación arbitraria y desproporcionada al contenido esencial del derecho de la libertad de empresa, reconocido en la constitución ecuatoriana²¹¹. La presente disposición poco beneficencia del mercado, crea incertidumbre para los agentes, inseguridad y falta de coherencia.

Por tanto, debe haber prudencia en el manejo de un sector realmente económico. Una autoridad imprudente en una actividad de competencia conlleva a bloquear el comercio, la creatividad, imaginación, por ende la libertad de contratación, y ese no es el propósito de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por lo que tampoco debería ser de la Junta en la Resolución 008 relativo a las marcas propias.

²⁰⁹ Cfr. Cesar Ochoa. El control de barreras burocráticas por INDECOPI y la Tutela de derechos fundamentales económicos. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8909> (acceso: 03/04/2016).

²¹⁰ Cfr. Martin Ibler. “Derecho Administrativo como derecho constitucional concretizado”. Res Pública (2010) *Óp. cit.* p. 40

²¹¹ Cesar Ochoa. El control de barreras burocráticas por INDECOPI y la Tutela de derechos fundamentales económicos. *Óp. cit.*

5 Conclusión

Con base en estudio realizado durante el presente trabajo de titulación, sostengo las siguientes afirmaciones y conclusiones:

Las disposiciones de la Resolución 008 que han sido analizadas son contrarias al principio de legalidad ya que contrarían normas que son jerárquicamente superiores al regular a todos los agentes económicos del sector y no solo a los que se encuentran bajo una relación de dependencia como le permite la ley.

En primer lugar, cabe recalcar que sólo la ley, a través de un órgano competente, puede limitar y restringir derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y garantizado en la Constitución de Montecristi. Al ser contraria al principio de legalidad, la Junta de Regulación no respetó el principio de legalidad al emitir la disposición (artículo 6 & 9) sobre marcas propias en el Resolución 008.

Esto se debe a que la Junta es incompetente para emitir dicha disposición que pretende innovar y alterar disposiciones legales, que son jerárquicamente superiores. Tanto la LORCPM como la Constitución son contrarias a la Resolución. Esto se debe a que la disposición establece la obligación para todos los agentes del sector realizar contratos de marca propias independientes. Sin embargo, la ley solo le faculta a la Junta regular a los agentes del sector que se encuentren bajo relación de dependencia económica.

Por ende, la Junta contraría las disposiciones normativas previamente mencionadas y se excede de sus facultades, causando inseguridad jurídica en el sector de supermercados y proveedores, violentando el principio de legalidad.

La Resolución 008 emitida por la Junta de Regulación es contraria a la libertad de contratación y de empresa; su disposición de marcas propias limita de manera arbitraria a todos los agentes económicos del sector al contratar.

Los derechos y principios constitucionales solamente pueden ser restringidos por ley, en cuanto la expresión legítima de la voluntad de la nación²¹². En efecto, los derechos fundamentales y principios no pueden ser restringidos de ninguna manera por

²¹² Corte IDH. Principio de legalidad. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A. No. 6

un instrumento inferior a la ley, como lo hace la Resolución 008 al exceder el ámbito de su competencia alterando la normativa ecuatoriana. Al respecto la Carta Magna establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”²¹³. Consecuentemente, en el caso de limitar ciertos derechos mientras no sea realmente necesario, puede distorsionar el mercado.

Las limitaciones impuestas por la Resolución a estos dos derechos mencionados acarrearán problemas de fondo, como fue mencionado previamente.

Cabe recalcar que los Objetivos de la Resolución son los siguientes:

Artículo 4.- La aplicación de la presente regulación tiene como objetivo mantener la armonía y el equilibrio entre los operadores económicos sujetos a esta norma, evitando que se realicen prácticas comerciales que constituyen riesgos a la competencia y que ocasionen distorsiones en el mercado. De igual forma, asegurar el cumplimiento de las buenas prácticas comerciales acordadas; así como procurar la resolución de sus discrepancias mediante el mutuo acuerdo.

Además, con el afán de prevenir efectos de exclusión y barreras de mercado, la presente regulación también busca impulsar la participación de los actores de la Economía Popular y Solidaria, artesanos, así como de la micro y pequeña empresa en las relaciones comerciales de los operadores sujetos a esta norma²¹⁴.

No queda claro cómo el limitar los derechos y principios mencionados beneficia al sector y cumple con los objetivos previamente mencionados si es que por otro lado se contraría el ordenamiento jurídico. Normas así, en realidad, causan inseguridad jurídica.

Las disposiciones analizadas de la Resolución 008 carecen de eficacia jurídica al haber sido emitidas por una autoridad incompetente.

Las disposiciones de la Resolución 008 relativas a marcas propias (artículo 6 y 9) carecen de eficacia jurídica por haber sido emitidas por una autoridad incompetente. Tanto el principio de legalidad como las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, son contrariadas por dichas normas. La jurisprudencia ecuatoriana establece que no se puede tolerar la existencia de un acto emitido por la administración con vicios graves²¹⁵, cuyo autor haya excedido sus competencias.

²¹³ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* Artículo 11 numeral 4.

²¹⁴ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Resolución No. 008. *Óp. cit.* Artículo 4.

²¹⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia No. 0443-2013, de 21 de junio de 2012.

No obstante, la creación de la disposición se resume a ser una decisión burocrática que simplemente impone una formalidad en el contrato de marca propia sin realizar un análisis previo, sin ser mediante la seriedad debida e ni respeta a la ley. Debió ser como se realizo en Europa, mencionado en el tercer capítulo. El hecho de incrementar una formalidad a un contrato no significa que eso beneficie al mercado. En realidad en vez de promover la competencia, entorpece los procesos de negociación por complicaciones burocráticas que no necesariamente erradican el abuso de poder por parte de los supermercados.

En efecto, la Resolución 008 impone a los supermercados que realicen sus contratos de marcas con sus proveedores de manera independiente. Al parecer, constituye un simple formalismo inocuo, sin embargo, como se probó en el transcurso del presente trabajo, esta disposición contraría el principio de legalidad generando inseguridad jurídica, al igual que perjudica la competencia en el sentido que limita al principio de libertad de contratación y libertad de empresa de manera injustificada, mediante un instrumento de rango infra-legal.

6 BIBLIOGRAFÍA

6.1 Doctrina

- Aragón, M. *Constitución y modelo económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Alcaraz, S., Fontcuberta, C. & Frau Pons, M. Marcas Blancas. <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/5269/Marcas%20blancas.pdf?sequence=2> (acceso: 18/09/2015)
- Arturo, Alessandri. *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Branagan, A. Marcas propias y/o privadas. <http://goo.gl/EmMfpb> (acceso: 29/03/2016).
- Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. España: Editorial Aranzadi, 2011.
- Betancourt, J. *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf (acceso: 03/04/2016)
- Borja, J & Reyes, J. El Sector de Supermercados en el Ecuador. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/PONENCIA-3-Supermercados.pdf> (acceso: 20/10/2015)
- Calderón Rodríguez, M. Las marcas propias de productos alimenticios y su impacto en el momento de compra: Caso de análisis en la cadena minorista Éxito de la ciudad de Bogotá. Tesis de grado. Universidad del Rosario. Bogotá, 2014, p.15.
- Chiriboga Zambrano, G. & Salgado Pesantes, H. *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: ILDIS, 1995. Recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/44177.pdf>
- Cidoncha, A. *La libertad de empresa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006
- Consumers international. *La relación entre los supermercados y los proveedores*
- ¿Cuáles son las consecuencias para los consumidores? [http://www.consumersinternational.org/media/1066421/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers%20\(2\)%20spanish.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/1066421/the%20relationship%20between%20supermarkets%20and%20suppliers%20(2)%20spanish.pdf) (acceso: 03/04/2016).
- Coulter, R. *Administración*. México: Pearson, 2010
- Cordero Cuesta, Ana Belén. *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*. Quito: Tesis de Maestría Universidad San Francisco de Quito, 2016.
- Correa, Carlos M. “Nota de Dirección”. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial Ciudad de Argentina, 1999.
- Debitoor. Definición de proveedor. <https://debitoor.es/glosario/definicion-proveedor> (acceso: 29/10/2015)

- Defensoría del Pueblo. *El debido proceso en actos normativos y administrativos*. [http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/135/1/ST-002 DEBIDO%20PROCESO%20EN%20ACTOS%20NORMATIVOS%20Y%20ADMINISTRATIVOS.pdf](http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/135/1/ST-002%20DEBIDO%20PROCESO%20EN%20ACTOS%20NORMATIVOS%20Y%20ADMINISTRATIVOS.pdf) (acceso: 3/04/ 2016).
- Delegatura de Protección de la Competencia (Colombia). *Marcas propias en el sector de retail en Colombia*. <http://goo.gl/Cs8obD> (acceso: 29/03/2016) Díaz, O. *El derecho de la Competencia Económica*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1151/3.pdf> (acceso: 03/04/2016)
- Diez Canseco, L. *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. La Industria Cervecera Orgullo de Perú. Lima: Editorial Themis.
- Durand Carrión J. & Marín Sevilla M, *Régimen de Competencia*, Ecuador: Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Eliasson Carlsson Eliasson y Gunnar. *The nature and importance of economic competence*. <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp294.pdf> (acceso: 03/04/2016)
- Ecolink. *La importancia de las Marcas Colectivas en Nicaragua*. <http://goo.gl/qfAcpJ> (acceso: 29/03/2016).
- Eco. Finanzas. Aparato Productivo. http://www.eco-finanzas.com/diccionario/A/APARATO_PRODUCTIVO.htm (acceso: 21/03/2016)
- Empresas apuestan a la marca propia. <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/empresas-apuestan-a-marca-propia.html> (acceso: 06/03/2016)
- Eisenmann, T. *Entrepreneurship: A Working Definition*. <https://hbr.org/2013/01/what-is-entrepreneurship> (acceso: 17/03/2016)
- Escola, H.J. *Legalidad, Eficacia y Poder Judicial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- Ezrachi, A. & Ahuja, K. “Private Labels, Brands and Competition Law Enforcement”. <https://goo.gl/13DB5r> (acceso: 29/03/2016).
- Falconí, J. *Seguridad Jurídica*. <http://goo.gl/U8W1sf> (acceso: 18/03/2016)
- Fernández de Córdova, A. *El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2015
- Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial, 2002. □
- Flores, P. *El abuso de poder de mercado en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2014.
- García Falconí, J. *Seguridad Jurídica*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2012/01/06/seguridad-juridica>. (Acceso: 18/03/2016)

- García Machmar, William. Manual de la Libre Competencia. Santiago: Thomas Reuters Puntolex, 2011. □
- García Vega, Emilio. Una Aproximación al Retail Moderno. Lima: Universidad del Pacífico, 2011.
- García Prósper, B. Et al. Factores de innovación para el diseño de nuevos productos en el sector juguetero. Parte III. Factores de innovación en el sector juguetero. España: Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 2004.
- Grijalva Jiménez, A. & Troya Jaramillo, J.V. “Elementos para un derecho de la competencia”. Foro Revista de Derecho No. 1., 2003
- Hernández, K & Cosme, D. Autonomía de la Voluntad: La sede contractual civil. Alemania: Editorial Académica Española, 2012
- Ibler, M. “Derecho Administrativo como derecho constitucional concretizado”. Res Pública (2010)
- Instituto Ecuatoriano de Ley de Propiedad Intelectual. “¿Qué es el IEPI?”. <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/la-institucion/> (acceso: 18/8/2015).
- Instituto Ecuatoriano de Ley de Propiedad Intelectual. “Signos Distintivos”. <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/signos-distintivos/> (acceso: 24/8/2015).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Libre Competencia. Lima: Corporación Grafica Aliaga SAC., 2013.
- Irureta Uriarte, P. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa. Chile: Estudios Constitucionales, 2013.
- Kors, Jorge Alberto. “La Marca: Una herramienta del Derecho de la Competencia.” Derecho de Marcas. Buenos Aires: Editorial Ciudad de Argentina, 1999.
- La Economía. Bienes sustitutos. <http://laeconomia.com.mx/bienes-sustitutos/> (acceso: 22/02/2016)
- Marta Isabel. Marcas de distribuidor. Organización, producción e impacto para los productores españoles. Trabajo de grado. Universidad de Valladolid. Segovia, 2014, p.11.
- Menéndez, M. & Román González, M. Posibilidades de Gestión Estratégica de las Marcas de Distribuidor. <http://goo.gl/kqF6OJ> (acceso: 29/03/2016)
- N.A. La marca propia se amplía en los supermercados. <http://www.eluniverso.com/2009/03/09/1/1356/39024AE426D84D2A865D43022ECEB8B2.html> (acceso: 27/10/2015)
- N.A. Las ‘marcas blancas’ ahora son reguladas. <http://www.elcomercio.com/actualidad/marcas-blancas-reguladas-manual-practicas.html> (acceso: 27/10/2015)
- Newtenberg. Funciones de la Marca Comercial. <http://goo.gl/k8gB6K> (acceso:29/03/2016).

- Ochoa, C. El control de barreras burocráticas por INDECOPI y la Tutela de derechos fundamentales económicos. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho_pucp/article/view/8909
- Puelles, J.A., Fernández, P & Albert, R. “Marcas de Distribuidor Especial Referencia al Precio”. Distribución y Consumo.
- Quaglia, Marcelo Carlos. Grupos de Empresas, Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002.
- Real Academia Española. Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Argentina: Editorial Heliasta, 2008.
- Recio Menéndez, M. & Román González M. V. “Posibilidades de Gestión Estratégica de las Marcas de Distribuidor.” Distribución y Consumo.
- Riofrío Martínez-Villalba, J.C. Régimen de Competencia: Toda la regulación de competencia, con comentarios a las principales normas. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.
- Rodríguez Velarde. Elementos del contrato. http://www.rodriqueravelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap2.pdf (acceso: 23/03/2016)
- Rojas, Juan Francisco. El Abuso de la Posición de Dominio en el mercado en la Legislación Nacional. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20101207_03.pdf (acceso: 02/03/2016)
- Quintana Elvia. *Principio de supremacía Constitucional en materia concursal en homenaje a José Luis Soberanes*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4038/23.pdf>. (acceso: 03/04/2016)
- Santos, Oswaldo. “Derecho de la Competencia Ecuatoriana, Quo Vadis?” Quito.
- Schmitz Vaccaro, C. “Distintividad y Uso de las Marcas Comerciales”. Scielo Revista Chilena de derecho. 39/1 (2012), pp. 9 - 31. Versión Online ISSN 0718-3437. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100002 (Acceso: 18/09/2015)
- Signes de Mesa, Juan Ignacio. Derecho de la Competencia. España: Editorial Aranzadi.
- Sherwood, Robert. Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1992.
- Soto Coaguila, C. Tutela Constitucional del contrato y los límites a la libertad de contratación. http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/search/content_type:4/libertad+de+contratacion/WW/vid/378207626/graphical_version (acceso: 15/03/2016)
- Shobhit Seth, *Why Entrepreneurs Are Important for the Economy*. <http://www.investopedia.com/articles/pf/09/start-business-in-depressed-economy.asp> (acceso: 02/03/2016)
- Stern, L.W. Canales de Comercialización. España: Prentice Hall, 1996.

- Marta Isabel. *Marcas de distribuidor. Organización, producción e impacto para los productores españoles*. Trabajo de grado. Universidad de Valladolid. Segovia, 2014, p.11.
- Thomassen, L., Lincoln, K., & Iaconis, A. *La supervivencia de las marcas en una época dominada por los minoristas Retail*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010.
- Toasa, H. *Marcas Blancas en Ecuador*. http://www.fen.espol.edu.ec/haroldtoasa_marcasblancasenEcuador (acceso: 27/10/2015)
- Vera Álvarez, C. *La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social*. Bilbao: 2010
- Vergara Vargas, C. *Marca blancas en Colombia, la de mayor penetración en América*. <http://goo.gl/aLgIp6> (Acceso: 30/30/2016)
- Vilas, José María. *Marcas líderes y distribución*. Madrid: ESIC, 2011, p. 93.
- Vivas Oloya, K. L. *Marcas Propias en el Sector Retail en Colombia*. http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/estudios%20economicos/Documentos%20elaborados%20por%20la%20Delegatura%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Competencia/2012/Marca_Propia_Retail.pdf (acceso: 28/03/2016)

6.2 Legislación

- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Registro Oficial No. 449 de 20 octubre 2008.
- Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial No. 46 de 24 junio 2005
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial. Registro Oficial No. 536 de 18 marzo 2002.
- Instructivo para el Monitoreo de la Promoción Semestral de la Competencia y Buenas Prácticas Comerciales del Sector de Supermercados. Registro Oficial No. 685 de 5 de febrero del 2016.
- Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Resolución No. 008. Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre 2015
- Ley de Competencia Desleal (España). Artículo 16. 10 de enero de 1991.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Registro oficial No.338 de 18 de marzo 1968.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial No. S116 de 10 de Julio 2000.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre 2011.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo 2012.

6.3 Jurisprudencia

Corte Nacional de Justicia. Sala de los Contencioso Administrativo. Sentencia No. 0443-2013, de 21 de junio de 2012.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Sentencia No. 1094-2013, de 17 de septiembre de 2013.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A. No. 6

Corte Constitucional de Colombia. Caso Francisco Cuello Duarte c. Art. 19 de la Ley 30 de 1986. Causa No. C-524/95. Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

Tribunal Constitucional (PERÚ), Caso Julia Mabel Benavides García Contenido normativo Criterios de procesibilidad de las demandas de amparo. Sentencia N.º 2802-2005-AA/TC de 12 de diciembre de 2005.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Sentencia No. 1094-2013, de 17 de septiembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. 11 de julio de 2002.

Ex Corte Constitucional para el periodo de Transición en sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0330-10-EP 7.

TJCE. *Hoffman-La Roche contra Comisión* . Asunto 85/76, 13 de febrero de 1979.