UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

AUTOR:

PAUL GALIANO YÁNEZ MARTÍNEZ

TUTOR

MSC. GABRIEL GALÁN MELO

MAYO DE 2015

DECLARACION JURAMENTADA

Yo, PAUL GALIANO YÁNEZ MARTÍNEZ, con cédula de identidad # 171938682-1, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que ha consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Paul Galiano Yánez Martínez

C.C. 171938682-1

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

“LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

Realizado por:

PAUL GALIANO YÁNEZ MARTÍNEZ

como Requisito para la Obtención del Título de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

ha Sido dirigido por el doctor

MSC. GABRIEL GALÁN MELO

quien considera que constituye un trabajo original de su autor

Msc. Gabriel Galán Melo

DIRECTOR

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

PHD. Marcelo Vargas

PHD. Miguel García

Después de revisar el trabajo presentado,

lo han calificado como apto para su defensa oral ante

el tribunal examinador

PHD. Marcelo Vargas PHD. Miguel García

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a Dios, por ser quien me guía y protege, por darme las fuerzas necesarias para salir adelante en el momento que más necesite de su ayuda.

A mi padre, por ser la persona que me apoyó siempre en mi vida estudiantil, en el que supo brindarme todo el amor y la comprensión que en su momento necesité.

A mi madre, por darme todo lo que soy como persona, mis valores, mi carácter, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

A mi familia y amigos en general por el apoyo que he recibido de su parte en los momentos que más he necesitado, han estado conmigo, sin olvidarme de mis abuelos quienes ya no se encuentran con nosotros, pero a los que siempre recordaré y estaré eternamente agradecido.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Internacional SEK, porque en sus aulas recibí el conocimiento intelectual y humano de cada uno de los docentes que de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Especial agradecimiento a mi director de Tesis, Dr. Gabriel Galán Melo por su guía y apoyo para la realización de este trabajo; así como a los doctores Marcelo Vargas y Miguel García por su apoyo en la finalización de este trabajo.

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

Declaración Juramentada……..……..ii

Declaratoria……iii

Los Profesores Informantes……...iv

Dedicatoria……...v

Agradecimiento……..vi

Índice de contenidos ……vii

Resumen……xi

Abstrac……..xii

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 El problema de investigación……..3

1.1.1 Planteamiento del problema……4

1.1.1.1 Diagnóstico……5

1.1.1.2 Pronóstico……..……..6

1.1.1.3 Control Pronóstico……..……...7

1.1.2 Formulación del problema……...…7

1.1.3 Sistematización del problema……..8

1.1.4 Objetivo general…….……...8

1.1.5 Objetivos específicos……..…9

1.1.6 Justificaciones……10

1.2 Marco Teórico……...13

1.2.1 Antecedentes……15

1.2.2 Definición……27

1.2.3 Libertad de expresión comercial……29

1.2.4 Código de conducta……34

1.2.5 Presupuestos de la deslealtad……..37

1.2.6 Actos desleales……....38

1.3 Estado actual del conocimiento sobre el tema……..……..48

1.3.1 La Constitución en el control de la competencia desleal……50

1.3.2 La competencia desleal en la Decisión N° 486 de la CAN……51

1.3.3 La normativa jurídica en relación con la competencia desleal en el Ecuador…..53

1.3.4 Que son los derechos económicos……...56

1.3.5 Protección de los derechos económicos……..57

1.3.5.1 Características……...59

1.3.6 Finalidad de la represión de la competencia desleal……61

1.4 Adopción de una perspectiva teórica…….....62

1.4.1 Derecho a igualdad……63

1.4.2 Derecho a la libre empresa……64

1.4.3 Derecho al progreso……...66

1.4.4 Derecho a la competencia…….....67

1.4.5 Como se sanciona a la competencia desleal…….69

1.5 Marco conceptual……..……..71

1.6 Hipótesis……..…75

1.7 Identificación y caracterización de variables……..75

CAPÍTULO II

MÉTODO

2.1 Nivel de Estudio……..76

2.2 Modalidad de investigación……77

2.3 Método……..…77

2.4 Población y muestra……79

2.5 Selección de instrumentos de investigación……79

2.6 Validez y confiabilidad de instrumentos…….79

2.7 Operacionalización de variables……..80

2.8 Procesamiento de datos…….81

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1 Levantamiento de datos…….82

3.1.1 Encuesta realizada a personas naturales y jurídicas
que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia……..83

3.2 Presentación y análisis de resultados……..….85

3.3 Aplicación en la Práctica……85

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN

4.1 Conclusiones……..94

4.2 Recomendaciones……..96

4.3 Propuesta……...97

4.4 Referencia bibliográfica……..…105

4.5 Anexos…….....107

RESUMEN

El presente trabajo de investigación representa un análisis de una problemática que actualmente se reproduce en varios países del orbe, por lo que nuestro país no es la excepción, la competencia desleal como un fenómeno que afecta al desarrollo del comercio se presenta como una problemática que parecería afecta solo al ámbito de los derechos de sectores productivos o de comercio de la sociedad, sin embargo con la nueva consolidación del esquema constitucional de derechos y justicia en nuestro país y con la puesta en redacción de derechos económicos este fenómeno ha llegado a ser advertido como un instituto ilegal que afecta a derechos constitucionales y por ende a libertades comunes de toda la sociedad, por ello el trabajo de titulación parte desde un análisis de lo que significa la competencia desleal y su interrelación con ramas jurídicas como el derecho de competencia libre de mercado y el derecho de propiedad industrial para arribar a la propuesta de crear una normativa que garantice la aplicación efectiva de derechos constitucionales en nuestro país.

Palabras clave: COMPETENCIA DESLEAL, PROPIEDAD INDUSTRIAL, DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA DE MERCADO, DERECHOS ECONÓMICOS, CONSTITUCIÓN

ABSTRAC

The present research represents an analysis to a problem that currently plays in several countries around the world , so that our country is no exception , unfair competition as a phenomenon that affects the development of trade is presented as a problem that seems affects only the area of the rights of these sectors , however, with the new consolidation of the constitutional scheme of rights and justice in our country and with the start of economic writing this phenomenon has become noted as an illegal institution that affects rights and hence constitutional freedoms common throughout society , so the degree work starts from an analysis of what it means unfair competition and its relationship to legal areas such as rights of free market competition and industrial property rights to arrive at a proposal to create specific legislation to ensure the effective implementation of constitutional rights in our country.

Keywords: UNFAIR COMPETITION, INDUSTRIAL PROPERTY LAW OF FREE MARKET COMPETITION, ECONOMIC, CONSTITUTION

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Las actividades comerciales, industriales y de comercio adquirieron un enorme papel protagónico en el desarrollo de la economía de las personas y de los pueblos, razón por la cual es importante considerarlos como sectores estratégicos, que tienen como finalidad el progreso económico a todo nivel y escala.

En este contexto la competencia desleal, impide el correcto desarrollo de los agentes económicos, dando lugar a que países industrializados como Estados Unidos y los que conforman la Unión Europea hayan definido un marco jurídico que regula estas actuaciones, como lo indica la Dra. Patricia Alvear Peña:

> "La regulación contra la competencia desleal nace a finales del siglo XVIII e inicios del XIX en los países industrializados, ante actuaciones desmedidas de operadores económicos, que evidenciaron la necesidad de poner límites jurídicos a los actos comerciales abusivos y deshonestos realizados en el mercado." (ALVEAR, 2012 , pág. 77)

Este problema que viene aquejando a la comunidad internacional también afecta al Ecuador, en este sentido cada día se intenta crear negocios por parte de personas que quieren superarse, sin embargo no tienen mucho futuro en virtud de que las empresas que ya existen en el mercado atraen a los consumidores incluso con prácticas desleales de competencia, "lo que hace que la pequeña industria, los pequeños comercios, no tengan mayores oportunidades e ingresen en procesos de disolución y liquidación, con pérdidas económicas para los inversionistas." (BARRERA, 2001)

Por ejemplo: un comerciante reparte volantes manifestando que la comida que vende cierto restaurante está contaminada sin ser esta afirmación real, causándole graves perjuicios a dicho comerciante, el que ejecuto actos de competencia desleal debe remover los efectos producidos por sus actos, es decir, debe retractarse y además indemnizar los perjuicios que dicha conducta haya producido al otro comerciante.

Esto, obviamente tiene consecuencias, no solo económicas, sino sociales y personales, que en muchos casos terminan por agobiar a todos los individuos que quisieron sobresalir y que el sistema le impidió, gracias a prácticas desleales que realizan las personas o empresas para evitar que surjan nuevos competidores e incluso para anular a los ya existentes, vulnerando los derechos económicos otorgados por la Carta Constitucional.

De esta forma queda más que claro que en el Ecuador a pesar de la existencia de una novedosa normativa que regula y sanciona los actos de competencia desleal, todavía existen actos que van en contra de normativas jurídicas internacionales, un ejemplo de esta incongruencia de nuestro sistema interno jurídico con regímenes legales regionales es que en la Decisión N° 486 de la Comunidad Andina o CAN, específicamente en su Título XVI se refiere a la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

De ahí que el trabajo investigativo trata de realizar un análisis respecto de estos actos y advertir si existen anomalías en la aplicación de la nueva Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado, sobre todo en lo relacionado con posibles vulneraciones a derechos económicos enmarcados dentro de la Constitución de la República y visibilizar de haber anomalías posibles mecanismos de solución para que dentro de la ley especializada se procure enderezar el camino en pos de desarrollar el sector productivo y comercial del país

y hacer de la nueva ley un verdadero instrumento de protección de derechos.

1.1. El problema de investigación.

El comercio como fenómeno social nació desde los albores mismo de la sociedad humana, sin embargo con el evolucionar de la civilización en todos sus aspectos día a día fueron apareciendo fenómenos que coadyuvaban al desarrollo del comercio mundial pero también otras actuaciones que lo perjudicaba, una de estas actuaciones es denominada con el nombre de competencia desleal.

Desde ese ámbito el trabajo de investigación que se presenta tiene como finalidad analizar el problema que el fenómeno de la competencia desleal provoca dentro del ámbito del comercio y la industria, tomando además en cuenta un análisis sobre los derechos económicos consagrados en la Constitución de la República y el subsiguiente derecho de propiedad industrial, que si bien son ramas que se desempeñan en distintas áreas de las ciencias jurídicas, dentro de la problemática de la competencia desleal se relacionan de manera íntima, sobre todo teniendo en cuenta que en la protección de propiedad intelectual es donde se advierte un desequilibrio jurídico que radica en la falta de aplicación de normas internacionales como la decisión 486 de la Comunidad Andina y los mismos postulados constitucionales, haciendo que este derecho que tienen las empresas dentro de la vida cotidiana del comercio se vea amenazada por injusticias y malas prácticas.

Si bien Ecuador consta con una norma de propiedad intelectual y parecería que con ello se enfrenta a las actuaciones de competencia desleal en dicha área, en la practica la aplicación de esta normativa no ha sido eficiente, por ello la investigación se basa en el

análisis de la novedosa norma que regula el mercado para notar si dentro de ésta se protege los derechos económicos y fundamentales que constan dentro de la Constitución de la República, y sobre todo para saber si se aplican las regulaciones de una manera armónica entre este nuevo sector de regulación con la propiedad intelectual en pos de que no existan actos de competencia desleal y se consolide un equilibrio en los sectores del comercio, es decir, que como objetivo principal de la investigación está el advertir este problema jurídico y realizar un propuesta de solución que radica en la posibilidad de crear mecanismos de armonización entre la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado, la normativa Constitucional respecto de los derechos económicos y los derechos consagrados en el régimen comunitario andino de propiedad intelectual.

1.1.1. Planteamiento del problema

El desarrollo normal del comercio está siendo distorsionado por actos que afectan no solo a la transparencia del mercado, sino también a los competidores, gracias a la competencia desleal que existe en la actualidad, la misma que debe ser regulada de forma efectiva para evitar la vulneración de derechos económicos que están causando perjuicios que por supuesto deben ser protegidos.

En este sentido, se debe acatar expresamente el mandato constitucional del Art. 335 que se refiere a la regulación de la competencia desleal en concordancia con el Art. 426 que ordena el inmediato cumplimiento y aplicación de los derechos consagrados en la Constitución de la República, y en la Decisión N° 486 de la CAN que regula la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

Bajo este contexto, las constantes actuaciones incorrectas que se presentan en el mercado, producen la necesidad de regularlas, esto se logró con la expedición de la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado que complementa la regulación existente en la Decisión N° 486 de la Comunidad Andina que se refiere a la competencia desleal en el área de la propiedad industrial, sin embargo se advierte que algunos postulados constitucionales y de propiedad intelectual no están siendo aplicados dentro de esta nueva Ley, por lo que es inminente el análisis para despejar estas dudas y de haberlo y proporcionar mecanismos que coordine este nuevo sector con la propiedad intelectual y con los derechos económicos constitucionales.

1.1.1.1. Diagnóstico

La competencia desleal se presenta en varios sectores de la producción y de la comercialización, no solo de bienes sino de servicios en Ecuador, siendo este último sector el de mayor problemática por la proliferación de actos de engaño por parte de los oferentes que ofrecen servicios de determinadas características, cuando la realidad es totalmente distinta. Este proceder no solo que genera problemas a las personas que son usuarios o consumidores de tal o cual producto, sino que además está perjudicando a las personas que ofertan bienes y servicios de calidad, es decir, la competencia desleal afecta a todo el sector donde se presenta.

Bajo estas perspectivas de actos de engaño, actos de confusión, las omisiones engañosas, las prácticas agresivas, los actos de denigración, los actos de comparación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la discriminación y dependencia económica, la venta a

pérdida, la publicidad ilícita fueron desde mucho tiempo atrás motivo de álgidos debates entre los juristas razón por la cual dentro de nuestra región se expide la Decisión N° 486 de la CAN, que de algún modo trata que dentro de las relaciones comerciales de los países se elimine esta clase de actos, sin embargo sus premisas están dirigidas a la competencia desleal relacionada únicamente con la propiedad industrial. Por esta razón se expide a nivel interno la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado la cual por ser particularmente nueva dentro de su aplicación se ha notado una falta de coordinación en la cuidado de derechos constitucionales y de propiedad intelectual, razón por la cual se hace necesario el análisis de esta norma y su consiguiente problema radicado en actos de competencia desleal.

1.1.1.2. Pronóstico

Como se puede observar, si no se corrige esta tendencia que es evidente en Ecuador y que es el reflejo de lo que pasa en el resto del mundo, el problema de la competencia desleal seguirá en aumento, con las grandes consecuencias que puede suscitar en el resto de sectores, por lo que es importante poner un alto, aunque la lucha no es para nada fácil.

El impacto que genera este problema en la realidad social, con influencia directa en los campos de la economía, de la política, y de la sociedad, son una fuente de grandes discusiones, de diferencias de opinión, de políticas antagónicas, por lo que se requiere tratar este problema, desde sus primeras causas, y evitar que sigan produciendo consecuencias graves, donde el factor económico, base de la estructura del Estado, se encuentra gravemente afectado.

Si esta descoordinación en la aplicación de las normas continua no solo que estamos

frente a problemas de índole económico como el aumento de los índices de personas, empresas e industrias que entren en procesos de liquidación, sino que en el futuro mediato e inmediato aumentarán considerablemente los desacuerdos jurídicos, las interposiciones institucionales y el desequilibrio de un sector nuevo de regulación en nuestra legislación como es el controlar al mercado y castigar las prácticas de comercio desleal.

1.1.1.3. Control Pronóstico

Se puede señalar que actualmente, el impacto y la desventaja que tienen que enfrentar las personas que han emprendido en la producción, distribución, industrialización o comercialización de productos, es bastante desalentador gracias a los procesos de competencia desleal que han inundado el mercado y que están siendo regulados por una normativa nacional especifica en complemento con la Decisión N° 486 de la CAN, para evitar monopolizaciones de los sectores productivos y comerciales, que solo benefician a unos pocos y perjudican el desarrollo de nuestro país.

Para llegar a este punto se requiere que se analicen los elementos constitutivos de la competencia desleal, los perjuicios que ocasionan, los derechos que se vulneran, las consecuencias que de ella se derivan; se tiene que estudiar profundamente el estado actual y con la consecuente tendencia a futuro de no controlar la competencia desleal y los efectos que puede causar en todo nivel, solo así se conocerá el problema y se lo regulara a través de la normativa comunitaria y nacional.

1.1.2. Formulación del problema

¿Es necesario, de conformidad con los derechos económicos constitucionales involucrados, que exista una reforma a la Ley de Control del Poder del Mercado para que exista una regulación más efectiva de la competencia desleal en Ecuador?

1.1.3. Sistematización del problema

- ¿Cuál es la definición de competencia desleal constante en la decisión N° 486 de la CAN?

- ¿Quiénes son las autoridades que regulan la competencia desleal según la Decisión N° 486 de la CAN y así evitar la vulneración de los derechos económicos de las personas?

- ¿Cómo se realiza el control de la competencia desleal en el Ecuador, en pequeñas y grandes empresas?

- ¿Cómo se estructura la normativa nacional especifica que determina los procesos de control de la competencia desleal en el Ecuador, con el objeto de proteger los derechos económicos de las personas?

1.1.4. Objetivo general

Determinar cómo se está normando la competencia desleal que vulnera los derechos económicos de las personas naturales y jurídicas, garantizados tanto por la Constitución de la República como por la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado.

1.1.5. Objetivos específicos

- Analizar cuál es la regulación implementada por el Estado para controlar y sancionar los casos de competencia desleal que vulneran los derechos económicos de las personas.

- Identificar cuáles son las autoridades competentes para controlar y sancionar la competencia desleal que vulnera los derechos de las personas.

- Establecer los mecanismos técnico – jurídicos que faciliten el control y la sanción efectiva de los procesos de competencia desleal y así evitar que se sigan vulnerando los derechos de las personas en el campo económico.

- Exponer las distintas acciones que constituyen una competencia desleal en el mercado y determinar si las mismas son contempladas por la legislación ecuatoriana o por alguna normativa internacional.

- Proponer una solución jurídica para que se regule de mejor manera la competencia desleal en el Ecuador, de tal forma que se encuentren coordinadas las acciones que tanto los derechos constitucionales como los derecho de propiedad intelectual pueden sumarle a la acción de combate contra actos de competencia desleal.

1.1.6. Justificación

Esta investigación es pertinente de realizarse, puesto que su principal objetivo es buscar mecanismos de protección de los derechos económicos de las personas naturales y jurídicas que quieren emprender procesos productivos y comerciales, que encuentran en la competencia desleal un limitante a sus aspiraciones, que al mismo tiempo frenan el desarrollo económico del país, pues como se advierte en el planteamiento del problema, a pesar de emprender en Ecuador con una normativa que combate estos actos desleales se advierte una descoordinación y falta de aplicación de algunos postulados jurídicos como los derechos de propiedad intelectual y la misma Constitución de la República que pueden brindarle más técnicas regulatorias a la Ley de Control de Poder de Mercado.

En este sentido, si partimos de que el nuevo régimen jurídico instaurado por la Constitución de la República del 2008, manda que el Estado ecuatoriano tiene como su más alto deber el cumplir y hacer cumplir los derechos de las personas, entre ellos el buen vivir, al cual se puede acceder mejorando la economía y los sistemas productivos y comerciales, podremos determinar la necesidad de regular acciones encaminadas a no permitir la vulneración de tales derechos como está sucediendo con la competencia desleal, cuyo eje delimitador no está claro en la legislación ecuatoriana, así lo afirma la Dra. Patricia Alvear Peña que dice:

> "El eje delimitador de la deslealtad se basa en la contradicción de los usos y costumbres mercantiles y refiere pero no tipifica en forma articulada ni clara lo que se denomina cláusula general prohibitiva y supuestos concretos de deslealtad, careciendo de una estructura normativa suficiente que los articule en un verdadero sistema de delimitación y acciones para reprimir y sancionar los actos calificados como desleales bajo el modelo social." (ALVEAR, 2012 , pág. 77)

Bajo este contexto, el bien jurídico que se debe proteger de la competencia desleal es la honestidad en el campo de la industria, de la empresa, del comercio, que a su vez está

íntimamente ligada con los derechos económicos de las personas que han invertido para poder generar riqueza en forma legal y lícita. Para el tratadista mexicano Francisco González De Cossío, la competencia desleal busca evitar conductas deshonestas o parasitarias, es decir:

> "Lograr el propósito indicado es complicado pues el proceso competitivo es in natura intenso, lo cual incentiva que los agentes económicos utilicen todos los medios a su alcance con la finalidad de ganar el voto económico del consumidor. La tentación por recurrir a medios agresivos que rayan en lo éticamente cuestionable es enorme; lo cual implica que la reglamentación deba ser eficaz, so pena de ser vencida por la realidad. Este es el reto y la importancia del derecho de la competencia desleal. (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2010, pág. 22)

De esto se desprende que toda conducta que persiga sacar del camino de la competición a una persona natural y jurídica que pretende incursionar en procesos productivos y comerciales, es competencia desleal, pero también pueden presentarse casos en los cuales uno de los competidores utilice o se sirva de las herramientas diseñadas o adquiridas por otro, constituyéndose una conducta parasitaria, que es definida por Joseph Stiglitz así:

> "Por conducta parasitaria me refiero a que un agente económico se beneficie del aviamiento u otros elementos de un competidor para lograr ventas que de otra manera no obtendría. Esto ha sido llamado de muchas maneras en la literatura económica. Por ejemplo, el problema del "free rider" o el "Problema del Polizón" (STIGLITZ, 2000, pág. 18)

De ahí que el objetivo es evitar que la competencia desleal perjudique a la libre competencia, vulnere derechos de las personas e impacte en el aparato productivo del Estado, que se reflejará en el sector económico y terminará perjudicando a la sociedad en general. Este problema que puede vulnerar varios derechos de las personas, como los económicos y los fundamentales, ya ha sido tratado por la Decisión N° 486 de la CAN

dando cuenta que no es un problema para tomarlo a la ligera, sino que tiene que ser analizado y estudiado con profundidad, para obtener los argumentos jurídicos que sustenten la creación de una normativa nacional específica que regule los actos de competencia desleal y proteja los derechos económicos otorgados por la Constitución de la República.

En lo que se refiere a la metodología, la presente investigación se encuentra comprendida por el uso de fuentes de información bibliográficas, documentales, con lo que se espera recoger los suficientes datos para llegar a la consecución de los fines propuestos. Entre los métodos que se aplicarán en el presente estudio científico, se encuentran el inductivo - deductivo, histórico – lógico y el hipotético – deductivo. Entre las técnicas que también se aplicarán en este estudio investigativo está la encuesta y la entrevista principalmente.

En lo que respecta a la justificación práctica, se puede señalar que esta se encuentra enfocada en la investigación de cómo se ha establecido la nueva normativa que controla el poder de mercado en nuestro país a la par de interpretar la Decisión N° 486 de la CAN, que fue creada para combatir la competencia desleal vinculada con la propiedad industrial y la protección de los derechos económicos de las personas, es aquí en donde se va a recoger aportes jurídicos que puedan ser aplicados a nuestra legislación y a nuestra realidad cotidiana.

Sobre esta base se puede señalar que se espera que, este trabajo aporte al desarrollo sobre el tema de la competencia desleal, que en la actualidad está afectando a personas naturales y jurídicas que quieren emprender procesos productivos y comerciales, de allí que

los impactos que este trabajo produzca deben asegurar la libre competencia, dentro de los parámetros de la justicia, la lealtad, la honestidad, la honradez, puesto que solo de esta forma se podrá propiciar un efectivo desarrollo económico de nuestro país.

1.2. Marco Teórico

El marco teórico dentro de este trabajo de investigación constituye prácticamente la base doctrinaria en la cual se fundamenta la exposición de la problemática encontrada en la falta de aplicación de derechos económicos emanados de la legislación internacional y de la propia Carta Constitucional.

En primer término se detallan los antecedentes, definición y características de la competencia desleal como fenómeno humano que está perjudicando al desarrollo armónico del sector económico y comercial dentro de nuestro país, de ahí que también es pertinente el desarrollo de conceptos como la libertad de expresión comercial, lo que significa el código de conducta, los presupuestos de la deslealtad, los actos desleales, el comportamiento económico del consumidor y la libre imitación de iniciativas empresariales.

Al desarrollar todos estos conceptos se pretende tener un espacio amplio de análisis que permita adentrarnos en el estudio de la problemática en nuestro país referente a la competencia desleal y la posibilidad de implantar una normativa que regularice el sector productivo comercial para que esta práctica ilegal termine.

En un segundo momento del marco teórico se analiza el estado actual del conocimiento sobre el tema, en este sentido el estudio vuelca su experticia hacia la

Constitución de la República y su control de la competencia desleal, la competencia desleal en la Decisión N° 486 de la CAN, el estudio de la normativa jurídica en relación con la competencia desleal en Ecuador, lo que significa que los derechos económicos y la protección de los derechos económicos, sus beneficios, la finalidad de la represión de la competencia desleal. Es decir analizar la aplicación de la nueva norma que regula los actos de competencia desleal para determinar si se está aplicando de manera efectiva los derechos consagrados en la Constitución de la República y en otros cuerpos legales que se relacionan con el sector como las normas de propiedad intelectual.

Finalmente en la tercera parte del marco teórico se expone la adopción de una perspectiva teórica, esto quiere decir que en base al análisis de conceptos como el derecho a la igualdad, derecho a la libre empresa, derecho a la producción, derecho al progreso, derecho a la competencia, y exponer la forma como sancionar a la competencia desleal desde la perspectiva del autor del trabajo se pretende determinar la base de la propuesta que en la última parte de la tesis se realizará y que obedece a al posibilidad de la creación de reformas dentro de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, para que se logre regular de mejor manera al sector productivo comercial del país y lo proteja de manera eficaz contra actos de competencia desleal.

1.2.1 Antecedentes

Como primer paso del análisis conceptual de la competencia desleal es importante rescatar los antecedentes históricos de este fenómeno, desde ese contexto es evidente que desde la creación misma del ser humano y desde la necesidad de organizarse para conformar sociedades dentro de las cuales existían insuficiencias que debían ser cubiertas a

través de procesos laborales y mercantiles, nace el comercio, en un principio como intercambio de bienes que luego adquirirían valor monetario para sustentar transacciones comerciales y económicas, sin embargo el paso del tiempo y la vertiginosa evolución de las sociedades, han desencadenado ánimos de lucro excesivo de los operadores económicos que los han llevado a querer monopolizar mercados e incluso a querer imponer sus reglas basados en el poder económico adquirido.

Este desproporcionado propósito ha permitido que operadores económicos rebasen los límites de la competencia honesta y desarrollen actos desleales encaminados a retirar del mercado a nuevos competidores y anular a los ya existentes, distorsionando gravemente los intentos progresistas de la sociedad, en este sentido es que nace la necesidad de regulación contra la competencia desleal, con el objetivo de poner límites a los actos deshonestos que realizan los agentes en el tráfico económico, como lo señala la Dra. Patricia Alvear cuando dice:

> La regulación contra la competencia desleal se aplica a todas las actuaciones deshonestas y desleales que se presenten en el mercado, que puedan afectar o afecten los intereses de los particulares o privados de los operadores económicos y al interés general del sistema, por cuanto sanciona per se la deshonestidad (ALVEAR, 2012 , pág. 87)

Pero al tratar de analizar los antecedentes de la competencia desleal, es necesario advertir que los orígenes de la institución jurídica como tal, se encuentran disolublemente unidos al desarrollo histórico del sistema económico liberal y al generalizarse el fenómeno del actual mercado globalizado que caracteriza a nuestra época como, de ahí que se vuelve necesario limitar ciertas conductas competitivas que se consideran perturbadoras del

sistema, es en esta premisa de pensamiento donde se encuentra el origen de este ámbito jurídico.

Es decir que antes de la liberación de los mercados globalizados, en el período de las corporaciones, e incluso en la época mercantilista, no puede hablarse de una normativa de la competencia desleal; puesto que la actividad económica se hallaba minuciosamente reglamentada por las corporaciones y más tarde por el Estado absoluto. La disciplina de la competencia desleal constituye, según el tratadista peruano Pinkas Flint Blanckse: "Un fenómeno normativo típico del sistema liberal" (FLINT BLANCK, 2002, pág. 779)

Ello no significa que su evolución se haya producido en línea recta; por el contrario, desde el momento en que la economía comenzó a regirse por el principio de la libertad de industria y comercio hasta llegar a nuestros días, la disciplina de la competencia desleal ha padecido una profunda transformación en la generalidad de los ordenamientos, transformación que va unida a los grandes cambios económicos, políticos y constitucionales de cada país.

Para este tratadista peruano la evolución de la materia en estudio, tiene una fundamentación en análisis doctrinarios que diferencian tres modelos de regulación claramente distinguidos en sus postulados básicos y, advirtiendo el riesgo de simplificar excesivamente la realidad, a la competencia desleal se la clasifican en:

- Modelo Paleoliberal,
- Modelo Profesional y,
- Modelo Social.

(FLINT BLANCK, 2002, pág. 780)

El primero de los modelos el Paleoliberal, en términos generales es propio del siglo XIX, se caracteriza por la falta de una normativa general, es decir que no había normas que regulen las prácticas de competencia desleal, la disciplina represiva de la competencia desleal resulta en ese modelo, notablemente fragmentaria y se presenta en general como una disciplina de naturaleza penal, solo se contemplan determinadas violaciones a los derechos de propiedad industrial.

Según el autor peruano este sistema que es propio de la fase de despliegue de las economías liberales, se caracteriza por un escrupuloso entendimiento del principio de .libertad de industria y comercio. Se considera legítima cualquier iniciativa, siempre que no se infrinjan las exclusivas sobre signos distintivos de la empresa y demás derechos de propiedad industrial, y no se violen las normas penales expresivas de los fraudes más graves.

La competencia desleal como expresión que designa un ámbito de regulación para los agentes económicos, no era concebida de esa forma en este período inicial de evolución. Para referirse a él habría que hablar más bien de competencia ilícita. La mayoría de los tratadistas no suelen incluir esta fase al examinar la evolución de la institución que se estudia, comenzando sus exposiciones en el momento en el que anteriormente se halla considerado como de iniciación del modelo profesional.

La construcción de una legislación general sobre la disciplina de la competencia desleal, era absolutamente inconcebible a principios del siglo XIX, esta regulación

necesariamente habría de traer como resultado una notable restricción al principio de la libre competencia. Para tratadistas como Elhanan Helpman la posición de algunos economistas clásicos como Jean Baptiste Say, estuvieron en total desmedro de esta posición pues afirma que: “la intervención del Estado en los procesos concurrenciales, aun cuando podría justificarse bajo la concepción de evitar el engaño en el mercado, no resulta deseable, pues a la larga acabaría dañando el tráfico económico en su generalidad.” (HELPMAN, 2004, pág. 43)

Especial atención merece que en la mayoría de los países la competencia desleal se desarrolla históricamente a partir de la primitiva tutela de los derechos sobre bienes inmateriales o de monopolio, particularmente a partir de la protección del derecho sobre la marca. Bajo esta idea el mismo tratadista nos dice: “la naturaleza penal y la consiguiente tipicidad de la disciplina constituyen un precipitado necesario de esa inicial concepción del acto de competencia desleal como una lesión de derechos de propiedad industrial”. (HELPMAN, 2004, pág. 45)

Este planteamiento se explica a la luz los rígidos postulados liberales en los cuales se inspira el ordenamiento económico del siglo pasado, pues se estima que el Estado no debe intervenir en los procesos naturales del mercado más que para salvaguardar la libertad y la propiedad. Consecuentemente en la medida en que la disciplina de la competencia desleal restringe la libertad, únicamente puede justificarse como protección de la propiedad.

De ahí que el modelo paleoliberal de la competencia desleal no puede considerarse sin tomar antes en cuenta las necesidades de la industria naciente. Con la finalidad de facilitar la creación de núcleos empresariales sólidos, el sistema económico trataba, en

efecto, la abstención del Estado; de haber existido un Derecho de la competencia desleal habría funcionado como freno estatal para el despliegue económico. La única forma de afianzar esa industria naciente, era libre para las limitaciones y modalidades engañosas.

La mayoría de los ordenamientos europeos del siglo XIX, responden a este modelo de la competencia desleal, sin embargo en la segunda mitad del mismo siglo se repara no tanto en la violación de propiedad industrial cuanto en el engaño o confusión resultante de ella. De esta forma se produce una reorientación del objeto de la valoración: del derecho violado se pasa a considerar la conducta que produce la lesión cambiando así la dirección de la protección.

Por este lado es por el cual la jurisprudencia se emancipa muy pronto de la pura contemplación del derecho violado y se encamina hacia un mayor ámbito de discrecionalidad para enjuiciar lo que es desleal; algo que acabará en la edificación de un verdadero sistema general de la competencia desleal al amparo de la cláusula general de responsabilidad extracontractual. Por esta vía se termina reprimiendo todo tipo de confusión y protegiéndose en general todos los elementos de las empresas.

En segundo lugar está el modelo profesional, que comienza a observarse a partir de los primeros años del siglo XX y se plasma en la elaboración de una normativa en que se caracteriza fundamentalmente por su carácter privado y por su alcance general. Se aspira a tutelar, en este modelo. El tratadista Pinkas Flint Blanck se refiere a este modelo en los siguientes términos: “Efectúa un acuerdo con los patrones de valoración profesional o corporativo o de la clase empresarial, las posiciones adquiridas por la empresa en el mercado”. (FLINT BLANCK, 2002, pág. 110)

Otra de las características más importantes de este momento es la consolidación del régimen económico liberal a finales del siglo XIX y principios del XX, que comienza a reclamar una protección general de contenido profesional contra la competencia desleal. La disciplina fragmentaria, típica y penal del período anterior, comienza a verse sustituida por una disciplina general, privada y dotada de un fuerte contenido profesional, encaminada a reprimir aquellas modalidades competitivas que la corporación de empresarios consideraba incorrectos. En esta fase cabe hablar propiamente de una disciplina de la competencia desleal emancipada del Derecho Industrial en sentido estricto.

La regulación de la competencia desleal viene a presentarse como el resultado histórico de una presión de los medios empresariales, que como consecuencia de la propia afirmación del sistema económico, demandan del ordenamiento la protección de las posiciones empresariales adquiridas en el mercado, el tratadista italiano Tullio Ascarelli referente a este modelo dice: “Para el logro de ese objetivo fueron ya insuficientes las normas complementarias de la disciplina del modelo anterior y los medios de auto tutela a que se veían obligados a recurrir los empresarios frente a las deficiencias y lagunas de aquella precaria regulación". (ASCARELLI, 1970 , pág. 33)

Es decir que aquí es cuando se presenta la necesidad de que la normativa de la competencia desleal se extienda y generalice; razón que explica por qué en los países más avanzados y representativos se recurre a la técnica de la cláusula general de prohibición de la deslealtad de la concurrencia. Esta cláusula pasa a convertirse en la norma clave, en la regla dominante de toda la disciplina. Se aspira con la cláusula general a proteger a la empresa más allá de la tutela ciertamente monopolística, pero de ámbito objetivo muy

limitado, que no apoya el ámbito de la propiedad industrial.

Además resulta evidente en este contexto que los intereses primariamente tutelados por la disciplina de la competencia desleal sean los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado. En atención a esta concepción, se considera que tanto el interés público, como los intereses colectivos de los consumidores, se hallan suficientemente protegidos de una manera indirecta, justamente por reflejo de la protección de la empresa.

Otra de las características de este modelo es su fuerte connotación corporativa; pues los grupos empresariales podían poner en juego su influencia para una normativa de la competencia desleal que remita el juicio de lealtad a parámetros profesionales, de manera que sean ellos mismos quienes establezcan con la hoja a de ruta a seguir dentro de la legislación. Se convierte, así la competencia desleal medio de auto purificación de la economía. Particular importancia merece a este respecto, la legitimación activa de corporaciones empresariales profesionales; puesto que se reconoce a las asociaciones profesionales, funciones de vigilancia sobre los miembros individuales y funciones de integración de eventuales carencias de iniciativa procesal.

Este modelo, seguido por la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeos más representativos durante el siglo XX, hace que la disciplina de la competencia desleal se despenalice y privatice; pues sus sanciones típicas se sitúan en los moldes del derecho privado: la acción de cesación, la acción de remoción y la acción de daños y perjuicios.

Lo que interesa subrayar, en relación a estos planteamientos doctrinales es que

conducen a articular una protección monopolista o cuasimonopolista de las posiciones que los empresarios van adquiriendo o conquistando en el mercado; y no puede olvidarse, a este respecto, que el derecho subjetivo se caracteriza precisamente por ser un derecho de monopolio, por acotar a favor de su titular un espacio de señorío absoluto, cuya invasión provoca la ilicitud de la conducta. Sí es verdad que la disciplina atribuye derechos subjetivos absolutos, cuya característica consiste precisamente en gozar de una protección general tendencialmente absoluta, la lesión del derecho subjetivo debería provocar, de modo automático y sin ningún tipo de mediación la actividad de la conducta. Dicho de otra manera: la ilicitud no provendría de la deslealtad, sino de la infracción objetiva de un derecho subjetivo.

Consecuentemente puede considerarse que la disciplina de la competencia desleal, al menos como es concebida en el modelo profesional, gobierna los comportamientos concurrenciales entre sujetos competidores, pero no tiene a su cargo el control general del comportamiento de los sujetos económicos del mercado.

De este modo la relación de competencia cumple la función de privatizar y corporativizar el Derecho de la competencia desleal; pues al aplicarse únicamente a los supuestos de deslealtad entre empresarios en situación competitiva, se limita la tutela a los intereses empresariales, renunciando a proteger en forma directa los intereses de otras categorías de sujetos participantes en el tráfico comercial y al mismo orden institucional del mercado.

El tercer modelo llamado Modelo Social, se manifiesta básicamente en la etapa que va desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, con él se

experimenta un cambio de rumbo respecto de los modelos precedentes. Para el tratadista ecuatoriano Xavier Gómez Velasco este modelo representa:

> "La normativa represora, de la competencia Desleal deja de ser un ordenamiento primariamente concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresiva mente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés público en el mantenimiento de un orden concurrencia no falseado". (GÓMEZ VELASCO, 2001, pág. 23)

El origen de la nueva etapa de la normativa sobre la competencia se sitúa en los años inmediatamente posteriores a la terminación de la guerra mundial, años estos en los que se inicia un lento proceso de reorientación de la disciplina, que a pesar de las resistencias encontradas, se ha ido introduciendo en los ordenamientos europeos más representativos.

Se produce la quiebra del postulado ideológico que afirmaba la coincidencia entre intereses de los empresarios concurrentes, para que el interés general dé estrada a un nuevo modelo, en torno al cual se va articulando una ordenación del fenómeno concurrencia sensiblemente distinta de la que servía de fundamento al sistema profesional.

La paulatina afirmación del nuevo modelo refleja el significativo cambio de función experimentado por la disciplina de la competencia desleal en la evolución de los últimos años. Se trata de un cambio apreciable en todas las cuestiones que básicamente configuran el modelo: las que hacen referencia al objeto de protección, los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad y la determinación de las prácticas reprimidas, la exposición del tratadista peruano Pinkas Flint Blanck se refiere a estos tres postulados:

> "Respecto al OBJETO DE PROTECCIÓN, puede observarse el paso de una concepción enfrascada en la tutela de los intereses individuales de los competidores

> a una concepción en la protección del orden económico del mercado en función del privado de los competidores y el interés público del Estado.
>
> En el de LOS CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO, puede advertirse de una notable transformación; pues la deslealtad deja de ser como un juicio de incorrección profesional, ensayado en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor etc.).
>
> Por último en lo referente a las PRACTICAS REPRIMIDAS, puede advertirse algunos cambios relevantes: ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales (la publicidad comparativa o la invasión de zona exclusiva), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los interés de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo. (FLINT BLANCK, 2002)

Desde esta perspectiva es notorio que en este modelo el Estado decide intervenir en los procesos naturales del mercado para que la libertad económica no conduzca a una creciente monopolización y a la consiguiente negación del orden competitivo; intervención que trae como resultado, que la competencia considerada hasta entonces como un proceso natural que únicamente podía rectificarse con arreglo a criterios profesionales, se convierta ahora en un sistema directivo, configurado jurídicamente por el ordenamiento del Estado.

Además en donde el objeto de protección se centra en la institución misma de la competencia como principio básico del sistema económico y su función consiste esencialmente en controlar el poder económico en el mercado, a fin de que la competencia se desarrolle bajo el principio de eficiencia y no de interferencia, en otras palabras la disciplina de la competencia desleal se funcionaliza en atención al logro de los objetivos de política económica.

En este cambio de función de la competencia desleal, puede observarse el desarrollo por parte del Estado de una política de tutela reforzada del consumidor como parte débil de

las relaciones típicas del mercado. La normativa de la institución de la competencia desleal venía siendo configurada tradicionalmente en función de la exclusiva tutela de los intereses de los empresarios competidores; y la protección de los intereses de los consumidores no era objeto directo de la disciplina, aunque por razón de su mismo contenido, esa normativa les pudiera proporcionar una tutela indirecta o refleja.

Una muestra clara de este modo de entender la disciplina se producía en materia de legitimación concedida exclusivamente a los empresarios concurrentes, y no a los consumidores o a sus asociaciones. Era al empresario a quien se confiaba la iniciativa judicial para que el ámbito del comercio se desarrollase de manera no lesiva para el consumidor. Pero este modelo estrictamente liberal, que identifica el interés de los empresarios con los intereses colectivos del consumo, empieza a debilitarse tan pronto como se estima que no existe tal correlación de intereses y que es preciso que el Estado intervenga para proporcionar una adecuada protección a las expectativas de los consumidores.

El principio de tutela del consumidor también cimienta el derecho de la competencia desleal; ya que este principio ingresa a formar parte del juicio de deslealtad; entrando en crisis el requisito de la relación de concurrencia; entendido tradicionalmente como un elemento indispensable del ilícito. Lo que era un derecho de conflictos interempresariales, pasa hacer también asunto de los consumidores de servicios y productos que ofertan estas empresas; es decir, una verdadera disciplina de clase porque se presenta cada vez más como un derecho general de ordenación del mercado.

Respecto a los fundamentos del modelo social puede advertirse que la concepción de

la competencia desleal como una disciplina atributiva de derechos subjetivos, se debilita al entrar en crisis el modelo profesional o individualista sobre el que se asentaba; puesto que la doctrina más moderna estima que el derecho de la competencia desleal no persigue la protección de posiciones jurídicas subjetivas, si no que más bien, establece deberes objetivos de abstención; es decir, establece reglas objetivas de conducta, cuya infracción desencadena las reacciones del ordenamiento.

De esta manera, el objeto de protección experimenta un cambio espectacular, en el sentido de que la protección individual, articulada a través de la atribución de derechos subjetivos, es sustituida por la protección institucional, que se instrumenta mediante la formación de instituciones con fuerza de derecho objetivo al servicio de los intereses de la variedad de sujetos implicados en ellas.

En definitiva ubicándonos dentro de nuestro marco jurídico normativo, podemos observar la evolución histórica que ha tenido la institución de la Competencia desleal y su consecuente restricción dentro de las distintas leyes que la contemplan así, puesto que en las diversas constituciones de nuestro país, pese a que no se ha regulado de manera expresa dicha figura, existe o existió cierto articulado que posee estrecha relación con la misma.

Es más en la actualidad vemos un desarrollo en las bases constitucionales que redactan estos derechos económicos dentro de su estructura y redacción, específicamente en el Art. 335 de le Constitución de la República, es decir que la evolución histórica que nació como una necesidad de controlar las relaciones económicas comerciales de un sector de la sociedad se ha convertido en la actualidad en un sistema regulatorio de carácter constitucional en nuestro país, sin embargo para un desarrollo armónico del trabajo de

titulación es importante que una vez expuesto todo el desarrollo histórico que la figura jurídica en mención ha tenido, se visualice un concepto que integre todas sus características y nos dé un fundamento para el posterior análisis problemático que nos atañe.

1.2.2 Definición.

En términos silvestres la competencia desleal responde a una concepción clara que se refiere a actuaciones de personas o grupo de personas que se manejan de una forma antiética y antimoral en la práctica comercial para un sector determinado, ahora si este mismo sentido silvestre lo trasladamos al ámbito del derecho y principalmente a las relaciones de comercio es donde nace el tema de estudio de esta investigación y lo que se denomina como la competencia desleal dentro de una concepción de proteger derechos económicos fundamentales para el porvenir de una sociedad. En ese sentido el diccionario enciclopédico define a la competencia desleal como:

> "Competencia ilícita. Toda práctica comercial que no respeta las reglas de juego del mercado fijadas por las leyes o establecidas por los usos y costumbres comerciales. Actuación mercantil que con engaño o fraude pretende sacar provecho o causar perjuicio a terceros (consumidores, distribuidores y competidores)." (ENCICLOPEDIA ESPASA , 2008, pág. 543)

Desde esta óptica es claro decir que la competencia desleal comienza por ser una actuación dentro del mercado a configurarse en una institución jurídica que regula este sector y protege el desarrolla armónico del comercio y la industria en un determinado país, en palabras de los tratadistas Juan Antonio Álvarez Avendaño y Claudio Lizana Anguita se define a esta actuación desde el ámbito legal como:

> "Son actos de competencia desleal y, en consecuencia, ilícitos y prohibidos, toda

> conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas; así como los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier otro acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo a los ya señalados en una norma jurídica." (ALVAREZ AVENDAÑO & LIZANA ANGUITA, 1995, pág. 39)

Dentro de nuestra legislación también la competencia desleal se presenta en la vida cotidiana de las empresas de comercio y producción por lo tanto también se ha creado normas tendientes a regular el sector y no permitir que estas actuaciones ilegales se den, de ahí que dentro de la Ley de Propiedad Intelectual el Art. 285 define a la dilución del activo intangible (acto de competencia desleal) como consecuencia de los actos de competencia desleal vinculadas a la propiedad industrial de la siguiente forma:

> "el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial; de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje notoriamente conocido". (CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR Ley de Propiedad Intelectual, 2004)

En definitiva se concluye en base a estas exposiciones de conceptos que la competencia desleal dentro del ámbito comercial es un comportamiento anticompetitivo, antimoral y antiético que a lo largo de la historia fue creando problemas en el desarrollo del comercio mundial a tal punto que en la actualidad tiene una consonancia dentro de la mayoría de ordenamientos jurídicos internos de cada país y que también tiene normas regionales e internacionales que apoyan el combate a estas prácticas con la finalidad de que el mercado se desarrolle adecuadamente en un régimen armónico de desarrollo que permita oportunidades a todos los participantes del sector.

Dentro de esta conceptualización y su desarrollo histórico la competencia desleal también tiene o guarda dentro de si otros conceptos que forman parte de este fenómeno en su debate que va dirigido a proteger al mercado de actuaciones desleales. Un primer elemento constitutivo parte de esta discusión es la libertad de expresión comercial, otro es el código de conducta, lo que son los actos de deslealtad o los presupuestos de la deslealtad, por ello a continuación se realizará un análisis sucinto de cada uno de estos postulados y otros que forman parte de este fenómeno y que por lo tanto son necesarios su análisis previo al estudio problemático de esta investigación.

1.2.3 Libertad de expresión comercial.

Desarrollando cada vez más el amplio concepto de libertad de expresión, es pertinente señalar que representa una de las modalidades de la libertad de informar, es decir: "la facultad de difundir información comercial, por cuanto lo comercial no puede ser visto como un mundo aparte dentro del universo de las cosas que se pueden informar. Sería sin duda arbitraria e inexacta la división de los contenidos entre lo informativo, de un lado, y lo comercial, del otro." (SOLANS, 2010, pág. 4)

Desde ese ámbito ya analizando el estudio de la tratadista mexicana Susana Solans Ballarini, la libertad de expresión comercial se presenta en la industria de la publicidad como su escenario natural, pero también los comerciales no son cosa distinta a la manifestación del ejercicio del derecho a anunciar, cuyos fundamentos constitucionales están contemplados en el derecho a informar, el derecho a ofrecer bienes y servicios, la libertad de empresa y, en últimas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, llamado también, derecho a la autodeterminación, en virtud del cual se expresa la libertad de optar

para anunciar o no en determinado medio de comunicación.

Para situarse en el escenario actual de la libre expresión comercial hay que partir de una aproximación conceptual y filosófica del concepto de libertad. Ese concepto está claramente plasmado en las siguientes palabras del tratadista Zuazua de Biagioni, que compartimos plenamente:

> "La necesidad física de sentirse libre ha estado siempre presente en la naturaleza humana. En un sentido amplio, la libertad es el estado del hombre no sujeto a obligación alguna Es su facultad natural para obrar de una manera o de otra, por lo que es absolutamente responsable de sus actos... Si bien esta libertad es una sola, ha ido evolucionando hacia distintas manifestaciones del comportamiento humano... Se habla entonces de varias libertades: políticas, individual, de conciencia, de reunión, de culto, de asociación, de comercio e industria, en fin de la libertad de opinión y de expresión. Milton decía que 'el hombre puede considerarse libre en la medida que pueda opinar y elegir'. De allí que podamos afirmar que la libertad de expresión es complemento indispensable de la libertad de opinión. No puede concebirse la una sin la otra. Si la libertad de opinión no estuviere acompañada por la de manifestarla, no tendría valor alguno. Cuando se elige el régimen político que se compartir o la religión que se desea profesar o el libro que se quiere leer, se está expresando una opinión. También cuando se elige un producto o servicio, se está igualmente expresando una opinión. Pero para formarse esa opinión, se debe estar previamente informado sobre la existencia de bienes y servicios. Esa libertad, que debe ser libre en su manifestación, es decir sin censura previa, es lo que constituye la libertad de expresión comercial... El Estado de derecho garantiza la libertad de expresión, siempre que ella no constituya delito... La publicidad de productos lícitos constituye un elemento de garantía para el ejercicio de la libertad de elegir, basada en el principio de autonomía y responsabilidad individual que fundamenta los sistemas democráticos". (ZUAZUA DE BIAGIONI, 1995, pág. 10)

En segundo lugar, es necesario asegurar el libre acceso a las fuentes de información por parte de los consumidores de bienes y servicios, como requisito indispensable para la transparencia del mercado. Como se anotó anteriormente, tanto derecho tiene el sector de la publicidad a anunciar como los consumidores a recibir los mensajes. A este respecto Fuenzalida ha anotado con acierto lo siguiente:

> “El hombre contemporáneo requiere para la plena satisfacción de sus aspiraciones, necesidades y desarrollo integral, poder captar el máximo de información que le sea factible. En la actualidad, la persona no requiere tanto saber cómo el tener acceso al mayor número posible de fuentes de información. La globalización de la economía, el adelanto de las ciencias y de la técnica, la especialización en los conocimientos, de los medios productivos, y la variedad de los nuevos descubrimientos en todos los campos, exige que el usuario o consumidor tenga acceso al más libre, expedito y eficaz medio de información. Uno de los vehículos de transmisión de la realidad cambiante lo constituye, sin lugar a dudas, la publicidad. Esta informa sobre los nuevos productos o servicios, el modo de empleo, su lugar de adquisición, el precio, etc. De manera que el consumidor tiene derecho irrestricto de poder recibir la información de los bienes y servicios que pueda adquirir o contratar... Un país o una comunidad podrá avanzar con rapidez, en la medida en que pueda ejercer su derecho de buscar sin limitaciones la información que requiere...La censura previa o la sanción por la información configuran una conducta retrógrada de la autoridad que cercena o entraba el derecho indispensable del ciudadano a poder acceder a los avances y conocimientos en permanente crecimiento y profundidad... De esta forma, la publicidad, que es una de las fuentes de información, debe ejercer su oficio libre y responsablemente, desterrándose los controles oficiales, a fin de que el consumidor o usuario pueda buscar el máximo de bienes y servicios, pudiendo seleccionar sin presión y debidamente informado, el bien o servicio que conforma su derecho a elegir”. (FUENZALIDA, 1995, pág. 21)

En tercer lugar, desde el punto de vista económico, la libre competencia es la piedra angular de la economía. Pero la competencia no puede existir sin un consumidor plenamente informado para poder adoptar decisiones, como se afirmó. Y es mediante la publicidad que fabricantes y comerciantes pueden presentar sus opciones al consumidor.

Por tanto, cuando se limita la publicidad, se está imponiendo obstáculos al mercado, aquí radica el debate pues la regulación de la competencia desleal puede afectar este derecho de libertad sino se lo lleva equilibradamente, y es que en concreto, la publicidad es importante para la economía por las siguientes ocho consideraciones específicas que el mismo tratadista expone:

1) Informa al consumidor para que pueda elegir.

2) Mantiene los precios bajos al fomentar la competencia.

3) Crea empleos e impulsa el desarrollo económico.

4) Estimula la superación constante de la calidad de los productos.

5) Genera la búsqueda de productos nuevos y procesos más eficientes.

6) Impulsa el desarrollo tecnológico.

7) Dinamiza el ingreso de fondos al erario público.

8) En mercados maduros, busca que el consumidor cambie de marca.

(FUENZALIDA, 1995, pág. 23)

En cuarto lugar, una restricción a la libertad de expresión comercial no sólo afecta los derechos de los consumidores y la economía en su conjunto, sino que, además, afecta dos sectores adicionales: los medios de comunicación y las agencias de publicidad. Los primeros, porque los periódicos, revistas, la televisión y la radio tienen a la pauta publicitaria como su principal fuente de financiamiento, que les permite conservar su independencia de criterio.

Destáquese que para la democracia es muy importante la independencia de los medios de comunicación, ya que sin una prensa libre no habría crítica ni libertad de oposición civilizada al régimen. Si todos los medios fuesen monopolio del Estado o de un solo particular, los demás serían silenciados.

En cambio una pauta proveniente de un número plural de anunciantes le permite al medio de comunicación conservar su libertad e independencia de criterio. Y en cuanto a los segundos, que comprenden las agencias de publicidad, las firmas de relaciones públicas, las

compañías de promoción y mercadeo, las casas productoras, los artistas y diseñadores, las imprentas y todas las demás actividades empresariales de la industria de la publicidad, se verían limitadas o suprimidas por una eventual restricción de la libertad comercial.

De ahí que las normas que busquen limitar estas libertades tienen que tener una ponderación de derechos al respecto y considerar la importancia de estas libertades, sin embargo dentro de esta lucha de derechos también es importante recalcar que de no haber una limitante a las actuaciones desleales del mercado el sistema cotizaría en la medida que también crearía un monopolio en la información.

Como se advierte lo importante es que se contemple un código de conducta que equilibre las actuaciones dentro del mercado mundial, en referencia a nuestro país se va advertir que el proceso de consolidación de combate a la competencia desleal es reciente, sin embargo la garantía a la libre expresión comercial en cambio ha sido un derecho que si bien no ha tenido un sustento jurídico valido pues se fundamenta en los derechos de libertad que cada carta constitucional los ha redactado, ha sido una práctica constante que necesitaba de una regulación y que en la opinión del autor requiere de una mejor regulación en base a la actuación de una normativa específica.

1.2.4 Código de conducta.

La ética es la rama del saber que se ocupa del estudio de las acciones morales de los individuos y de los grupos, así como de las reglas y normas que rigen ese comportamiento en una sociedad determinada. En base a esta premisa se puede advertir que la ética profesional es la parte de la ética que rige el comportamiento del individuo en su ejercicio

profesional. Sin duda estamos ante una de las ramas más diversificadas. Por ejemplo para los administradores de empresas, no existe un código ético básico. Por tanto corresponde a las empresas definir sus propios códigos de conducta.

Por tanto, los Códigos de Conducta son normas dictadas, en la mayoría de los casos, de forma unilateral por parte de las empresas cuya aplicación, generalmente, no está sujeta a procesos de verificación externos. En un estudio realizado por el tratadista Ricardo Fernández García, acerca de los códigos de ética y su necesidad en el ambiente empresarial se reafirma que el concepto de Código Ético se simplifica en: "Una compilación de las normas y reglas que determinan el comportamiento ideal o más apropiado para un grupo específico de profesionales. Las reglas de este código pueden estar escritas (como en los casos de la medicina o el derecho) o ser implícitas." (FERNANDEZ GARCIA, 2011, pág. 33)

Esto quiere decir que un código es una afirmación formal de los principios que definen los estándares del comportamiento específico de una compañía. Por lo general no contiene todas las normas implícitas del comportamiento del profesional, porque se sobreentiende que toda persona que llega a un grado de profesional posee cierta formación y criterio de lo que se debe o no se debe hacer durante su desempeño como profesional.

No es fácil establecer el concepto de lo que es o no es ético. En efecto la ética va más allá de las leyes vigentes. Es decir, que ciertas actividades pueden ser consideradas legales pero no por ello éticas. Por ejemplo, el trabajo infantil puede ser legal en alguna parte del mundo (deseo que no) pero sin duda esta práctica es mala para la sociedad. Por tanto, el hecho de actuar conforme a la ley y los reglamentos establecidos es solo una parte

del comportamiento ético.

En cuanto al comportamiento ético dentro de la competencia desleal se advierte que en un primer momento este ámbito fue muy tomado en cuenta, sobretodo en la etapa histórica comprendida con el nombre de regulación profesional, en la cual se privatizo el derecho y dio paso a que las actuaciones éticas sean las más consideradas para condenar una actuación desleal en el mercado.

Sin embargo la subjetividad de la ética, su variación de una sociedad a otra porque cada sociedad o grupo juzga de distinta manera las diferentes actividades y procesos en función de sus valores culturales, intereses particulares, circunstancias específicas e influencia del medio, lo que suele dar lugar a diversas polémicas acerca de lo que es y no es ético; dio paso al nuevo orden normativo que en la actualidad existe para controlar las actuaciones de competencia desleal.

De ahí que para el tratadista Ricardo Fernández García es importante hoy en día que los códigos de conducta de empresa se elaboren dentro de una sociedad y en específico dentro del sector empresarial, esto con la finalidad que se dé una autorregulación sectorial

> “En estrecha relación con el principio de transparencia y como vehículo de expresión de las políticas, tenemos los códigos de empresa, que como se ha indicado, fija la empresa de forma unilateral. Cada vez son más las empresas que formulan su propio código. Desde el punto de vista de los empleados y directivos es clave ya que, al pasar a formar parte de la empresa, aceptan el compromiso moral de asumir dicho código en su conducta profesional. Estamos ante un mensaje que se lanza a la sociedad en el sentido de expresar el compromiso de la empresa a asumir determinadas responsabilidades.” (FERNANDEZ GARCIA, 2011, pág. 36)

Sin lugar a duda, las empresas las precisan para corregir los impactos negativos que

genera el desarrollo de su actividad y que se emiten para influir en las prácticas de sus socios de negocio globales, y como una manera de informar a los consumidores sobre los principios que se siguen en la producción de los bienes y servicios que manufacturan o venden. Estamos ante instrumentos muy relevantes para la promoción de los derechos humanos, laborales y medioambientales, así como de las medidas contra la corrupción, en especial en aquellos países en los que las autoridades públicas no aplican normas mínimas.

Los beneficios del comportamiento ético radican en la generación de confianza, pues todo negocio se construye sobre relaciones con proveedores, clientes, empleados y otros grupos. La fuerza de esas relaciones es en su mayor medida función de la cantidad de confianza que las partes tienen una con otra. En ese sentido, la conducta ética es un factor indispensable para la generación de confianza porque tiene la capacidad de otorgar credibilidad a quienes lo practican. Puede, incluso más efectivo y conveniente que muchos controles externos, como la regulación gubernamental sin embargo algo que es más importante que nada es que con estos códigos de conducta se fundamenta una posible normativa sectorial que ataca actos desleales y presupuestos de deslealtad.

1.2.5 Presupuestos de la deslealtad.

Los presupuestos de deslealtad como bien se aprecia en su nombre, son actos que se encuentran en una determina norma jurídica y que busca que mediante esta acción solicitar un pronunciamiento jurisdiccional limitado a la declaración de que una determinada conducta del demandado, que la demanda deberá precisar, constituye un acto de

competencia desleal según las previsiones.

Se trata de una acción meramente declarativa que con frecuencia se ejercita junto con otras acciones, la tratadista española Amelia María Pérez Mosteiro afirma que: “el pronunciamiento declarativo de la deslealtad opera como presupuesto de la estimación de las pretensiones de cesación, prohibición, remoción, indemnización o enriquecimiento que se hubiesen acumulado a la mero declarativa.” (PÉREZ MOSTEIRO, 2011, pág. 71)

Pero también es admisible el ejercicio de la acción declarativa de deslealtad de manera autónoma, si bien en tal caso no basta para la estimación de la acción que la conducta concurrencial a que se refiera sea efectivamente desleal. Es preciso también que el demandante acredite tener un interés basado en una situación de conflicto entre él y el demandado sobre la deslealtad de la conducta de éste, y que esta situación cause al demandante un perjuicio para cuya eliminación baste la declaración solicitada.

Por lo general la normativa internacional que se refiere a la competencia desleal, menciona que la acción de declaración de deslealtad, siendo discutida la admisibilidad de la correspondiente acción declarativa negativa, dirigida a que se declare jurisdiccionalmente que una determinada conducta no constituye competencia desleal.

En opinión del autor de este trabajo de investigación la ausencia de norma que expresamente contemple esta clase de acciones no es suficiente para rechazar su admisibilidad. Lo decisivo es que el demandante justifique su interés en obtener la declaración de que su conducta no es desleal, debiendo reconocerse este interés ante requerimientos o comunicaciones que sostengan lo contrario.

Lo importante es recalcar que mientras no exista una norma específica dentro del sistema jurídico ecuatoriano estas actuaciones tampoco son válidas ni pueden llevarse a cabo por la falta de institucionalidad e infraestructura que sería subsanable solo mediante una norma que elabore todo un marco jurídico de aplicación de derechos con estas actuaciones no solo se lograría desarrollar el sector productivo sino que se llevaría a aplicar de manera efectiva derechos constitucionales básicos en este nuevo orden de estado constitucional de derechos y justicia que también tiene que tenerse en cuenta a la hora de promover una norma que regularice un sector tan importante como el comercio.

1.2.6 Actos desleales.

En esta parte del trabajo es importante analizar la exposición realizada por el tratadista peruano Christian Fernando Tantaleán Odar, así como también advertir que la misma doctrina jurídica especializada en el tema de la competencia desleal advierte que existen actuaciones específicas que son consideradas como ilegales dentro de un esquema legal, en primer lugar tenemos los actos de Confusión, que según el tratadista en mención son:

> "Aquellos actos que llevan o puede llevar a error o equivocación. La confusión puede producirse en la actividad, prestaciones, productos o el establecimiento ajeno. Se produce un acto de confusión cuando el consumidor presume que una actividad, producto, establecimiento o prestación tiene un origen empresarial que no le corresponde. Asimismo, cuando el consumidor atribuye erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa, bien porque los signos son a tal punto parecidos que se confunden unos con otros o bien porque se cree, a pesar de la diferencia de marcas, que provienen de un mismo empresario." (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 17)

De esta exposición se desprende que existen dos causas principales que, en principio,

producen el riesgo de confusión, la primera es que el consumidor puede atribuir erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa, bien porque por el extremo parecido entre los signos confunde uno con otro, bien porque aun diferenciando claramente las marcas, cree que ambas pertenecen a un mismo empresario. “En el primer caso estaremos ante el llamado -riesgo de confusión directo-; en el segundo frente al -riesgo de confusión indirecto-.” (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 18)

Respecto a estas actuaciones el Tribunal de Justicia de la CAN realiza un análisis en el Proceso 04-IP-2013 en el cual da una interpretación prejudicial de los artículos 238, 241, 243, 245, 246, 247, 258 y 259 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina; y, de oficio de los artículos 155, 267 y 268 de la misma Decisión; con fundamento en: “la consulta solicitada por la Primera Sala del Tribunal Distrital Nº 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, de la República del Ecuador. Asunto: “Actos de competencia desleal”. Expediente Interno: Nº 17801-2006-15688.” (EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, 2013, pág. 1)

En esta jurisprudencia el Tribunal de justicia de la CAN, con fundamento en la documentación allegada estima procedente destacar como el proceso interno realizado en la Primera Sala del Tribunal Distrital Nº 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, de la República del Ecuador en el que el Demandante: INDUALCA S.A. afirma que el Demandado: SOCIEDAD ECUAQUÍMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUÍMICOS C.A. cometió actos de competencia desleal por actos de confusión directa e indirecta por lo que establece:

“En un régimen de libre competencia, se justifica que, en el encuentro en el mercado

> entre la oferta de productores y comerciantes y la demanda de clientes intermedios y consumidores, un competidor alcance, en la venta de sus productos o en la prestación de sus servicios, una posición de ventaja frente a otro u otros, si ha obtenido dicha posición a través de medios lícitos.
>
> La licitud de medios, en el ámbito vinculado con la propiedad industrial, significa que la conducta competitiva del agente económico debe ser compatible con los usos y prácticas consideradas honestas por quienes participan en el mercado, toda vez que la realización de actos constitutivos de una conducta contraria al citado deber de corrección provocaría desequilibrios en las condiciones del mercado y afectaría negativamente los intereses de competidores y consumidores.
>
> La disciplina de estos actos encuentra así justificación en la necesidad de tutelar el interés general de los participantes en el mercado, por la vía de ordenar la competencia entre los oferentes y prevenir los perjuicios que pudieran derivar de su ejercicio abusivo." (TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, 2005,)

Otros actos de competencia desleal son también los denominados Actos de Engaño, su característica principal es que el acto de engaño debe considerarse en su más amplio sentido, no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público en general, de un mensaje publicitario; sino a cualquier forma de indicación realizada sobre envases, etiquetas, prospectos e incluso a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia empresa, dirigidas a posibles clientes. La evaluación del posible engaño deberá realizarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, así lo afirma el tratadista peruano al afirmar que:

> Es un acto a través del cual un competidor genera frente a terceros una impresión falsa de sus propios productos o servicios y que determina que el consumidor efectúe una decisión de consumo equivocada. El engaño se produce mediante la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tengan lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o induzca a error

> sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso calidad y cantidad, y en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones. (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 17)

Los actos prohibidos respecto a la Procedencia Geográfica son otras circunstancias que lo doctrina jurídica considera como actos de competencia desleal Esta prohibición se debe al hecho de que los proveedores, en determinadas ocasiones, expresan cuál es el origen geográfico de su producto con la finalidad de asociarlo a ciertas propiedades y características propias del lugar de producción, lo que en algunos casos motiva al consumidor a dirigir sus preferencias hacia dichos productos, es decir que: “se considera desleal el uso de expresiones o la realización de actos que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o servicio, o las falsas indicaciones de procedencia y de falsas denominaciones de origen, o el empleo no autorizado de denominaciones de origen.” (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 18)

Los actos de Denigración se conceptualizan como “la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, salvo que se trate de afirmaciones verdaderas, exactas y pertinentes”. (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 19)

Basta que las afirmaciones denigrantes estén contenidas en comunicaciones privadas o públicas, cuando ellas tengan como objeto menoscabar el prestigio de un competidor y en consecuencia afecte la decisión de consumo del receptor de aquella comunicación. Prácticamente se consideran muy semejantes a los actos de Comparación que se definen como: “La comparación es lícita siempre y cuando no se engañe a los consumidores y no se

denigre a los competidores. Incluso está permitido hacer comparaciones subjetivas expresas.” (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 19)

Los actos de Imitación son los que se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél. Según el tratadista Christian Fernando Tantaleán Odar son necesarios cuatro elementos concurrentes para tipificar la infracción por imitación sistemática:

- La imitación debe referirse a un competidor determinado.
- La imitación debe ser metódica o sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor.
- La estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado.
- La imitación no debe ser una respuesta natural al mercado. (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 20)

Otro acto de competencia desleal según el tratadista Christian Fernando Tantaleán Odar es la Explotación de la Reputación Ajena, se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas derivadas de la reputación industrial, comercial o profesional adquiridas en el mercado. Ello se produce, por ejemplo, en el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero.

Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización del titular, de los conocimientos, ideas, informaciones, procedimientos técnicos u análogos, incluso cuando se haya tenido acceso a ellos legítimamente pero con deber de reserva. Según el tratadista Christian Fernando Tantaleán Odar la configuración de este acto de competencia desleal

dependerá de la concurrencia de los siguientes elementos:

- La existencia de un secreto comercial o industrial.
- Que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente.
- Que la divulgación o explotación del secreto se haya realizado sin autorización de su titular.

  Para que una información sea considerada secreto comercial, debe darse las siguientes condiciones:
- Verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares.
- Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros.
- Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa.
- Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello.
- Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 21)

Conforme a lo expuesto, podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos o cualquiera otra información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.

La Inducción a la Infracción Contractual se refiere a la interferencia por parte de un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, con el propósito de inducir a éstos a incumplir las obligaciones que éstos han contraído con dicho competidor, constituye un acto de

competencia desleal, sin que sea necesario que la infracción se refiera a la integridad de las prestaciones ni que el tercero se subrogue en la posición contractual del competidor. “Un ejemplo de esta conducta sería el inducir a un cliente a que termine unilateralmente un contrato que dicho cliente tiene con un competidor sin causal prevista en el contrato o en la ley; o a dejar de cumplir determinadas prestaciones, como el pago de cuotas, etc.” (TANTALEÁN ODAR, 2010, pág. 22)

El supuesto de la norma es aplicable a cualquier relación contractual, como los contratos de trabajo, distribución, concesión, agencia, franquicia, locación de servicios y obra, entre otros, y no implica que el infractor fomente la terminación de la relación contractual sino basta que logre el incumplimiento de algunas de las obligaciones asumidas por las partes. En el caso de un contrato de trabajo, por ejemplo, no se requiere la renuncia de los trabajadores a su puesto de trabajo, bastando que se constate el desarrollo de conductas cuyo propósito es inducir a un trabajador al incumplimiento de deberes u obligaciones contractuales básicos (como los horarios, el rendimiento, entre otros), a fin de lograr una ventaja competitiva, y no necesariamente la terminación de una relación contractual.

Otro acto de competencia desleal es la Violación de Normas, que se da cuando en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante el incumplimiento o infracción de normas legales del ordenamiento jurídico en general, distintas a las normas específicas sobre competencia desleal. Para que se configure este acto se requiere que la infracción a otras normas no constituya meramente un supuesto de competencia prohibida; que se haya producido la efectiva infracción a una norma de carácter público e imperativo y

que el infractor de la norma haya obtenido una ventaja significativa en el mercado frente a sus competidores.

Uno de los últimos actos de competencia desleal es la discriminación, que radica en el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada. Existe una distinción entre discriminación y aplicación de condiciones diferentes. Dentro de las distintas relaciones comerciales que puede tener un proveedor, existen circunstancias objetivas comúnmente aceptadas que justifican el otorgamiento de condiciones más beneficiosas a un consumidor o grupo de consumidores. Por ejemplo, el mayor volumen de compras, la antigüedad de la vigencia de la relación comercial, la oportunidad de los pagos entre otras, son situaciones propias del normal funcionamiento del mercado y justifican brindar un tratamiento privilegiado sin que ello se considere desleal. Por el contrario, favorecer al cliente con el que mantiene una mejor relación contractual y comercial constituye el ejercicio regular del derecho del empresario.

Finalmente la copia o reproducción no autorizada es un acto de competencia desleal porque se considera desleal la fabricación, la importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor.

Una vez concluido este análisis sobre los actos de competencia desleal queda configurada la deshonestidad con la que actúan los operadores económicos dentro del mercado, lo cual debe ser sancionada para corregir el tráfico económico, pero para que esta teoría sea aplicable debemos comenzar por saber qué tipos de actos pueden ser

considerados desleales o atentatorios a los principios de competencia honesta y además debemos entender que tales actos también afectan otras áreas como la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, en este sentido la Dra. Patricia Alvear desde su particular punto de vista clasifica los actos desleales de la siguiente forma:

a) Por el origen:

1. Actos desleales derivados de la violación de los derechos de propiedad intelectual; y,

2. Actos desleales derivados de la violación de otros derechos diferentes a los de propiedad intelectual.

b) Por los intereses afectados:

3. Actos desleales que no tienen una incidencia en la eficiencia del mercado y del interés de los consumidores

4. Actos desleales agravados que afectan los intereses generales, como la estructura y eficiencia del mercado y el interés de los consumidores. (ALVEAR, 2012 , pág. 97)

De la clasificación expuesta podemos evidenciar que los actos desleales han sido divididos para su mejor estudio, en este sentido una de las fuentes de conformación de dichos actos puede derivarse de la vulneración de derechos de propiedad intelectual, es decir de las herramientas de comerció o mercantiles que han sido fruto del intelecto y que por supuesto han generado importantes costos así como también beneficios para sus titulares, sin embargo competidores deshonestos se apropian o utilizan sin autorización estos instrumentos causando graves perjuicios.

Pero no sólo los derechos de propiedad intelectual pueden ser violados por actos desleales, sino que también pueden verse afectados otros derechos como los de una

reputación honorable, económicos, de participación democrática, igualdad de oportunidades, buen vivir y todo aquel que de una u otra manera sufra afectación directa o indirecta de las prácticas deshonestas derivadas de una competencia desleal.

En esta misma línea, los actos desleales llevados a cabo por los operadores económicos pueden no afectar al mercado y los consumidores, pero esto no quiere decir que deban ser regulados y limitados mediante normativas específicas como debe ocurrir con aquellos que si pueden perturbar agresivamente los intereses generales tanto de competidores como de consumidores, es por esto que las prácticas competitivas desleales deben ser reguladas y para esto deben ser consideradas como una rama autónoma del Derecho que según la Dra. Patricia Alvear está:

> Llamada a apoyar la corrección económica desde su especialidad y especificidad, para que conjuntamente y en forma complementaria ya con la defensa de la competencia, las normas de propiedad intelectual y/o las de defensa del consumidor, garantice la debida implementación de derechos subjetivos como de los derechos objetivos, mediante mecanismos de protección frente a actos deshonestos que objetivamente pueden afectar o afecte a los operadores económicos y al sistema competitivo. (ALVEAR, 2012 , pág. 101)

Sin embargo y a pesar de que esta en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en el Ecuador, la competencia desleal no está siendo suficientemente regulada en virtud de que este instrumento no la trata como una rama autónoma del Derecho, dando como resultado que no pueda materializarse sanciones contra la deslealtad y por lo tanto la protección de la competencia no sea efectiva y provoque perjuicios en los operadores económicos, que se ven reflejados en el retraso de una sociedad ávida de desarrollo económico para alcanzar el derecho del buen vivir.

Es por esto que el objetivo es alcanzar la sanción efectiva de la competencia desleal, convertido actualmente en un problema socio –económico, que vulnera los intereses de todo el sector productivo y comercial, que comprende los productores, los competidores y los consumidores, que son los directamente afectados por las conductas ilegales e inmorales que se cometen dentro del mercado por operadores económicos inescrupulosos que solo buscan mayores beneficios monetarios.

1.3 Estado actual del conocimiento sobre el tema

Las características que presenta la competencia desleal, atacan a los derechos de las personas que se dedican a una actividad económica determinada; sin embargo, en la legislación ecuatoriana no existe una regulación específica de esta figura, más allá de lo que indica el Art. 335 inciso segundo de la Constitución de la República.

En este contexto, se puede afirmar que es un mandato supremo la protección que debe recibir la competencia frente a prácticas desleales, es por esto que una de las iniciativas fue la implementación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, sin embargo los legisladores introdujeron a la competencia desleal dentro de las normas de defensa a la propiedad intelectual y no le dieron la autonomía que necesita para regular prácticas deshonestas como lo indica la Dra. Patricia Alvear cuando dice.

> “La normativa ecuatoriana interna subsume a la competencia desleal dentro de las normas de defensa de la competencia, sin considerar sus diferencias en el ámbito material, los intereses a proteger y su especialidad dada por la amplitud y especificidad de las formas de exteriorización de los actos de deslealtad, sin darle a esta nueva rama del Derecho, la autonomía científica, normativa y procedimental que adquiere bajo el modelo social, en protección de intereses diversos al que subyace un elemento de corrección del tráfico económico: la actuación comercial

> leal que va más allá de las derivadas de la propiedad intelectual y de los de la defensa de la competencia.” (ALVEAR, 2012 , pág. 112)

Pero independientemente de las falencias normativas nacionales, existe la Decisión N° 486 de la CAN que se refiere a la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial, en la cual se hace una definición de la competencia desleal y una determinación de los actos que la constituyen. Esta normativa de la Comunidad Andina hace referencia de forma general a los casos de competencia desleal, sin embargo en la cotidianidad de una sociedad pueden presentarse casos que necesitan ser determinados de forma exacta para evitar que se argumente falta de ley para su sanción, es por esto que también debe existir una normativa nacional que regule este problema y determine las autoridades que han de impartir justicia en concordancia con lo que dice la decisión N° 486 de la CAN

En este sentido es necesario establecer un mecanismo fundamental, práctico y efectivo, materializado en una ley especifica que regule la competencia desleal e implemente sanciones, previo juzgamiento, a los autores de esta práctica ilícita, de forma tal que se siente un precedente que motive la generación de actividades productivas, así como la libre empresa, la libre industria pero en igualdad de condiciones, sin que exista aprovechamiento de los demás competidores, ni perjuicios para los consumidores.

Por ello en este acápite de la tesis que se refiere al análisis actual del problema se busca estudiar cómo está estructurado este sistema de ataque a la competencia desleal en nuestra legislación nacional y regional con esto se pretende determinar donde se encuentra la problemática y determinar los límites del dilema para discernir acerca de una posible solución.

1.3.1 La Constitución en el control de la competencia desleal.

En primer lugar es importante empezar con el análisis de la norma jerárquica mayor, que en este caso es la Constitución de la Republica que fue elaborada en 2008 y que tiene dentro de sí una característica que guarda una relación muy estrecha con nuestro tema de análisis de la tesis, primero porque es la primera carta fundamental que trata sobre postulados de derechos económicos y redacta principios que deben acogerse en las normas segundarias. El Art. 335 párrafo segundo es explícito en manifestar:

> "El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal." (ASAMBLEA NACIONAL Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El análisis de este texto se funda sobre la premisa de que el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, debemos entonces advertir que definir una política de precios o fijarlos es justamente la opción contraria a promover la libre competencia sin embargo la explicación según el tratadista Marcelo Marín Sevilla es la siguiente:

> "Entre las formas de bajar los precios de los productos y/o servicios están, primero, la de aprobar una ley de defensa de la competencia y estructurar una eficiente institucionalidad que cuide, precautele y promueva la competencia, de esta manera, cada agente económico intentará obtener mayor porción del mercado a través de mecanismos de competencia legítimos y leales, y a la vez se fomenta la eficiencia económica del mercado; y, segundo, fijar precios o bandas de precios, a través de este mecanismo se logra bajar los precios, pero se elimina la competencia y no existe eficiencia económica en el mercado, como resultado, tarde o temprano el mercado colapsa, por lo que este mecanismo no es sostenible en el tiempo." (MARÍN SEVILLA, 2012, pág. 12)

Bien, el segundo análisis de este artículo se refiere a que el Estado establecerá los

mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal, para el tratadista Marcelo Marín Sevilla:

> "El único mecanismo idóneo para establecer sanciones es la expedición de una Ley de Defensa de la Competencia que a más de establecer las normas correspondientes, también establezca una Agencia de Competencia encargada de hacer cumplir la Ley, esta entidad estatal, tal cual existe en todos los países que tienen normas de competencia, no le costará nada al Estado a mediano y largo plazo, ya que como lo demuestra la experiencia internacional, se nutre de tasas y de las sanciones que impone a los agentes económicos que incurran en conductas anticompetitivas." (MARÍN SEVILLA, 2012, pág. 12)

Otra consideración de este artículo es que con esto se quiso poner dentro de la jerarquía constitucional postulados contenidos en acuerdos regionales como la decisión 486 de la Comunidad Andina y la Decisión 608 de la misma organización Regional, las cuales están vigentes y contienen las normas de competencia para la región, además están acordes con la práctica moderna en esta materia.

1.3.2 La competencia desleal en la Decisión N° 486 de la CAN.

El primero de diciembre de 2000 entró a regir en la Comunidad Andina la Decisión 486 que trata sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, R.O. 258, 2 de Febrero de 2001, cuyo título XVI regula la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial, sin embargo para su efectiva aplicación países como el Perú dicto normas nacionales que propusieron un orden jurídico interno de regulación

Si analizamos el contenido de la norma jurídica solo regional, en primer lugar tenemos que dentro del capítulo primero, específicamente en los Arts. 258 y 259 se

mencionan el concepto de actos de competencia desleal de la siguiente manera:

> Artículo 258- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.
>
> Artículo 259- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:
>
> a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
>
> b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
>
> c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. (COMUNIDAD ANDINA: DECISIÓN 486, 2001)

Luego siguiendo con el análisis en el capítulo segundo, Arts. 260 a 266, las normas para la protección de los secretos empresariales, incluidos los datos de prueba u otros no divulgados y, por último en el capítulo tercero, Arts. 267 a 269 se exponen las normas relativas a las acciones judiciales o administrativas para la represión de la competencia desleal dentro de la jurisdicción regional de países andinos.

Lo importante en el análisis de esta decisión como norma regional es que dio paso a que en nuestro país se comenzara a discutir acerca de la posibilidad del manejo de una legislación que trate de regular los excesos de algunas empresas en contra de pequeños negocios, y que se respete la competencia leal entre los actores del sector productivo y comercial del país.

A pesar de ello y de la movilización jurídica que implico estos postulados internacionales solo después de más de cinco años se elaboró una norma que tienda a equilibrar las relaciones del mercado, y también a pesar de que la finalidad de la norma regional quedo plasmada en la ley de Propiedad intelectual de nuestro país como norma nacional supletoria se avizora la falta de cumplimiento de las normas por la falta de institucionalidad al no existir hasta la fecha juzgados especializados en propiedad intelectual que apliquen la norma en lo que tiene que ver con actos de competencia desleal en el ámbito s dela propiedad industrial.

1.3.3 La normativa jurídica en relación con la competencia desleal en el Ecuador

El 19 de mayo de 1997 en el Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de Diciembre de 2006 se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual cuyo Libro IV, específicamente en los Arts. 284 a 287 define los actos de competencia desleal, enumera y da los conceptos de ciertos actos que constituyen competencia desleal, inclusive con respecto a la información no divulgada, y confiere a los afectados por los actos de competencia desleal las mismas acciones que tienen los perjudicados por violación de sus derechos de propiedad intelectual, inclusive las acciones cautelares.

De conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual a los jueces de propiedad intelectual por crearse, les corresponde el conocimiento de las acciones previstas en tal ley. Sin embargo, la disposición transitoria décima en la codificación quinta dispuso que hasta que se crearan los jueces de propiedad intelectual, ejercieran las atribuciones conferidas a ellos los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, excepto en cuanto a las acciones preventivas que debían ser conocidas y resueltas por los jueces de lo civil.

Esta situación se mantiene hasta hoy, pues el Consejo Nacional de la Judicatura no ha establecido los jueces de propiedad intelectual. Es la causa que muchas de las causa que se dan por competencia desleal no tengan un buen ánimo entre los administrados creando una desconfianza en el sistema. Por otro lado al Art. 284 de la Ley de Propiedad Intelectual considera acto de competencia desleal a:

> Art. 284. Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio.
>
> Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.
> (CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR Ley de Propiedad Intelectual, 2004)

Desde ese ámbito se puede concluir que si bien existe una normativa que sanciona este tipo de actuaciones desleales en el mercado la aplicación no ha sido fructífera causando una inseguridad en la ciudadanía con respecto al tema, pues todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de las actividades económicas, es visto a la luz del día y la coercitividad de la norma no se aplica, como se dijo esto responde a varios aspectos pero principalmente a la falta de institucionalización, lo cual podría ser subsanado con la elaboración de una norma que cree la institucionalidad perfecta que guarde relación con otro aspecto que también dentro de su redacción legal tiene con la competencia desleal, nos referimos a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en las disposiciones reformatorias y derogatorias en la décimo Tercera.- Reforma el Art. 339 de la Ley de Propiedad Intelectual, y lo redacta de la siguiente forma:

> Concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada. Si se determinare que existió violación de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de 3 a 7 días y o con una multa de entre quinientos (500) dólares de los Estados Unidos de América y cien mil (100.000) dólares de los Estados Unidos de América y, podrá disponerse la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Ley o confirmarse las que se hubieren expedido con carácter provisional.
>
> La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal.
>
> Si existiere la presunción de haberse cometido un delito, se enviará copia del proceso administrativo a la Fiscalía. (ASAMBLEA NACIONAL Ley Organica de Regulacion y Control del Poder de Mercado , 2011)

Esta superposición de instituciones y de normas es lo que está ocasionando la falta de aplicación coercitiva de una norma que como advertimos a nivel regional tiene su sustento así como a nivel constitucional por esto la proposición de la tesis aquí planteada se vuelve cada vez más fortalecida en la medida que se va denotado y discerniendo estos puntos conflictivos dentro de la aplicación de las normas jurídicas.

1.3.4 Que son los derechos económicos.

Hace 70 años, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamó un amplio abanico de derechos humanos, inherentes a toda persona sin discriminación de ningún tipo. Entre ellos figuran no sólo el derecho a la libertad de expresión y a no sufrir torturas ni malos tratos, sino también el derecho a la educación y a una vivienda adecuada, así como otros derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos económicos constituyen una amplia categoría de derechos humanos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes. Casi todos los países del mundo son Estados Partes en alguno de los tratados jurídicamente vinculantes que garantizan dichos derechos. Entre éstos se encuentran:

- "El derecho al trabajo, en concreto a condiciones laborales justas y equitativas, a la protección contra el trabajo forzado y obligatorio y a crear sindicatos y formar parte de ellos.
- El derecho a la educación, garantizando, por ejemplo, el derecho a una educación primaria gratuita y obligatoria y a una educación suficientemente disponible, accesible, aceptable y adaptable a cada persona concreta.
- Los derechos culturales de las minorías y de los pueblos indígenas.
- El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluida unas condiciones de vida saludables y la disponibilidad de servicios de salud accesible, aceptable y de buena calidad.
- El derecho a una vivienda adecuada, que incluye la seguridad de tenencia, la protección contra desalojos forzosos y el acceso a una vivienda asequible, habitable, bien situada y culturalmente satisfactoria.
- El derecho a la alimentación, que incluye el derecho a no pasar hambre y el acceso permanente a comida nutritiva suficiente o a los medios para obtenerla.
- El derecho al agua, es decir, el derecho a disponer de agua suficiente y a contar con instalaciones higiénicas seguras y accesibles física y económicamente." (MAYORGA LORCA, 1997, pág. 127)

Según un análisis del Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, en su estudio al libro "Informe Alternativo Derechos Económicos, Sociales y Culturales Ecuador, 2001" de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Ecuador; la necesidad de implementar mecanismos de protección de estos derechos económicos nace de las interpretaciones que se han dado sobre el carácter pragmático y el principio de progresividad ha limita seriamente la justicidad de estas garantías en el ámbito interno.

> "La pregunta cae por su peso: ¿Cómo pueden protegerse derechos que se los quiere ubicar en el plano de principios hasta que el Estado, no establezca programas y dirija fondos destinados a su efectiva vigencia, además de incierto cumplimiento? Sin

> duda, no es justificativo, al tratarse de derechos humanos, que los Estados se refugien en situaciones de subdesarrollo.” (RIVADENEIRA SILVA, 2012, pág. 5)

Este es el ámbito que nos acontece en este trabajo de titulación pues se advierte que si bien en los principios constitucionales se estable el respeto a la competencia leal y por consiguiente el combate las practicas oligopólicas y de competencia desleal sino se aplican de manera efectiva con la elaboración de una norma jurídica de segundo orden que germine una institucionalidad y un procedimiento a seguir estos derechos constitucionales y humanos no serán ejercidos a plenitud y por ende quedaran solo en el escrito como letra muerta, por ello para cumplir con la normativa internacional en la materia, es fundamental en el futuro contar con herramientas de protección inmediata de estos derechos. Como una ley específica sobre competencia desleal.

1.3.5 Protección de los derechos económicos.

Los Estados es decir los gobiernos nacionales son los principales responsables de hacer realidad los derechos humanos, deben respetar los derechos de las personas y no violarlos, deben protegerlos procurando que otras personas u organismos no perpetren abusos contra ellos y deben realizarlos haciéndolos efectivos en la práctica.

Los gobiernos disponen de un amplio abanico de recursos. El derecho internacional contempla el hecho de que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales sólo se puede lograr de forma progresiva. Sin embargo, la obligación de los gobiernos de respetarlos y protegerlos y de garantizar la ausencia de discriminación es inmediata.

Es posible que los gobiernos necesiten tiempo para hacer realidad los derechos

económicos, sociales y culturales, pero este hecho no implica que no puedan hacer nada. Deben adoptar medidas para conseguirlo. Como primera medida según el estudio del tratadista chileno Roberto Mayorga deben dar prioridad a:

> "Las obligaciones fundamentales mínimas, es decir, la obtención del nivel esencial mínimo de cada uno de los derechos. En lo que se refiere al derecho a la educación, por ejemplo, una obligación fundamental es garantizar el derecho a la educación primaria gratuita." (MAYORGA LORCA, 1997, pág. 98)

Esto quiere decir que los gobiernos no deben discriminar en sus leyes, políticas ni prácticas y deben dar prioridad a las personas más vulnerables a la hora de asignar sus recursos, de ahí que en el campo del mercado y el comercio las normas deben ser equilibradas y la protección de derechos debe ir acorde a la vulnerabilidad de los sectores.

Desde ese ámbito la defensa por una competencia libre de deslealtad entre empresas productivas y de comercio beneficia al pequeño productor y empresario que ve un campo equilibrado de fuerzas en el que puede desarrollar sus potencialidades. Otro fenómeno a destacar referente a la protección de los derechos económicos es cuando actúan fuera de sus fronteras, los Estados tienen también la obligación de respetar, proteger y hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta obligación se extiende a las acciones que emprenden a través de organizaciones intergubernamentales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, pues como se afirma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las instituciones tienen obligaciones en materia de derechos humanos. Las empresas desempeñan un papel cada vez más importante en la realización o negación de los derechos humanos a escala mundial.

Desde ese ámbito es importante recalcar que los derechos económicos que acertadamente se proclaman en nuestra carta fundamental tienen características básicas que hacen de su aplicación un instrumento para el desarrollo equitativo armonios y equilibrado de todos los sectores que componen una determinada colectividad humana.

1.3.5.1 Características.

Los derechos económicos, sociales y culturales, consisten en los derechos que son de y para la sociedad, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente al ser humano.

Considerando a los derechos humanos desde una perspectiva integral, sus características generales se aplican a todo tipo de derechos (civil, político, económico, social y cultural), y aquí se pueden mencionar las características de universalidad, inalienabilidad, inembargabilidad, irrenunciabilidad, integralidad, interdependencia e indivisibilidad.

Sin embargo en un estudio realizado por el tratadista Alicia Ely Yamin se puede considerarse que los derechos económicos, sociales y culturales requieren una mayor acción positiva del Estado, o un estudio más profundo desde la formación e implementación de las políticas públicas; no obstante, ello no alcanza a justificar características propias para los derechos económicos, sociales y culturales por ello esta autora considera que las características propias solo de los derechos económicos son:

- Humanista.- El derecho económico gira en torno al ser humano el derecho económico nace y evoluciona respetando a los Humanista derechos de la

sociedad.

- Dinámico.- Con el proceso de la globalización las normas cambian y se adaptan a los cambios tecnológicos y productivos el derecho establece cuando está en movimiento al igual que la economía estas experimentan los cambios de la sociedad
- Complejo.- Debido a las diferentes actividades que abarcan la Complejo diversas formas del movimiento económico
- Concreto.- Debido a que sus normas se refieren a la naturaleza concreta de una actividad económica
- Nacional e internacional.- Los factores sociales tienden a traspasar las fronteras nacionales para ubicarse en el ámbito de todas las naciones
- Instrumentos para el cambio social.- No todo derecho económico es por si un instrumento para el cambio social Instrumentos para el cambio social (YAMIN, 2006, pág. 337)

En definitiva lo que se quiere dejar sentado con la exposición de los derechos económicos sus características y su protección es el carácter que tiene el poder regular de manera efectiva la competencia desleal en aplicación a esto postulados legales de derecho internacional humano, que dan más facultad para la adopción de verdaderas herramientas jurídicas que logren aplicar verdaderas sanciones a los que incurren en la violación de estas garantías jurídicas internacionales humanas, de ahí que la finalidad de la represión de la competencia desleal va de la mano con la protección de estos derechos económicos que en la actualidad nuestro sistema legal nacional también lo recoge en forma de principios constitucionales.

1.3.6 Finalidad de la represión de la competencia desleal.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal tiene como función generar incentivos necesarios, para que los agentes del mercado orienten su actuación dentro de los principios del modelo económico reconocido en la Constitución de la República.

Asimismo, es la encargada de informar a través de diversos mecanismos acerca de

los criterios de interpretación de las normas vigentes, en materia de publicidad comercial y represión de la competencia desleal, para que los agentes del mercado adecuen su conducta a los mismos y, de esta forma, la economía social de mercado genere bienestar para todos.

En nuestro país no se emplea una serie de mecanismos de supervisión en las áreas de su competencia, entre los que destacan las cartas informativas y preventivas, y las investigaciones preliminares que tienen por finalidad promover la autorregulación en las empresas, haciendo de su conocimiento las reglas de juego mediante mecanismos directos de información, ajustados para cada caso en concreto.

En este orden de ideas, procederemos los principales conceptos y principios que rigen la publicidad comercial, la libre y leal competencia en el mercado en Ecuador están como lo hemos advertido redactados en la misma carta fundamental y en normas segundarias como la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado, sin embargo la coercitividad que se busca en la norma no se aplica en la práctica.

Por ello al advertir el problema que se encuentra resumido en la falta de una normativa específica que combata la competencia desleal se advierte que se debe optar por una nueva perspectiva teórica que abarque no solo el ámbito del derecho de propiedad intelectual sino también ámbitos como el control al poder del mercado o espacios de derechos humanos como los derechos económicos, esta es en si la finalidad de la represión de la competencia desleal que debe ser abordad en nuestro país.

1.4 Adopción de una perspectiva teórica.

Con estos antecedentes, se tiene que aceptar, como es de manera obvia, la teoría de que hay que desechar a la competencia desleal del mercado utilizando como instrumentos la Decisión N° 486 de la Comunidad Andina y una normativa nacional especifica que regule este proceder ilícito, pero teniendo especial cuidado de no privar a los agentes económicos de generar más y mejores productos, bajo el concepto de la libertad de competencia encaminada a propiciar un progreso mancomunado.

Por esto a continuación en base a los conceptos de derecho de igualdad, derecho a la libre empresa, derecho a la producción, derecho al progreso y derecho a la competencia es que se pretende dar como solución una pauta que permita sancionar a la competencia desleal de una manera efectiva y que se aplique mediante una normativa específica.

1.4.1 Derecho a igualdad.

El principio de igualdad en el Derecho se ha desarrollado en las distintas etapas de la sociedad, fue asociado inicialmente de manera inseparable al concepto justicia y ha ido tomando su independencia y desarrollo doctrinario de manera transversal e interrelacionado a todos los otros derechos fundamentales, dependiendo de las diversas posturas, filosofías y visiones jurídicas.

Se aplica a todas las áreas del derecho en la regulación de las actividades del hombre, en particular se ha desarrollado como derecho fundamental, humano y en la actualidad, con mayor relevancia, respecto al acceso a los otros derechos y con mucha

importancia en todo lo relacionado a los derechos de representación. Así podemos citar a Aristóteles, cuando se refería a la justicia y la explicaba de la siguiente manera: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto pero no para todos, sino para los desiguales” (CARBONELL, 2010, pág. 33)

Desde sus orígenes la igualdad no ha sido identidad de trato a todos, sino únicamente para los que tenían similares características; y diferente trato para aquellos que tienen distinciones debidamente reconocidas por el derecho; a estos últimos se les dará trato distinto. Por lo tanto sería el primer desarrollo del principio de igualdad, en un intento por definirlo. Un igualdad que reconoce que no todos somos iguales y que tratará a los individuos dependiendo que se adapten a las clasificaciones que el propio Derecho realiza. Desde el ámbito de la competencia desleal el Principio de Igualdad es recogido de diferentes maneras en las legislaciones de competencia a nivel mundial, pero básicamente implica: “Prohibición de la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”. (MARÍN SEVILLA, 2012, pág. 35)

Por ejemplo, la empresa privada (Empresa B) podría verse intimidada de iniciar una competencia frontal dado que sus estrategias podrían ser consideradas “particularmente” como anticompetitivas y por lo tanto podría ser sancionada. El sólo hecho de esta posibilidad, haría que la empresa privada no pueda competir con toda su capacidad en beneficio de los consumidores, es decir, su situación es desventajosa frente al competidor estatal (Empresa A).

La Acción del Estado constituye la excepción al ámbito de aplicación subjetiva y al principio de igualdad. Consiste en que el Estado puede eximir la aplicación de la legislación de competencia por razones de interés público, a algún área de la economía nacional. Pero esta exención debe darse por excepción y a través de una norma con el mismo rango de la Ley de Competencia.

Cabe señalar que el sector privado ecuatoriano está en condiciones de competir en el mercado, y seguramente desea hacerlo, pero no puede hacerlo en desigualdad de condiciones cuando particularmente tiene desventaja constitucional frente a la iniciativa estatal, ya que sus prácticas podrían ser consideradas anticompetitivas.

1.4.2 Derecho a la libre empresa.

Desde la perspectiva que la competencia mercantil podría ser definida como la lucha del empresario, dentro de un mercado, por captar la clientela, poniendo a disposición de ésta productos y servicios a precios, calidades, y condiciones más favorables que los demás, buscando atraer, a su regazo, al mayor número de consumidores posible. Se puede manifestar que dentro de un sistema económico capitalista, la competencia mercantil goza de una relevancia fundamental, ya que se presenta como el alma del comercio y, por lo tanto, el motor del sistema de economía de mercado.

Debido a esto es que desde el ámbito jurídico respondiendo a una necesidad que apareció en el devenir histórico estas actividades tuvieron su fundamento legal en principios de derechos civiles primeros pero que en la actualidad son de carácter constitucional, así por ejemplo en el Art 66 numeral 15 de la Constitución de la República

se reconoce y garantiza “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (ASAMBLEA NACIONAL Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Pueden entenderse aquí comprendidas todas las formas de hacer economía, no sólo aquellas que tienen como base y finalidad al capital es decir las empresas. Dentro de este sentido podemos definir a este derecho como:

> “Libre empresa es el término con el que se designa al concepto de empresa en la economía de mercado propia del sistema económico capitalista, y que se sustenta en la ética racionalista de la libertad individual. Según la teoría económica liberal es un concepto esencial para el teórico funcionamiento sin restricciones de un mercado libre de competencia perfecta, sin monopolios coercitivos ni distorsiones debidas al intervencionismo del Estado” (RUBIO, 2008, pág. 12)

Con relación al tema investigado referente a la competencia desleal, la libertad de empresa es uno delos postulados constitucionales que debe tenerse en cuenta a la hora de elaborar una norma pues si bien limita el ejercicio de esta liberta la regulación de la competencia desleal permite el desarrollo del mercado la igual que la libertad económica o empresarial.

1.4.3 Derecho al progreso.

Este destaca entre los derechos que deberían ser inseparables de responsabilidades y límites, siguiendo la perspectiva del ‘buen vivir’, también denominado como derecho al desarrollo, Unicef lo define como: “La medida del respeto de todos los derechos humanos. Ése debería ser nuestro objetivo: una situación en que a todas las personas se les permita acrecentar al máximo sus posibilidades, y contribuir a la evolución de la sociedad en su

conjunto.” (ANNAN, 2012, pág. 3)

En 1986, tras años de debate, los gobiernos del mundo proclamaron por vez primera que el derecho al desarrollo era un derecho humano inalienable. La Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada ese año por la Asamblea General de las Naciones Unidas, representaba una nueva manera de abordar la realización de los ideales de las Naciones Unidas al proclamar: "La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo". También afirma que es imposible la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el ámbito nacional la nueva Constitución del Ecuador, aprobada por una vasta mayoría de ecuatorianos en un referéndum nacional, entró en vigencia en el año 2008, y es el centro de esta transformación. El Ecuador ahora se define como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Todos los derechos son interdependientes, universales y de aplicación. En esta línea, las políticas públicas han sido elevadas a la forma de garantías constitucionales, normativas y jurisdiccionales.

La planificación del desarrollo, en esta estructura, se vuelve más importante que nunca, En el año 2009, el Ecuador formuló el Plan Nacional del Buen Vivir, reconocido como el mayor instrumento de planificación, cuyo cumplimiento es obligatorio para todo el sector público, tanto para el gobierno central como para los gobiernos locales. El mencionado Plan define doce objetivos para el desarrollo del Ecuador, 92 políticas nacionales y 138 metas.

De ahí que el combate a la competencia desleal también es un asunto que compete al derecho al progreso y al desarrollo armónico de todos los individuos partes de esta sociedad ecuatoriana por ello debe ir a la par la iniciativa de controlar el mercado y el empuje del combate a actuaciones desleales en el mercado respetando los principios de derechos humanos como este primordial derechos al desarrollo.

1.4.4 Derecho a la competencia.

El derecho a la competencia es la rama jurídica que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente.

Se confunde muchas ocasiones este tipo de reama jurídica con lo denominado como competencia desleal, sin embargo a pesar de tener una relación íntima no son la misma cosa pues la competencia desleal tiene un ámbito de aplicación diferente al del derecho de competencia, más bien se encuentra relacionado con la propiedad industrial.

La confusión puede obseder a que la competencia desleal también forma parte del derecho de competencia en la medida que busca equilibrar la relaciones existentes en el comercio, para el tratadista Marcelo Marín Sevilla el Derecho de Competencia tiene, de manera sucinta, normativa: “Para establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores, (Normas de competencia desleal). Proteger al sistema de libre mercado. (Normas de Libre Competencia).Proteger los intereses de los consumidores. (Normas de

Defensa del Consumidor)" (MARÍN SEVILLA, 2012, pág. 37)En similar sentido el tratadista peruano Pinkas Flint refiriéndose a José Antonio Olaechea afirma que:

> "El Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas, a saber: Las normas sobre la Competencia Desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; las normas de Defensa del Consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes; y, el Derecho de Libre Competencia, que vela por el sistema de libre mercado". (FLINT BLANCK, 2002, pág. 39)

Mediante la aplicación de la normativa anterior, y como se dijo, con el objetivo de proteger al sistema de libre mercado; establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores; y proteger los intereses de los consumidores, el Derecho de Competencia prohíbe y sanciona las siguientes prácticas anticompetitivas en sus diferentes formas:

- Acuerdos restrictivos de la libre competencia.
- Actos de abuso de posición de dominio.
- Fusiones o concentraciones económicas (en tanto sean anticompetitivas)
- Conductas desleales de competencia.
- Violaciones a los derechos de los consumidores.

(FLINT BLANCK, 2002, pág. 39)

De lo anterior, se puede establecer que la competencia desleal forma parte del derecho de competencia y que es vital en cualquier Constitución Económica, ya que es ella la que rige en la mayoría de transacciones y operaciones de la cotidianidad y en todo nivel.

Esta división nos da la pauta para discernir donde se encuentra la problemática que radica en que la competencia desleal ha sido visita como una actuación que se regula tan solo desde la redacción constitucional y la puesta en marcha de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sin embargo como advertimos la competencia desleal también tiene una íntima relación con la propiedad industrial la cual se encuentra

también regulada en la Ley de Propiedad Intelectual, esta connotación de relaciones es lo que nos permite decir que ha existido una falta de conocimiento referente al tema.

Porque si bien se regula la competencia desleal en sus dos ámbitos su ejecución dentro del entramado jurídico nacional deja mucho que desear debido a la interposición de instituciones y la falta de una normativa específica que aglutine a todos estos caracteres y relaciones de la competencia desleal en un solo cuerpo normativo especifico. Por ello la invitación de este trabajo a más de advertir esta problemática es realizar una propuesta de sanciones a la competencia desleal.

1.4.5 Como se sanciona a la competencia desleal.

Una nueva regulación nacional define y sanciona la competencia desleal, sin embargo en nuestro país esta normativa no existe, como es sabido, nuestro sistema favorece la competencia, así sea fuerte o incluso ruda. Sin embargo, las formas de competencia no pueden exceder el límite de aquello que se estima correcto en el comercio. La competencia puede ser dura, pero no sucia. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en su sección cinco sanciona la competencia desleal, viene precisamente a castigar tales comportamientos.

Sin embargo en lo que se relaciona con la competencia desleal en la propiedad industrial la Ley de Propiedad Intelectual también enuncia los aspectos que regulara y sancionara, sin embargo la aplicación de las dos normas ha ocasionado una confusión en la ciudadanía ecuatoriana haciendo que sea necesaria la consolidación de una norma específica sobre la competencia desleal.

Otro tema que pone en un ámbito de confusión a este sector es la superposición de instituciones que regulan el mismo instituto jurídico, pues si bien el Instituto ecuatoriano de propiedad intelectual regula la competencia desleal en ámbitos de la propiedad industrial, también la superintendencia de control de poder de mercado como nueva institución que nace de la ley efectúa el mismo control en el ámbito de no permitir monopolios económicos en el mercado nacional.

Esta confusión ha dado como resultado que para perseguir la sanción de estas conductas sea necesaria la aplicación de una Ley específica. En definitiva si bien las dos normas tienen definido su ámbito de regulación, para un mejor manejo del sector productivo y comercial del país es necesario aplicación de normas que generen una institucionalidad y un procedimiento claro en instituciones jurídicas que son las mismas.

1.5 Marco conceptual

- ANUNCIANTE.- Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios.

- COMPETENCIA.- Rivalidad o lucha entre dos o más personas en condiciones similares para conseguir una misma cosa o superar al rival.

- COMPETENCIA DESLEAL.- Son las conductas consideradas contrarias a la ética o usos comerciales, también llamados de competencia o comercio desleal, son susceptibles de distorsionar las expectativas legitimas de los participantes en el mercado a no ser

defraudados, y por tanto su realización perjudica tanto a los consumidores, quienes pueden verse sujetos a un engaño, como a los productores, quienes pueden verse excluidos injustificadamente del mercado, por el competidor desleal que lesiona su imagen, medra su patrimonio, roba sus secretos industriales y causa daños económicos.

- CONSUMIDOR.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Entendiéndose como sinónimo de usuario, en este caso.

- DERECHO DE DEVOLUCIÓN.- Facultad del Consumidor para devolver o cambiar un bien o servicio, en los plazos previstos en la Ley, cuando no se encuentra satisfecho no cumple sus expectativas, siempre que la venta del bien o servicio no haya sido hecha directamente, sino por correo, catálogo, teléfono, Internet u otros medios similares.

- DERECHOS ECONÓMICOS.- Es el conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías, sustancialmente de Derecho público, que inscritas en un orden público económico plasmado en la carta fundamental, facultan al Estado para planear indicativa o imperativamente el desarrollo económico y social de un país y regular la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por el sistema económico.

- INFORMACIÓN BÁSICA COMERCIAL.- Consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación de servicio.

- OFERTA.- Práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor.

- PROVEEDOR.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes así como prestación de servicios a consumidores por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos o procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.

- PUBLICIDAD.- término utilizado para referirse a cualquier anuncio destinado al público y cuyo objetivo es promover la venta de bienes y servicios. La publicidad está dirigida a grandes grupos humanos y suele recurrirse a ella cuando la venta directa de vendedor a comprador es ineficaz. Es preciso distinguir entre la publicidad y otras actividades que también pretenden influir en la opinión pública, como la propaganda o las relaciones públicas. Hay una enorme variedad de técnicas publicitarias, desde un simple anuncio en una pared hasta una campaña simultánea que emplea periódicos, revistas, televisión, radio, folletos distribuidos por correo y otros medios de comunicación de masas. Desde sus inicios en la edad antigua, la publicidad ha evolucionado hasta convertirse en una enorme industria.

La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.

- PUBLICIDAD ABUSIVA.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alteran la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial, o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluye mensajes subliminales.

- PUBLICIDAD ENGAÑOSA.- Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice texto diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a daño error o confusión al consumidor.

- SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.- Se entiende por servicios públicos domiciliarios, los préstamos directamente en los domicilios de los consumidores, ya sea por proveedores públicos o privados tales como servicios de energía eléctrica, telefonía convencional, agua potable u otras similares.

- DISTRIBUIDORES O COMERCIANTES.- Las personales naturales o jurídicas que de manera habitual venden o proveen al por mayor o al detal, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ellos no se desarrollan en establecimientos abiertos al público.

- PRODUCTORES O FABRICANTES.- Las personas naturales o jurídicas que extraen industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los

consumidores.

- IMPORTADORES.- Las personas naturales o jurídicas que de manera habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma al interior del territorio nacional.

- PRESTADORES.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.- Instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución Política de un estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados.

- PRODUCTO TERMINADO.- Es aquel producto apto para el consumo humano, en su forma de presentación definitiva que se obtiene como resultado del procesamiento de materias primas.

- CALIDAD.- Es el grado de aptitud de un bien o servicio para satisfacer las necesidades y deseos del consumidor.

1.6 Hipótesis.

- Si efectivamente es necesario que exista una normativa independiente para la regulación de la competencia desleal en Ecuador y así evitar la vulneración de los derechos económicos otorgados por la Constitución de la República

1.7 Identificación y caracterización de variables

En este caso, las variables son de dos clases, la variable dependiente y la variable independiente.

Variable dependiente:

- Vulneración de los derechos económicos de las personas

Variable independiente:

- La competencia desleal

CAPÍTULO II

MÉTODO

2.1. Nivel de estudio

El nivel de estudio que se usa en el presente trabajo de investigación tiene que ver necesariamente con los siguientes:

- **Exploratorios.-** Puesto que buscará esclarecer el problema de la competencia desleal en la legislación ecuatoriana, se tomará en consideración los aportes dados por los tratadistas, especialistas y críticos en el tema, cuyos criterios e ideas se encuentran en la diferente literatura jurídica que han escrito.

- **Descriptivos.-** Como el uso de este nivel de estudio es básico y fundamental, se aplicará este nivel de estudio, para describir la realidad socio, jurídica y económica que se cierne sobre la competencia desleal en el presente estudio, que permitirá conocer a profundidad el tema y darle las mejores soluciones prácticas y efectivas..

- **Explicativos.-** Este nivel se utilizará en vista que se dará explicación al grave problema de la competencia, para llegar a determinar sus causas, sus efectos y dar posibles soluciones prácticas.

2.2. Modalidad de investigación.

- **Documental.-** La información que servirá de fuente de consulta principal en el presente trabajo de investigación es la bibliográfica y documental, que se encuentra recopilada en textos, revistas, y más fuentes de esta misma naturaleza, pero además, se encuentra en medios impresos, audiovisuales y electrónicos

2.3. Métodos.

Los métodos que se están utilizando son los siguientes:

Método Científico: En este se plantea una interrogante, producto de la observación de un hecho o fenómeno, define y delimita el contexto donde está inmerso el hecho y se formula posibles soluciones (hipótesis) las cuales serán sometidas a un proceso de nuevas observaciones y/o experimentaciones (pruebas). Los resultados que se obtienen son sometidos a un proceso de análisis e interpretación y de ser confiables las suposiciones o hipótesis anteriores, éstas constituirán explicaciones válidas para ese hecho o fenómeno, existiendo la posibilidad de ser generalizados a hechos y fenómenos similares.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar, en el presente caso se va a realizar una investigación jurídica que se concreta en la evidenciación de la falta de normativa específica sobre la competencia desleal que está afectando a los operadores económicos del Ecuador.

Método Exegético Jurídico: La exégesis como un método consiste en la interpretación literal a lo que la ley dice, y no a lo que probablemente se haya querido decir. Por lo tanto mediante este método, los escritos del derecho Positivo, convertidos en Ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse, de acuerdo con los alcances literales y normativos del "deber ser".

En este sentido para entender el espíritu de la Ley debido a que las normas legales no permiten ser cuestionadas y hacer falsas interpretaciones de la misma, vamos a obtener un panorama claro sobre el tema del vacío jurídico que contiene la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado respecto de la competencia desleal que está afectando los derechos económicos de las personas naturales y jurídicas del Ecuador.

Método Comparativo.- Consiste en equiparar las instituciones y acontecimientos de un país con otro, a efecto de trasladar o exportar a otros países, instituciones y medidas que hayan acreditado su bondad y efectividad en un país dado. El método comparativo ha logrado un auge notable porque produce un conocimiento extraordinario acerca de las instituciones jurídicas, pero debe utilizarse con mucha precaución porque es posible que algunas instituciones que en un determinado Estado han operado con éxito, en otro estén condenadas al fracaso.

Este método nos permitirá resaltar las diferencias y semejanzas, entre normas nacionales y extranjeras, que regulen los procesos de competencia desleal, los procedimientos de identificación, de juzgamiento y de sanción en contra de los autores e incluso de posibles cómplices.

2.4. Población y muestra

INFORMANTE	Número
Corporación La Favorita	1
Corporación El Rosado S.A.	1
Tiendas Industriales Asociadas (*TÍA*) S.A.	1
Total	3

Elaborado por: Paul Galiano Yánez Martínez

2.5. Selección de instrumentos de investigación.

- **Observación.-** Este instrumento permitirá que se visualice y se determine cuáles son los actos desleales que se presentan en el mercado ecuatoriano y que están afectando a los operadores económicos.

- **Encuestas.-** Con el uso de este instrumento se recogerá la información por medio de preguntas cerradas que serán aplicadas a personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia.

2.6. Validez y confiabilidad de los instrumentos

Los instrumentos de investigación son válidos y confiables, en vista que son aplicados tanto a los perjudicados por la competencia desleal como a los profesionales del derecho económico que con sus argumentos jurídicos aportaran positivamente en la búsqueda de la

solución del problema, además, los datos obtenidos pueden ser verificados, por medio de las respectivas mediciones, sobre la base de los datos y respuestas obtenidas, cuyas mediciones serán significativas y serán representadas gráficamente.

2.7. Operacionalización de las variables

Variable dependiente	**Definición conceptual**	**Definición operacional**	**Indicadores**	**Nivel de Medición**
Vulneración de los derechos económicos	Es la lesión jurídica que tienen las personas y que son causadas por actos de otras, que provocan perjuicios.	La legislación ecuatoriana adolece de vacíos jurídicos para enfrentar los casos de competencia desleal	Corporación La Favorita Corporación El Rosado S.A. Tiendas Industriales Asociadas (*TÍA*) S.A.	Constitucional Ámbito social Jurídico General
Variable independiente	**Definición conceptual**	**Definición operacional**	**Indicadores**	**Nivel de Medición**
La competencia desleal	Es todo el conjunto de actos tendientes a eliminar a nuevos competidores o a anular a los ya existentes y de esta forma monopolizar mercados	La competencia desleal, provoca grandes efectos económicos que se dedican a ofertar bienes y servicios con graves consecuencias.	Empresarios. Proveedores. Demandantes de bienes y servicios	Civil Procesal

Elaborado por: Paul Galiano Yánez Martínez

2.8. Procesamiento de datos

- Los datos se encuentran organizados siguiendo los parámetros reglamentarios, así como respeta los parámetros cuantitativos como cualitativos.

- Los datos obtenidos de acuerdo con las técnicas de campo, serán tabulados y precisados en forma estadística.

- Toda la información obtenida será analizada en forma responsable y de acuerdo con las exigencias académicas.

- Los datos obtenidos se los representará gráficamente con el uso de pasteles.

CAPITULO III

RESULTADOS

Partiendo de la proposición, de que solo mediante la interposición de una investigación de campo se puede corroborar el fenómeno planteado en la tesis y con ello determinar las posibles soluciones, se va a continuación a presentar los resultados de la investigación en base a la información recogida mediante las técnica e instrumentos de estudio en datos cuantitativos de análisis descriptivo.

En este capítulo del trabajo se presentara la información recopilada en datos valederos para identificar la situación actual de la competencia desleal en nuestro país y la posible vulneración a principios constitucionales, por lo tanto el propósito de este capítulo es realizar un diagnóstico de la relación entre la posibilidad de crear una norma que garantice la aplicación adecuada de principios constitucionales en contra de los actos de competencia desleal, esta información será de gran utilidad, ya que nos permite conocer mejor la realidad de esta interrelación y también constituye la base sobre la cual se fundamentará la propuesta de la tesis.

3.1 Levantamiento de datos

Dentro de este contexto, el diseño de investigación se basara concretamente en la presentación de cuadros estadísticos que se basan en datos obtenidos mediante la elaboración de encuestas puestas a conocimiento de personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia, se muestra más enfáticamente las

encuestas realizadas a la Corporación La Favorita, Corporación El Rosado S.A. y a Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) S.A., con esto se busca tener un respaldo real de lo que acontece en la sociedad ecuatoriana con respecto al tema de la competencia desleal en el ámbito de la propiedad industrial.

Cabe aclarar que aun cuando el presente capítulo se centra en los estudios de casos prácticos, aborda el tema desde la perspectiva de proponer instrumentos de creación de una norma jurídica que aglutine todos los caracteres del competencia desleal desee el ámbito de la propiedad industrial y del de derechos de competencia libre de mercado.

3.1.1 Encuesta realizada a personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

ENCUESTA REALIZADA A PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS QUE HAN SIDO PERJUDICADAS CON ACTOS DESLEALES DE COMPETENCIA

Mi nombre es PAUL GALIANO YÁNEZ MARTÍNEZ, estoy participando en un estudio de la Universidad Internacional SEK, la siguiente encuesta tiene como objetivo recaudar información sobre la competencia desleal y la vulneración de los derechos económicos en la legislación ecuatoriana, sus respuestas serán de mucha ayuda para alcanzar este objetivo.

No hay respuestas correctas para las preguntas que le formularé, solo querernos conocer lo que usted piensa.

1. ¿Usted como Empresario considera que es muy perjudicial los actos de competencia desleal en nuestro país?

SI ( ) NO ( )

2. ¿Piensa que la normativa actual que regula el sector y combate a la competencia desleal es suficiente?

SI ( ) NO ( )

3. ¿En el ámbito de la competencia libre de mercado cree que la competencia desleal se encuentra bien regulada por parte de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?

SI ( ) NO ( )

4. ¿Cree que en el ámbito en la propiedad industrial la Ley de Propiedad Intelectual combate efectivamente la competencia desleal?

SI ( ) NO ( )

5. ¿Considera que la competencia desleal tal y como está concebida en la legislación segundaria vulnera derechos económicos en la legislación ecuatoriana?

SI ( ) NO ( )

6. ¿Considera que sería efectivo la creación de una norma específica que combata la competencia desleal en todos los ámbitos?

SI ( ) NO ( )

3.2 Presentación y análisis de resultados

Para una mejor comprensión del estudio de campo, la presentación de análisis de resultados, se va a realizar en concomitancia con las encuestas realizadas, así que representaremos los resultados de las encuestas preguntadas a personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia.

3.3 Aplicación en la Práctica

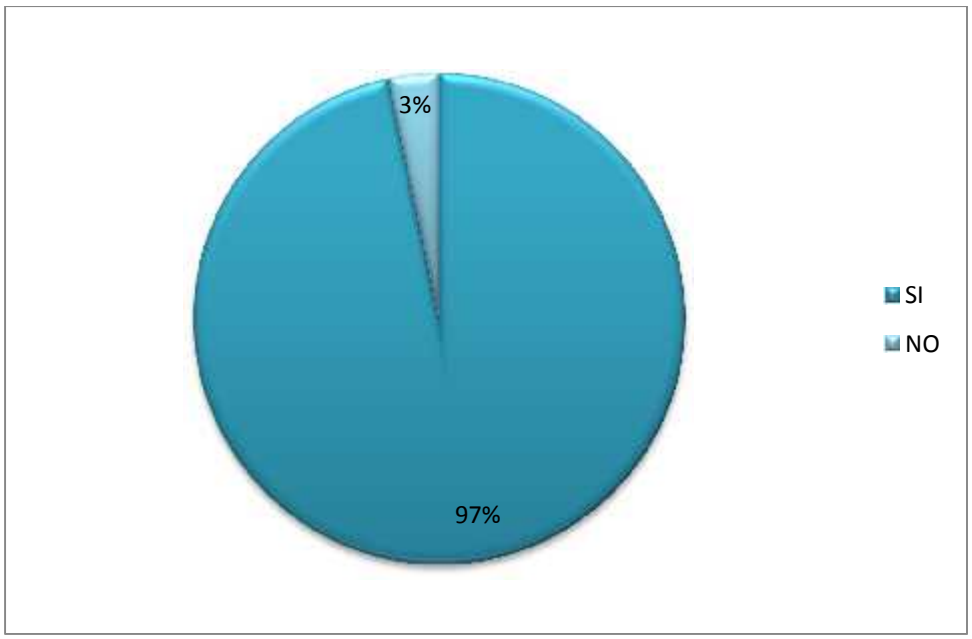
ENCUESTA REALIZADA A PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS QUE HAN SIDO PERJUDICADAS CON ACTOS DESLEALES DE COMPETENCIA

1. ¿Usted como Empresario considera que muy perjudicial los actos de competencia desleal en nuestro país?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez.



Interpretación: Del universo de treinta personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia, 29 personas, equivalentes al 97% respondieron que es muy perjudicial los actos de competencia desleal en nuestro país, es decir el 3% de encuestados restantes consideran que la competencia desleal no es tan mala.

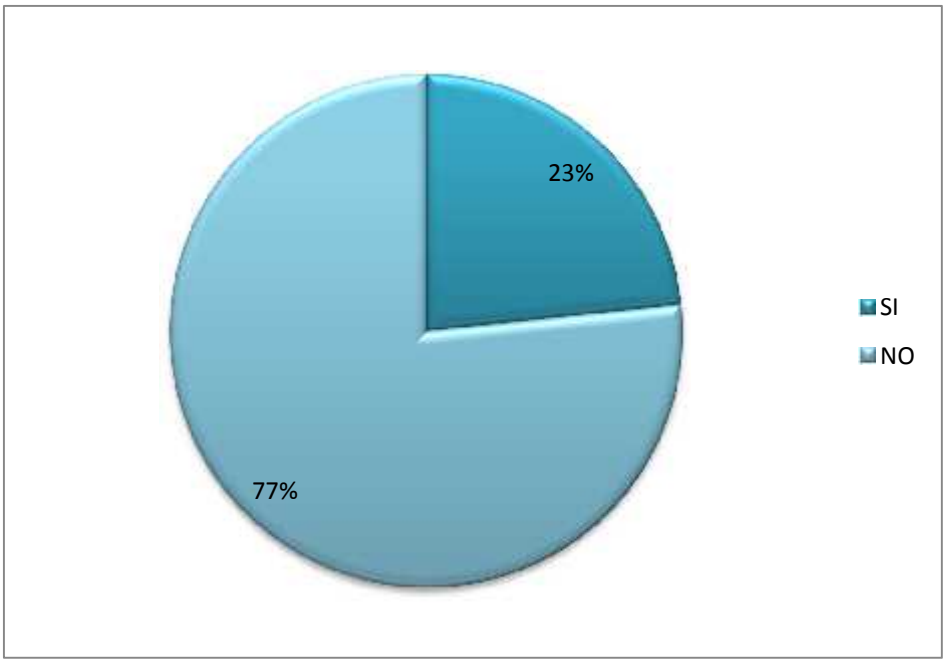
Análisis: En el gremio dedicado al sector de productividad y comercio se observa que la mayoría considera como perjudicial para el desarrollo de este sector los actos de competencia desleal, tan solo un encuestado respondió negativamente a ala interrogación

2. ¿Piensa que la normativa actual que regula el sector y combate a la competencia desleal es suficiente?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	23%
NO	23	77%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez



Interpretación: Del agrupación de treinta personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia, 23 empresarios, equivalentes al 77% respondieron a la encuesta que la normativa actual que regula el sector y combate a la competencia desleal no es suficiente, mientras que 7 consultados, es decir el 23% consideran lo contrario pues aseguran que es suficiente con los cuerpos normativos actuales.

Análisis: Dentro del conjunto de personas sondeadas, se demuestra que la mayoría de encuestados reconocen como insuficiente al marco jurídico que regula las actuaciones de competencia desleal en nuestro país lo que va configurando también la posición de nuestra

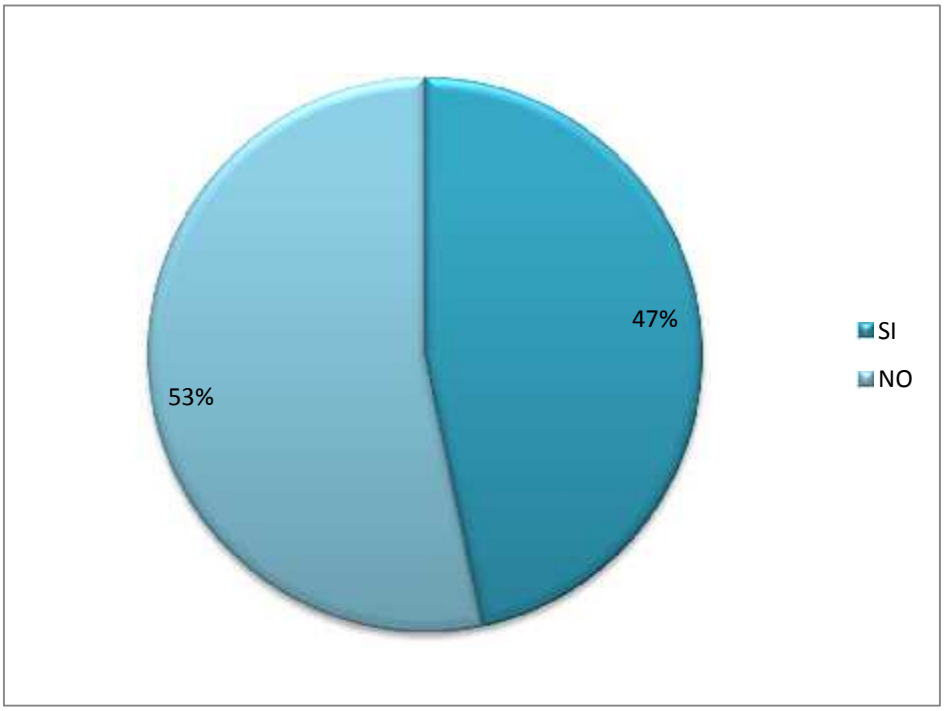
tesis.

3. ¿En el ámbito de la competencia libre de mercado cree que la competencia desleal se encuentra bien regulada por parte de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	47%
NO	16	53%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez



Interpretación: De todo el conjunto de actores consultados, 14 consultados que equivale al 47% considera que en el ámbito de la competencia libre de mercado la competencia desleal se encuentra bien regulada por parte de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir el 53% opina lo contrario.

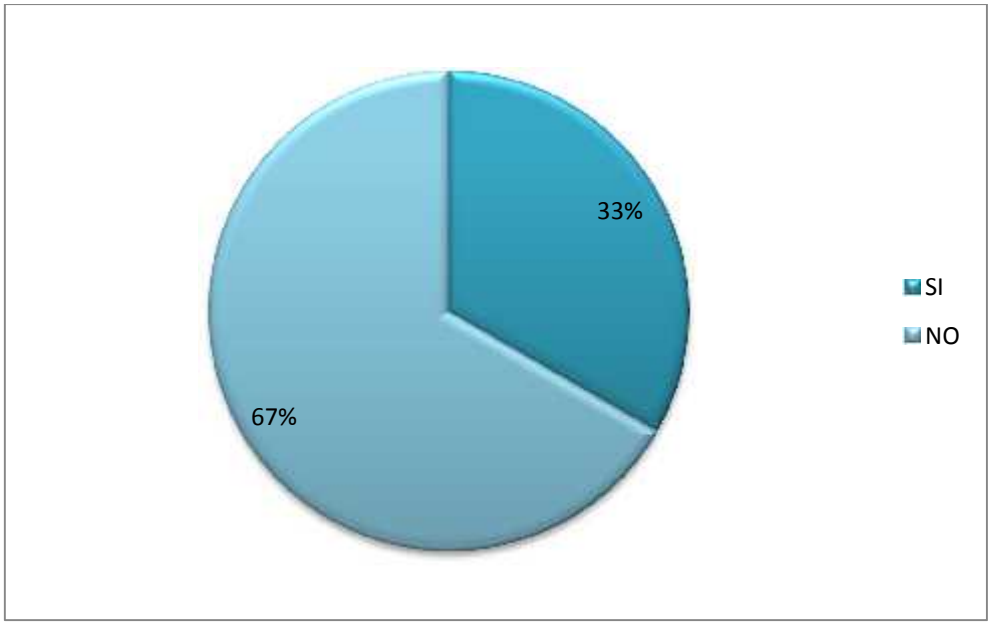
Análisis: En esta interrogante se presenta una confusión pues si bien en la anterior pregunta la mayoría respondió que si no es suficiente el marco regulatorio de la competencia desleal en nuestro país en este pregunta se advierte una división de criterios aunque persiste una ligera mayoría que opina que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no regula a cabalidad fenómenos como el de competencia desleal.

4. ¿Cree que en el ámbito en la propiedad industrial la Ley de Propiedad Intelectual combate efectivamente la competencia desleal?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	33%
NO	20	67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez



Interpretación: Del acumulado de los treinta personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia, el 67% respondieron en el ámbito en la propiedad industrial la Ley de Propiedad Intelectual no combate efectivamente la competencia desleal, sin embrago 10 personas, es decir el 67% consideran que esta norma si protege adecuadamente al sector productivo de la competencia desleal.

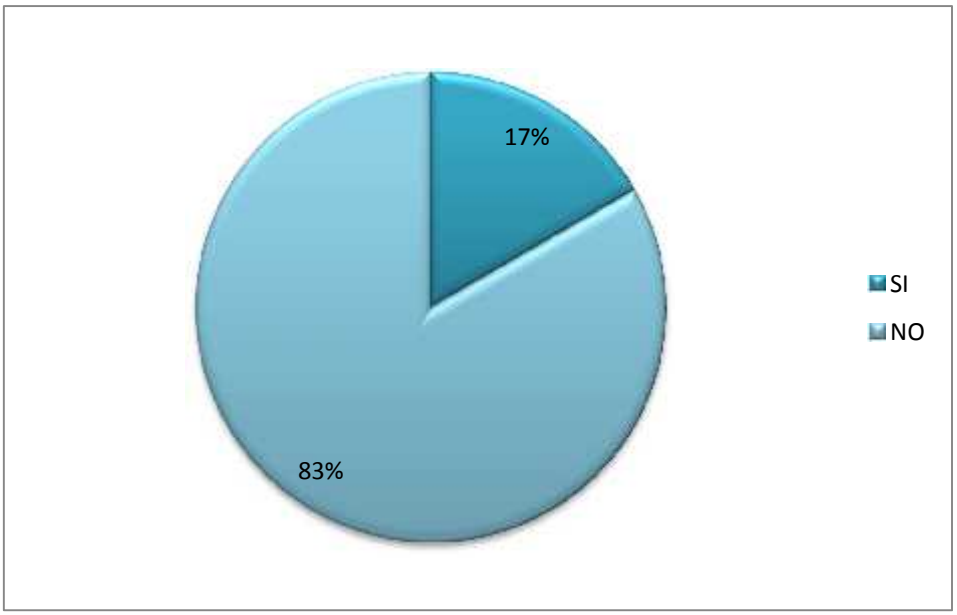
Análisis: Aun se advierte un ligero número de personas que consideran también que dentro del ámbito de la propiedad industria si se encuentra bien protegido el sector comercial por parte de la ley de propiedad intelectual aunque de nuevo la mayoría ve su insatisfacción en la normas existente lo que va sustentado nuestra propuesta de una norma específica que combata la competencia desleal en Ecuador.

5. ¿Considera que la competencia desleal tal y como está concebida en la legislación segundaria vulnera derechos económicos en la legislación ecuatoriana?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	17%
NO	25	83%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez



Interpretación: Del conjunto de personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia, 25 de ellos, equivalentes al 83% respondieron que la competencia desleal tal y como está concebida en la legislación segundaria vulnera derechos económicos en la legislación ecuatoriana, mientras que 5 persona es decir el 17% consideran lo opuesto.

Análisis: En esta pregunta se denoto una mayoría, pues de las personas encuestadas un 83%

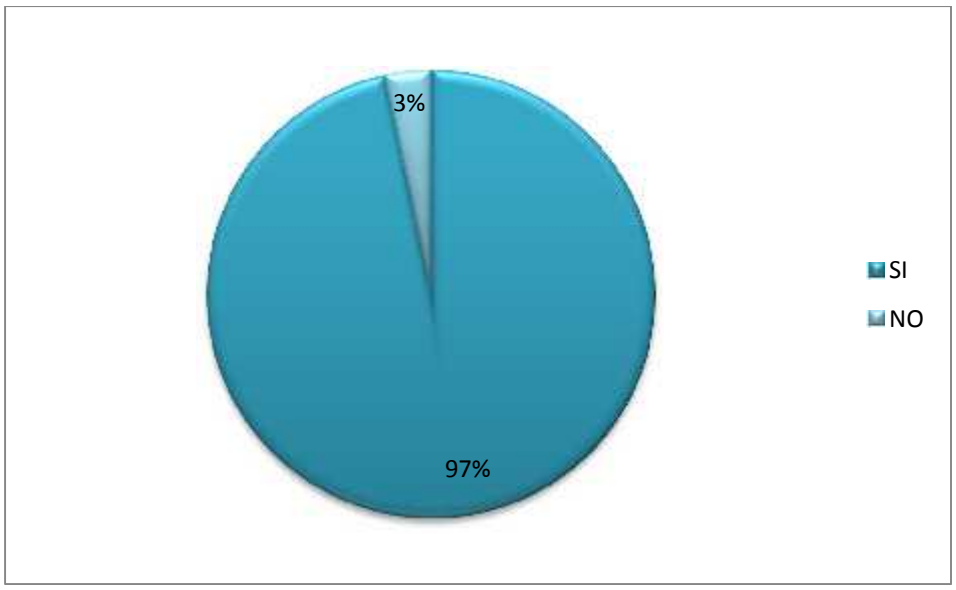
aprobaron que la competencia desleal tal y como se encuentra regulada perjudica al desarrollo y aplicación de derechos económicos que como advertimos se encuentran en un orden constitucional en nuestro país, esto nos da el fundamento para advertir que la creación de una norma puede hacer que se apliquen medidas más coercitivas hacia los actos de competencia desleal y por ende su aplicación garantice derechos económicos básico en un estado constitucional de derechos y justicia.

6. ¿Considera que sería positivo la creación de una reforma a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado para combatir la competencia desleal en todos los ámbitos?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a 30 personas naturales y jurídicas que han sido perjudicadas con actos desleales de competencia

Elaboración: El autor Paul Galiano Yánez Martínez



Interpretación: De los treinta consultados 1 empresario, equivalentes al 97% respondió que la maquila no que sería efectivo no factible la creación de una norma específica que combata la competencia desleal en todos los ámbito, es decir que el 97% de encuestados creen que la es necesario la creación de tal cuerpo normativo.

Análisis: Con esta última pregunta de la encuesta dejamos fundamentado desde el espacio de la investigación de campo la propuesta que como objetivo se propuso realizar en este trabajo investigativo.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN

4.1 Conclusiones

- No solo se llama competencia desleal toda tentativa de aprovecharse de manera indebida de las ventajas que otorga los derechos de propiedad industrial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de las leyes existentes. También existe competencia desleal cuando se infringe una prohibición de competir o cuando se usan medios repudiados por la ética profesional. En las primeras encontramos el incumplimiento de un acuerdo de no concurrencia y en las segundas el uso de medios para engañar al público, perjudicar al comerciante con el uso de elementos de su empresa sin que exista pacto de limitación de competencia, aprovechar los servicios de quien ha roto su contratos de trabajo o cualquier acto análogo.
- Se denomina acto de competencia desleal a aquel que resulta contrario a la buena fe comercial y en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. Para que el acto genere un daño efectivo para que califique como desleal es suficiente el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.
- La competencia desleal como actuación ilícita que entró hacer regulada tiene una larga historia en el devenir de las ramas jurídicas se determina según la doctrina jurídica por lo menos tres momentos históricos en los que su regulación paso de ser

un asunto meramente que inmiscuía al sector del comercio para ser una institución jurídica de rango constitucional que afecta a todos los sectores sociales.

- La falta de creación de tribunales especializados en propiedad intelectual sumado al interposición institucional que trajo consigo el nuevo orden constitucional y la creación de normas como la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, vino a cotizar aún más un sector que ya desde hace tiempos vulneraba derechos constitucionales por su falta de efectividad en la aplicación.
- En la legislación ecuatoriana se concluye que con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado la competencia desleal dentro del ámbito del derecho de libre competencia entro a confundir a los ciudadanos y a los especialistas en la medida que también dentro de la propiedad industrial consta de una institución igual y que maneja las mismas circunstancias, por ello se concluye que lo más favorable seria la consolidación de un trabajo interinstitucional que agrupe estos dos sectores y pueda coadyuvar al desarrollo del sector productivo y comercial en nuestro país.

4.2 Recomendaciones

- Es recomendable que el estudio de la competencia desleal se lo realice desde un ámbito integral que ampare pensamientos a toda tentativa de aprovecharse de manera indebida de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de las leyes existentes, el estudio es complejo ya que se encuentra relacionada con algunas ramas del derecho público y privado que hacen de este instituto jurídico un verdadero desafío al momento de teorizarlo o esgrimir alguna modificación en su normatividad.
- En base a que aún persiste la falta de creación de tribunales especializados en propiedad intelectual, es recomendable que se los cree para que no solo asuntos como los relacionados con la competencia desleal tengan un mejor y más ágil despacho de las causas, lo que generaría una confianza en la ciudadanía, sino también casos de piratería, de derechos de autor o de obtenciones vegetales serian objeto de este nuevo despertar institucional y con esto todo el sector productivo y de inventivas se desarrollaría.
- Finalmente la recomendación más importante y que queda plasmada en la proposición misma de la tesis, es la creación de una norma específica que regularice el sector del mercado a la par del sector de la propiedad industrial y su íntima relación con los actos de competencia desleal con esto no solo que se dejaría de vulnerar derechos económico que son parte de la carta fundamental ecuatoriana sino que también se coadyuvar al desarrollo del sector productivo y comercial en todo el país.

4.3 Propuesta

PROPUESTA DE LA CREACIÓN DE UNA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.

Si bien el trabajo está destinado en base al estudio doctrinario jurídico sumado al fortalecimiento que le da la investigación de campo en este trabajo investigativo se llegó a determinar que la discusión surgía en base a la mala aplicación de normas o la falta de aplicación de normas tendientes a proteger al comercio de actos de competencia desleal lo cual repercutía en una vulneración de derechos económicos que como advertimos se encuentran estipulados en un orden constitucional.

Por ello la solución a la que se puede arribar es la creación de una reforma a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que viabilice un camino seguro para el desarrollo de la industria y el comercio en nuestro país, además en base a todo este análisis y estudio jurídico se llega a determinar que crear esta reforma es factible por lo que a continuación dejamos expuesto un esquema como ejemplo de una posible legislación contra la competencia desleal que puede ser acogida por el ejecutivo y el legislativo y redactada dentro de la mima norma que regula el ámbito del mercado en nuestro país:

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.

Función Legislativa

Considerando:

Que el Estado debe cumplir y hacer cumplir los derechos de los ciudadanos establecidos en la Constitución, para lo cual implementará las reformas legislativas que sean necesarias en virtud de asegurar la aplicación de dichos derechos;

Que es deber primordial del Estado velar por la seguridad jurídica de la población en todos los ámbitos, para lograr el desarrollo sostenible y el bienestar de todos los ciudadanos, tal como lo establecen la Constitución;

Que en el Art. 335 en su segundo inciso de la Constitución de la República manda al Estado la definición de una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal;

Que la Decisión 486 que trata del Régimen Común sobre Propiedad Industria manifiesta que los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial;

Que es necesario adecuar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para que se ajusten a los nuevos preceptos consagrados en los derechos económicos; y,

Y en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Finalidad de la Ley.- La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación objetivo.- La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

Artículo 3º.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

3.1.- La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores.

3.2.- Las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, por

encargo de éstas, les generan con sus actos responsabilidad sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

Artículo 4º.- Ámbito de aplicación territorial.- La presente Ley es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

Artículo 5º.- Primacía de la realidad.- La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

TÍTULO II

DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Capítulo I

Artículo 8º.- Actos de engaño.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir

a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Artículo 9º.- Actos de confusión.- 1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

TÍTULO III

DE LAS AUTORIDADES DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 24º.- Las autoridades.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiendo por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del IEPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada. Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiendo por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del IEPI. Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

TÍTULO IV

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Capítulo I

De la Postulación

Artículo 28º.- Formas de iniciación del procedimiento.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica. En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

Artículo 29º.- Requisitos de la denuncia de parte.- La denuncia de parte que imputa la realización de actos de competencia desleal, deberá contener:

a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso;

b) Indicios razonables de la presunta existencia de uno o más actos de competencia desleal;

c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible; y,

d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.

Artículo 30º.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de actos de competencia desleal, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información y/o identificar indicios razonables de la existencia de actos de competencia desleal. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia

TÍTULO V

SANCIÓN Y ELIMINACIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

De la Sanciones por la Infracción Administrativa

Artículo 31º.- Parámetros de la sanción.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;

b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) las Cargas Tributarias y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta 250 Cargas Tributarias y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) Cargas Tributarias y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

4.4 Referencia bibliográfica

1. ALVAREZ AVENDAÑO, J. A., & LIZANA ANGUITA, C. 1995. *Dumping y competencia desleal internacional.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile .
2. ALVEAR, P. 2012. *Derecho de Corrección Económica, defensa de la competencia y competencia desleal.* Quito : temis.
3. ANNAN, K. 2012. *El derecho al desarrollo.* Nueva York: Naciones Unidas.
4. ASAMBLEA NACIONAL Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Coorporación de estudios y publicaciones.
5. ASAMBLEA NACIONAL Ley Organica de Regulacion y Control del Poder de Mercado . 2011. *Ley Organica de Regulacion y Control del Poder de Mercado .* Quito Ecuador: Coorporacion de estudios y publicaciones.
6. ASCARELLI, T. 1970. *Teoría de la Concurrencia, y de los Bienes Inmateriales.* Barcelona: Bosch.
7. CARBONELL, M. 2010. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales.* Quito Ecuador: Cevallos librería jurídica.
8. COMUNIDAD ANDINA DECISIÓN 486l. (2001). *DECISIÓN 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.* Lima Perú: Comunidad Andina CAN.
9. CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR Ley de Propiedad Intelectual. (2004). *Ley de Propiedad Intelectual.* Quito Ecuador : Coorporación de Estudios y Publicaciones .
10. ENCICLOPEDIA ESPASA . 2008. *Diccionario Enciclopédico.* Barcelona : Espasa .
11. FERNANDEZ GARCIA, R. 2011. *Códigos éticos o de conducta. Su concepto. Su necesidad.* Oporto Portugal: ecaper.
12. FLINT BLANCK, P. 2002. *Tratado de defensa de la libre competencia.* Lima Perú: Universidad Católica de Perú.
13. FUENZALIDA, J. 1995. *Necesidad del libre acceso a las fuentes de información.* Buenos Aires: Revista SILEC.
14. GÓMEZ VELASCO, X. 2001. *Patentes de invención y derecho de la competencia económica.* Quito Ecuador: Abya Yala.

15. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. 2010. *Comentario sobre el desarrollo de la competencia desleal en México.* . México D.F.

16. HELPMAN, E. 2004. *El misterio del crecimiento económico.* Madrid España : Novoprint.

17. MARÍN SEVILLA, M. 2012. *La Competencia en la nueva Constitución del Ecuador.* Quito Ecuador : Procompetencia Ecuador .

18. MAYORGA LORCA, R. 1997. *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales.* Santigo de Chile: Editorial jurídica de Chile.

19. PÉREZ MOSTEIRO, A. M. 2011. *Ley de Competencia Desleal.* Madrid España: Consejo Editorial de difusión jurídica y temas de actualidad.

20. RIVADENEIRA SILVA, R. 2012. *Los derechos económicos, sociales y culturales.* Quito: Informe Alternativo Derechos Económicos, Sociales y Culturales Ecuador, 2001" de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Ecuador.

21. RUBIO, J. S. 2008. *La libertad como principio humano racional.* Madrid España: Instituto Juan de Mariana.

22. STIGLITZ, J. 2000. *La economía del sector público.* New York : Universidad de Columbia.

23. TANTALEÁN ODAR, C. F. 2010. *Análisis suscinto sobre la competencia desleal y los actos que la conforman.* Cajamarca Perú: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca.

24. YAMIN, A. E. 2006. *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta.* México D.F.: Plaza Alves.

25. ZUAZUA DE BIAGIONI, R. 1995. *Consideraciones conceptuales y filosóficas de la libertad de expresión comercial en América Latina. SILEC, Revista Nº 1, agosto de 1995, p. 9-10.* Buenos Aires: SILEC, Revista Nº 1.

4.5 Anexos

Anexo N° 1

Correlación entre el derecho de competencia y el derecho de propiedad intelectual

Las ponencias presentadas lograron gran concurrencia.

8 de septiembre de 2014

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) en conjunto con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la colaboración de la Corporación Innovarte realizaron el XXXV Seminario Internacional "Competencia y la Propiedad Intelectual, mejores prácticas a nivel nacional e internacional", el cual se llevó a cabo el día 04 de septiembre de 2014, en el Centro de Información Integral de la Universidad Central del Ecuador.

Este seminario trató temas para ilustrar a la ciudadanía sobre la correlación que existe entre el derecho de competencia y el derecho de propiedad intelectual, además de las normas que regulan estas áreas para que los agentes económicos que se desenvuelven en el

mercado nacional conozcan cuáles son sus derechos, obligaciones y el límite de los mismos para evitar una posible afectación a la competencia.

Oscar Reyes, asesor de Propiedad Intelectual del IEPI, mencionó que, “La propiedad industrial muchas veces premia a los innovadores al creer un poder de monopolio temporal, cobrando muchos más altos que los que podrían cobrar si tuviesen competidores”, puntualizó.

El estudio de la interrelación entre la regulación de la propiedad intelectual y de la competencia adquiere preponderancia y requiere de mayor y mejor atención de parte del regulador, de los empresarios y de los operadores jurídicos, particularmente en América Latina donde existe un vacío doctrinario y hasta normativo. Cristina Castro, Experta principal de asuntos internacionales del IEPI afirma que, “actualmente existe coordinación interinstitucional entre SCPM y IEPI para defender la libre competencia y sancionar la competencia desleal vinculada a derechos de PI, para ello la importancia de eventos como éste, para intercambio de información. La competencia comercial es permitida y fomentada por la ley porque, favorece al consumidor y por ende a la sociedad, por ello hay q defenderla”.

El evento se dividió en dos módulos: el primero sobre experiencia internacional, y el segundo sobre la experiencia ecuatoriana y las implicaciones económicas de la Propiedad Intelectual y Competencia.

Tomado de la página web: http://www.propiedadintelectual.gob.ec/

Anexo N° 2

Nespresso vs. Marcilla: La Guerra del Café se extiende a España

22/02/2012

Ayer por la noche conocimos que Nespresso ha iniciado acciones legales en España contra Marcilla (grupo Sara Lee) por “infringir la propiedad industrial de la marca y por actos de competencia desleal”. Los que han estado al tanto de la actualidad durante los últimos meses no se habrán visto sorprendidos por la noticia; de hecho, en los últimos (¿dos?) años Nespresso ya ha demandado por lo mismo a Sara Lee en países como Bélgica, Holanda o Francia.

¿Cuál es el origen de la controversia? Como todos sabéis los productos Nespresso son, por un lado, unas cápsulas individuales de café molido y, por otro, unas máquinas específicas capaces de elaborar la infusión a partir del contenido de dichas cápsulas. La gama de

máquinas cuenta con multitud de modelos para el mercado doméstico, así como otras especiales para cafeterías, oficinas, hoteles…

En general, todas las impresiones que he recogido sobre el funcionamiento de las máquinas y la calidad de la bebida resultante son excelentes. Ahora bien, todos los usuarios me comentaban los mismos dos inconvenientes: el elevado precio de las cápsulas y la dificultad para adquirir nuevos recambios (sólo en tiendas oficiales Nespresso, por internet o por teléfono).

Cápsulas Marcilla compatibles con Nespresso Y aquí es donde entró Marcilla. Si la memoria no me falla, en mayo de 2011 lanzó en España unas cápsulas compatibles a través de las principales cadenas de supermercados (Hipercor, El Corte Inglés, Carrefour, Alcampo, Eroski-Caprabo, AhorraMas…), en uno de los cuales adquirí la caja que veis en la foto.

El precio de las cápsulas de Marcilla es menor que el de las cápsulas originales (alrededor de un 25% menos) pero, sobre todo, eliminan la dependencia de los canales oficiales de distribución de Nespresso. Razones por las que Marcilla vendió en España más de 65 millones de cápsulas antes de fin de año, y por la que hoy se pueden encontrar en el supermercado al menos otras dos marcas que venden cápsulas compatibles con Nespresso.

Pasemos ahora a las afirmaciones de Nespresso en la demanda: “infracción de propiedad industrial de la marca” y “competencia desleal”. Dividiré la primera en tres eventuales infracciones: marcas, patentes y diseño industrial. Por partes:

Marcas:

No parece que haya infracción en este sentido: el nombre de la marca es distinto y la presentación y el envase son completamente distintos (de hecho, cada cápsula de Marcilla viene envuelta en un sobrecito de aluminio). En definitiva, y aunque estuvieran en la misma estantería del supermercado, no veo ningún tipo de dificultad para el consumidor a la hora de “distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras” (art. 4 Ley de Marcas).

Tomado de la página web: http://propiedadintelectualhoy.com/