

**PROTECCION A LOS DISTRIBUIDORES  
DE COMPAÑIAS EXTRANJERAS  
Y  
PROYECTO DE LEY PARA LOS CONCESIONARIOS  
COMERCIALES**

Ab. Miguel Macías Carmigniani

**I. EL DECRETO LEY 1038-A**

Desde el 31 de diciembre de 1976 hasta el 18 de septiembre de 1997, rigió en el Ecuador el Decreto-ley 1038-A mediante el cual se protegió a los representantes, agentes y distribuidores de compañías extranjeras que laboraban en nuestro país.

Durante esos 20 años de vigencia de la Ley, sólo cinco compañías nacionales obtuvieron sentencias favorables, por años mediante las cuales nuestros jueces condenaron a las compañías Roche, Massey Ferguson, Procter & Gamble, Dupont, The Mennen Company y Shulton Inc., a pagar millonarias indemnizaciones, de acuerdo a lo establecido en el art. 4 del antes indicado Decreto-ley, el cual establecía que si el principal o concedente, no obstante la existencia de cláusula o estipulación contractual que reverse a las partes el derecho unilateral de poner fin a la relación existente, diere por terminada, menoscabada o modificada la relación contractual o se negare a renovar dicho contrato a su vencimiento, sin justa causa debidamente comprobada ante el Juez competente, debía de indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le hubiere causado, indemnización cuya cuantía se fijaba de acuerdo con los siguientes factores:

- a) el costo actual de lo que había invertido el distribuidor o agente en la adquisición y en la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida de que éstos no fueren fácil y razonablemente aprovechables para otra actividad a que el distribuidor o agente estuviere normalmente dedicado.
- b) El costo actual de las mercaderías y/o materias primas, partes, piezas, repuestos, accesorios y material publicitario que el distri-

buidor o agente hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no podía aprovecharse.

La plusvalía del negocio o aquella parte de éste atribuible a la distribución o agencia de los productos extranjeros, para cuyo efecto esa plusvalía tenía que determinarse tomando en cuenta los siguientes factores:

- 1) el número de años en que había distribuido o agenciado el producto;
- 2) el volumen de ventas de los mismos y la proporción de éstos representen en el negocio del agente o del distribuidor, ya que pudiera ser que distribuyera otros productos extranjeros;
- 3) la proporción del mercado que el distribuidor o agente haya obtenido en el Ecuador o parte de él y el volumen que represente.
- 4) Otros factores que razonablemente ayuden a establecer de un modo equitativo el monto de dicha plusvalía como puede ser el caso de la red de distribución que el concesionario tenía a lo largo y ancho del país.

Si bien es cierto que la marca constituye en muchos casos el principal activo de una empresa, no es menos cierto que la red de distribución constituye también otro activo de vital importancia para ella.

¿Cuánto puede valer la red de distribución que tiene La Universal en todo el país, o la que mantienen las compañías embotelladoras de Pepsi Cola o de Coca Cola?

La indemnización que debía ser fijada por el Juez, dependía de apreciaciones Subjetivas y objetivas, pero muchos de estos últimos (conformados por la Ley) eran injustos o imprecisos. No cabe, verbigracia, que para establecer la plusvalía de un negocio, simplemente se multiplique el número de años en que un concesionario distribuyó un producto, por el volumen de las ventas o distribución de mercaderías que obtuvo los últimos años de su relación contractual, como se ha resuelto de varias sentencias; así como tampoco es admisible que el concedente, sin justa causa, dé por terminado un contrato de distribución o de agencia, ocasionándole un grave perjuicio económico **al distribuidor o agente; ni es**

aceptable el hecho de que, acogiéndose del decreto-ley 1038-A el cual protege en exceso al nacional, éste se enriquezca ilícitamente.

El Decreto-ley 1038-A establecía además, que cualquier acción judicial que se promoviera de conformidad con el mismo, debía llevarse a cabo en el domicilio del concesionario y que las disposiciones de esa Ley prevalecían sobre las leyes generales y especiales que se le opongan.

## II.- LA LEY 125

El 5 de Julio de 1996 se interpretó y se reformó el Decreto-Ley 1038-A antes mencionado, mediante la expedición de la Ley 125, la cual en su artículo primero, excluyó de su amparo a aquellos empresarios que elaboren un producto extranjero localmente, con el objeto de distribuirlo en nuestro país.

Ese artículo primero, debido a ser interpretativo, era de aplicación retroactiva conforme al expreso mandato del art. 7, regla 23 del Código Civil.

La reforma - según la hermeneútica- se aplicaba desde su publicación en el Registro Oficial; y excepcionalmente (art. 2 y siguientes) afectaba además a cualquier contrato de agencia o distribución que hubiera sido dado por terminado unilateralmente por la compañía concedente, con posterioridad al 5 de julio de 1996, pues esta terminación debía ceñirse a las indemnizaciones establecidas en la Ley 125, la cual además de excluir de su amparo, a los que fabricaban y distribuían un producto extranjero localmente, limitaba las indemnizaciones a que tenía derecho el concesionario, al valor que resulte de multiplicar el promedio mensual de las utilidades líquidas que hubiera tenido durante los últimos 36 meses, por el número de años de duración del contrato; o al valor que resulte de sumar el monto de las inversiones no amortizadas más *el* valor equivalente al 50% de las utilidades antes mencionadas, lo cual a muchos nos parece injusto. Pero si el concedente (compañía extranjera) dio por concluido unilateralmente el contrato de distribución o de agencia, antes del 5 de julio de 1996, éste estaba obligado a indemnizar al concesionario de acuerdo con la Ley anterior, la cual sobreprotegía a la contraparte nacional.

Ley 125 aparte de ser inconstitucional, por cuanto fue expedida violando el art. 91 de nuestra Constitución (no se la discutió en el Con-

greso en dos debates ni obtuvo los dos informes de la respectiva Comisión Legislativa, como exige la carta fundamental del Estado), y debido a que en su art. 1, en lugar de interpretar el Decreto -ley 1038-A, lo que en realidad hizo fue reformarlo, con el único y exclusivo propósito de otorgarle retroactividad, debido a los juicios que por conclusión arbitraria de contratos de distribución se ventilaban en ese entonces en varios juzgados y cortes del país, fue por demás injusta, pues ésta excluyó del amparo que le daba el Decreto-ley 1038-A a aquellos empresarios que fabricaban en nuestro país productos extranjeros con materia prima importada y con tecnología extranjera, con el objeto de distribuir los mismos dentro del territorio nacional, cuando son en realidad éstos los que mayor inversión de riesgo realizan.

La "interpretación" contradice además el sentido de la propia Ley.

Si la Ley establecía que uno de los factores a considerar era el costo actual de las **MATERIAS PRIMAS**, era obvio que el legislador entendía que los fabricantes también estaban protegidos por ella.

Esa Ley, además de reformar el modo de calcular la indemnización de perjuicios fijada en el Decreto-ley 1038-A, minimizando las mismas, establecía que, no había lugar a ninguna indemnización, si el aviso de terminación hubiere sido pactado en el contrato y siempre que éste se lo diere con una anticipación de por lo menos un año.

Estableció también la Ley 125, que si el concedente había nombrado a un apoderado en el Ecuador, el concesionario lo debía demandar en el domicilio del apoderado de la empresa extranjera y no en el domicilio del distribuidor, como establecía el Decreto-ley 1038-A-

Sin perjuicio de lo dicho, debe reconocerse que la imprecisión del texto del decreto 1038-A, permitió sentencias en las que establecieron indemnizaciones exageradas, contrarias a la razón.

### III. LA LEY 22

Debido a las presiones y campañas de prensa ejercidas por los defensores de una poderosa empresa multinacional y por diplomáticos extranjeros, el 19 de septiembre de 1997 mediante la expedición de la ley 22 se derogó el decreto-ley 1038-A y la ley 125 que interpretaba y reformaba a la anterior.

En su art. 2, la ley 22 establecía que:

"Art. 2. Las derogatorias mencionadas en el artículo anterior no extinguen los derechos y obligaciones establecidas en los contratos, ni altera las situaciones jurídicas originadas al amparo de dichas leyes, ni afecta las controversias judiciales que se hubieren planteado antes de la vigencia de esta Ley".

He leído que por presiones de un par de poderosas empresas extranjeras a las que se las ha condenado a pagar exorbitantes indemnizaciones, se está tratando de lograr que se derogue el art. 2 de la Ley derogatoria del Decreto Supremo 1038-A y de la Ley 125, lo cual es absurdo.

Si se logra esa derogatoria, el caos jurídico existente se incrementará al extremo de que, los preceptos jurídicos establecidos en nuestras leyes, serán materia de la mayor o menor presión que se pueda ejercer ante el Presidente de la República y/o ante el Congreso Nacional.

#### IV.- SITUACION ACTUAL

Actualmente las relaciones contractuales privadas entre nacionales y extranjeros, se sujetan al principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, por lo que corresponde a las partes contratantes prever las condiciones contractuales, las causas para la terminación de los contratos y las indemnizaciones a que hubiere lugar, tal como lo establece el art. 3 de la mencionada ley. La única limitación es el orden público.

#### V.- LEYES PROTECCIONISTAS

El Decreto-ley 1038-A fue dictado con el objeto de proteger a los ecuatorianos que dedican su actividad al comercio, en base a ejercer la representación de empresas radicadas en el exterior; se protegía a los más débiles, es decir a los nacionales frente a los abusos que podían cometer unas pocas empresas extranjeras, ya que la mayoría de esas empresas que negocian en el Ecuador, son entidades muy serias.

Con el Decreto-ley 1038-A, el Estado protegía al fabricante y al distribuidor de un producto extranjero, como a las empresas que producen, envasan, venden y distribuyen Pepsi Cola, Seven Up o Coca Cola en nuestro país, pero como su texto permitió grandes abusos como manifesté

anteriormente, la Ley 125 reformó el referido decreto-ley, excluyendo de su amparo a aquellos que fabricaban un producto para luego distribuirlo.

En todas partes del mundo existen leyes proteccionistas; en el Ecuador por ejemplo, la Ley de Inquilinato protege a los inquilinos y el código del Trabajo protege a los trabajadores. Las leyes proteccionistas son de orden público y constituyen un conjunto de normas y principios jurídicos fundamentales para la existencia y perfeccionamiento de un grupo social, tal como sostiene Alfredo Pérez Guerrero, en su obra titulada "Fundamentos de Derecho Civil Ecuatoriano".

PLANIOL Y RIPERT en su obra titulada "Tratado Elemental de Derecho Civil" (tomo I) expresan que hay leyes de derecho privado que interesan al orden público, como es el caso de aquellas que tienden a la protección de uno de los contratantes frente al otro.

Es evidente que en un sinnúmero de ocasiones, las partes contratantes no están en el mismo pie de igualdad para defender sus intereses y es por ello que se les prohíbe separarse de ciertas reglas que se han establecido en el deseo de amparar al contratante nacional o al más débil frente al extranjero o con poder inigualable.

Leyes proteccionistas existen en Colombia, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Las Islas Vírgenes, Italia, Francia, Alemania, España y Bélgica, entre otros.

La ley belga dispone que la concesión no puede ser revocada sino es por falta grave imputable al concesionario; la ley francesa castiga los abusos de los productores que no renueven un contrato de concesión sin que medie una justa causa para su negativa; la ley **alemana** otorga al distribuidor el derecho a una indemnización por la terminación del contrato de distribución; la ley española de 1992 otorga a los agentes el derecho a una indemnización por la pérdida de clientela, equivalente a cinco años de remuneraciones, y la Ley **075 de Puerto Rico**, sanciona al concedente que sin justa causa termina unilateralmente su relación comercial con el concesionario, en exactamente los mismos términos en que lo hacía el Art. 4 de la Ley 1038-A, no obstante la existencia de una cláusula contractual que permita hacer lo contrario.

En los Estados Unidos de Norte América se expidió en 1956, una ley que establece el derecho que tiene el concesionario contra un fabricante

para pedirle que se lo indemnice cuando éste no ha actuado de buena fe en la terminación o en la no renovación de un contrato de concesión.

En Panamá, la ley que protegía a los distribuidores de productos extranjeros, fue derogada en 1989 por presiones del entonces dictador General Manuel Noriega, aduciendo que como en los contratos de distribución existía una cláusula de exclusividad (lo cual no siempre es así), bajo ese amparo se estaba protegiendo a los monopolios.

Las leyes proteccionistas cuando son moderadas, no son malas; lo malo es que éstas son a veces mal aplicadas, con el objeto de obtener injustas indemnizaciones millonarias.

## **VI. PROYECTO DE LEY PARA LOS CONCESIONARIOS COMERCIALES**

Como yo creo que es necesario proteger a los concesionarios comerciales que operan en el Ecuador, sean éstos nacionales o extranjeros, he redactado con la colaboración de otros abogados, el siguiente proyecto de Ley, el cual someto a consideración de los lectores de la revista jurídica.

### **"LEY PARA LOS CONCESIONARIOS COMERCIALES"**

Art. 1. Ambito.- La presente Ley regula las relaciones de concesión comercial.

Para los efectos de la presente Ley, se entenderá existir relación de concesión comercial cuando, en virtud de un convenio válidamente celebrado, una persona natural o jurídica, se obligue a introducir, difundir, prestar o colocar en el mercado, a su cuenta y riesgo, dentro de un territorio precisado en el contrato, y con destino al público consumidor un producto, servicio o mercancía cuya propiedad industrial o intelectual, derechos reservados o dominio pertenezcan a, o deriven de otra persona natural o jurídica. No se entenderá existir concesión comercial en las relaciones de simple suministro o proveeduría.

Quedan especialmente comprendidos en el ámbito de esta Ley los contratos de agencia, distribución, franquicia y de licencia para la fabricación de productos, y otros análogos.

Art. 2.- Naturaleza jurídica de los contratos.- los jueces atenderán a la naturaleza y características de los contratos a efectos de conceder a los contratantes la protección garantizada por esta Ley.

La denominación dada por las partes al contrato no variará su naturaleza jurídica.

No tendrá eficacia la renuncia a la protección establecida por esta ley, ni el pacto según el cual las relaciones jurídicas de concesión comercial a las que se refiere esta Ley sean reguladas por normas jurídicas extranjeras.

Art. 3.- Terminación unilateral.- No obstante la existencia de cláusula o estipulación contractual que reserve a las partes el derecho unilateral de poner fin a la relación existente, ninguna de ellas podrá darla por terminada, menoscabarla sustancialmente o modificarla, salvo que exista justa causa, debidamente comprobada.

No obstante lo antes indicado, será lícito a las partes negarse a renovar el contrato a su vencimiento, siempre que se hubiere pactado expresamente este derecho y se dé aviso a la otra parte de la negativa de renovación con observancia de los siguientes plazos mínimos:

- a) Seis meses, cuando el plazo de duración sea de uno a dos años;
- b) Un año, en los de más de dos años de duración;

En los contratos cuyo plazo de duración sea inferior a un año, no existirá este derecho.

En los casos de quiebra o insolvencia judicialmente declarada, o concurso preventivo, el concedente podrá suspender provisionalmente sus obligaciones contractuales mientras se substancia la calificación de la justa causa ante la autoridad competente.

Art. 4.- Justas causas de terminación por parte **del concedente**.- Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato, por parte del principal o concedente; y pueden ser invocadas como acción o excepción:

- a. El incumplimiento grave del concesionario de las obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b. La quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, o concurso preventivo del concesionario;

- c. La liquidación o terminación de actividades del concesionario.
- d. Cualquier acción u omisión del concesionario que afecte gravemente los intereses del concedente.

En los casos de los literales a) y d) del presente artículo, el concedente o principal podrá exigir los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

Art. 5.- Justas causas de terminación por parte del concesionario.- Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato, por parte del concesionario, y pueden ser invocadas como acción o excepción.

- a. El incumplimiento grave del principal o concedente de sus obligaciones contractuales o legales;
- b. Cualquier práctica u omisión del concedente, directamente o a través de otros concesionarios nacionales o extranjeros, conducente a afectar o menoscabar los mercados que correspondan al concesionario, tales como la violación de cláusulas de territorio o de uso exclusivo de marcas; práctica de dumping, o desprestigio comercial y otras afines, reñidas con la buena fe comercial y contractual.

No será considerada justa causa de terminación la competencia comercial lícita, esto es, la que no infringere las normas jurídicas vigentes o las estipulaciones del correspondiente contrato.

- c. La quiebra, insolvencia, suspensión de pagos o concurso preventivo de la concedente.
- d. Liquidación o terminación de actividades de la concedente.

En los casos de los literales a y b de este artículo, el concesionario podrá exigir los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

Art. 6.- Liquidación de la concedente o la concesionaria.- Para el caso de liquidación, la justa causa se entenderá producida desde la fecha en que se haya resuelto la disolución voluntaria de la compañía, o se haya declarado la disolución de pleno derecho. En el caso de liquidación

forzosa, la justa causa se entenderá haberse verificado en la fecha de inscripción de la correspondiente resolución en el Registro Mercantil.

Para el caso de compañías extranjeras, se entenderá producida la justa causa desde la fecha en que la disolución comience a surtir efectos respecto de terceros.

Art. 7.- Indemnización por **terminación intempestiva**.- La violación de lo dispuesto en el Art. 3 de esta Ley, constituirá terminación intempestiva.

El concedente o concesionario que termine intempestivamente el contrato, perderá el derecho a reclamar las indemnizaciones contempladas en los art. 4 y 5 de esta ley, de haber lugar a éstas.

Las indemnizaciones debidas al concedente, de conformidad con los literales a) y b) del artículo 4 de esta Ley, se calcularán de conformidad con las reglas generales establecidas en el Código Civil.

El concedente que viole lo dispuesto en el Art. 3, indemnizará al concesionario de conformidad con lo dispuesto en las reglas generales establecidas en el Código Civil, y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 de esta Ley.

Art. 8.- Daño emergente.- El daño emergente producido al concesionario comprenderá, por lo menos, lo siguiente:

- a) Valor de mercado de las inversiones o gastos efectuados por la concesionaria para la fabricación, distribución o comercialización del producto, si los bienes adquiridos o cualesquiera otras inversiones no pudieran ser utilizadas de otra manera o enajenadas por la concesionaria, sin producirle pérdida grave.
- b) Inventario de mercaderías o materias primas en poder de la concesionaria, que no pudieren ser aprovechadas por ésta.

Art. 9.- Compensación por clientela.- El concedente deberá, además, pagar al concesionario, una compensación por la clientela obtenida por éste.

Dicha compensación será determinada tomando en cuenta los años de duración de la relación comercial entre el concedente y el concesionario, el mercado obtenido por el concesionario, el porcentaje que en el in-

greso del concesionario represente la concesión y cualquier otro elemento económico o comercial de trascendencia.

La compensación regulada en este artículo no podrá ser superior a la suma de las utilidades que haya obtenido el concesionario durante los últimos cinco años, derivadas de la relación comercial con el concedente.

En el evento de que la relación comercial fuere menor a cinco años, la compensación por clientela no podrá ser superior a la suma de las utilidades anuales obtenidas durante todo el tiempo que duró la relación comercial.

Art. 10.- Cuantificación de los perjuicios.- La indemnización será establecida por el juez, previo informe de tres peritos. El primero de estos peritos será designado por la parte actora, en el libelo de su demanda. El segundo perito será designado por la parte demandada al momento de contestar la demanda. El tercer perito será designado, de mutuo acuerdo, por los dos primeros; y si aquellos no llegaren a un acuerdo en el plazo de diez días, por el juez.

El silencio o rebeldía de la parte demandada respecto de la designación del perito, será suplida por el juez, quien para el efecto hará la correspondiente designación.

Art. 11.- Competencia y procedimiento.- Todas las acciones judiciales que se promuevan de conformidad con las disposiciones de esta Ley, se tramitarán ante el juez de lo civil con competencia del domicilio del concesionario y siguiendo el trámite previsto para el juicio verbal sumario.

El demandado podrá reconvenir al actor por los derechos que contra éste tuviere. Sólo se admitirá la reconvenición si fuere conexas.

No obstante lo dispuesto en el primer inciso de este artículo, las partes podrán someter sus diferencias a arbitraje, ante cualquier Cámara de Comercio de la República o ante el Comité Nacional de la Cámara de Comercio Internacional.

Será también lícito pactar la utilización previa de mecanismos de mediación o de conciliación, siempre que estos procedimientos sean ventilados en el Ecuador.

Carecerá de todo valor el compromiso arbitral o cláusula compromisoria que someta la controversia a un tribunal arbitral extranjero, o a las leyes de una nación extranjera.

Art. 12.- Derogatorias.- Deróganse el Decreto Supremo 1038-A, publicado en el registro Oficial N<sup>2</sup> 245 del 31 de diciembre de 1976; la ley 125, publicada en el Registro Oficial 982 del 5 de julio de 1996 y la Ley 022, publicada en el Registro Oficial 156 del 19 de septiembre de 1997.

Art. 13.- Vigencia.- La presente Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial.

### **VII.- VENTAJAS DEL PROYECTO DE LEY PROPUESTO**

- 1) El mencionado proyecto de ley protege también a los distribuidores y agentes de compañías nacionales, mientras que el Decreto Ley 1038-A protegía solo a los representantes, agentes y distribuidores de compañías extranjeras.
- 2) En el proyecto de ley propuesto se contempla un procedimiento arbitral para reclamar los correspondientes indemnizaciones de daños y perjuicios, mientras que en el Derecho Ley 1038-A se establecía la obligación de acudir a los jueces locales, para ese objeto.
- 3) En el proyecto de ley de protección a los concesionarios comerciales se expresa que, para establecer la indemnización de daños y perjuicios el juez o el Tribunal de Arbitraje, según el caso, requiere previamente de un informe de tres peritos; uno designado por la actora, otro por la demandada y, otro de común acuerdo por los dos peritos, y si aquellos no llegaren a un acuerdo para designar al tercer perito en el término de diez días, esto lo hará el juez o tribunal, mientras que en el Decreto Ley 1038-A la indemnización de perjuicios la fijaba el juez, sin necesidad de peritaje alguno.
- 4) En el mencionado proyecto de ley, se limita la indemnización por compensación de clientela a la que tiene derecho el concesionario, a la suma de las utilidades que éste haya obtenido durante los últimos 5 años de su relación comercial con el concedente. En el De-

creto Ley 1038-A no se establecía límite alguno para fijar la indemnización de daños y perjuicios, pero en la Ley 125 se limitaba dicha indemnización a las utilidades líquidas obtenidas durante los últimos 36 meses, multiplicadas por el número de años de la relación contractual, esto es a un máximo de un mes de utilidades líquidas por año.

- 5) En el proyecto de ley propuesto se protege a los industriales que fabrican un producto localmente con el objeto de distribuirlo, mientras que con la expedición de la Ley 125, se excluyó del amparo o protección a aquellos que fabricaban productos en nuestro país, para su venta o distribución posterior.