

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Procesal

**La protección de los derechos de operadores económicos en el  
procedimiento de competencia desleal en la legislación ecuatoriana**

Juan Carlos Cordero Barzallo

Tutora: María Elena Jara Vázquez

Quito, 2018





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Juan Carlos Cordero Barzallo, autor de la tesis intitulada “La protección de los derechos de operadores económicos en el procedimiento de competencia desleal en la legislación ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster Profesional en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónica.

19 de diciembre del 2018

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

La presente investigación, plantea como interrogante conocer si el procedimiento regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente ¿tutela de manera efectiva los derechos de todos los operadores económicos del mercado frente a conductas catalogados como actos, hechos o actividades de competencia desleal?

En este sentido se plantea un primer capítulo en el cual se analiza el ordenamiento jurídico contra la competencia desleal, a través de un estudio de cada una de sus características, principios e intereses que deben ser tutelados. Bajo esta visión general, este trabajo presentará desde una óptica doctrinaria y legal cada una de las conductas desleales recogidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Entendiendo que dichas prácticas no serán las únicas que podrán ser sancionadas, pues el concepto de deslealtad debe ser aplicado bajo la lógica de la existencia de una cláusula general.

Comprendida esta rama del derecho, se analizarán los diferentes mecanismos procesales recogidos en distintos modelos jurídicos para garantizar su protección. Se determinará cuál es la realidad ecuatoriana, principalmente respecto de los diferentes trámites administrativos que se encuentran determinados tanto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como en su reglamento y en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Por último, será abordada la posibilidad de la reclamación en el ámbito jurisdiccional que tiene por finalidad tutelar únicamente los intereses de los operadores económicos frente al cometimiento de conductas desleales que no afecten a derechos relacionados con la propiedad intelectual y que tampoco atenten en contra de la eficiencia económica. En estas circunstancias serán estudiados los obstáculos que se presentan para que los operadores económicos puedan exigir la reparación de sus derechos frente al cometimiento de conductas de deslealtad.



## **Dedicatoria**

A mis padres, quienes con su ejemplo me enseñaron que ningún objetivo es imposible, que el trabajo y la superación deben ser siempre una filosofía de vida.

A Andrea, mi amada compañera incondicional de aventuras y sacrificios, quien desde hace casi 10 años es mi principal soporte para juntos cumplir las metas que nos hemos trazado. El resultado es tuyo.

A mis hijos Carlos Joaquín, Juan Guillermo y Agustín, por el tiempo que les robé, por mi ausencia en su crecimiento, en sus juegos, en sus noches. Por ellos, los dueños y artífices de todos nuestros proyectos.



**Agradecimiento:**

A toda mi familia por soportar juntos este largo camino. A mi mejor maestra, mi abuela Ruth a quién le debo mi permanente ambición académica.

A la Doctora María Elena Jara Vázquez quien con su dedicación, tiempo y conocimientos ha influenciado profundamente en mi crecimiento profesional y académico. Fue extremadamente grato cumplir este requisito de formación bajo su guía y experiencia.



## Tabla de Contenido

Introducción.....	11
<b>Capítulo Uno - De la competencia desleal .....</b>	<b>17</b>
1. Derecho de la competencia desleal.....	17
1.1. Nociones General .....	20
1.2 Naturaleza jurídica de la competencia desleal.....	24
1.4. Ámbito de protección y finalidad. ....	37
1.4.1. Ámbito de protección .....	37
1.4.2. Finalidad del derecho de protección contra la competencia desleal.....	39
1.5. Ámbito subjetivo .....	47
1.5. Actos de competencia desleal.....	53
<b>Capítulo Dos Los mecanismos de defensa en materia de competencia desleal .....</b>	<b>73</b>
2. Distintos modelos procesales para la aplicación de preceptos que regulan las prohibiciones y sanciones a los actos de competencia desleal. ....	73
2.1 Sistemas de protección acoge el Ecuador en materia de competencia desleal .....	76
2.2 Procedimientos reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano frente al cometimiento de actuaciones de deslealtad comercial. ....	83
2.2.1. Procedimiento administrativo para la sustanciación de las prácticas desleales consagradas en la normativa ecuatoriana .....	84
2.3 La protección administrativa de los derechos de los operadores económicos en los casos de deslealtad comercial.....	88
<b>Capítulo Tres - La protección jurisdiccional de los operadores económicos frente a actos de deslealtad en el mercado.....</b>	<b>97</b>
3. La tutela judicial efectiva como un derecho de los operadores económicos.....	97
3.1 La posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional frente al cometimiento de actos desleales contemplada en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.....	100

3.2 La protección de derechos de los operadores económicos ante actos de competencia desleal que no cumplen con los requisitos de procedibilidad contemplados en la normativa especial. ....	105
CONCLUSIONES .....	119
Bibliografía .....	125

## Introducción

La presente investigación aborda un tema trascendental en la realidad ecuatoriana y que tiene un impacto directo en el desenvolvimiento diario del mercado. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado desde su expedición en fecha 13 de octubre del 2011 conjuntamente con su reglamento de aplicación, han abarcado dos materias que hasta esa fecha no habían sido tratadas de forma autónoma e independiente por el ordenamiento jurídico a través de una ley especial relacionada tanto con la defensa de la competencia como con la competencia desleal.

Esta investigación se concentra exclusivamente en la segunda rama del Derecho antes referida, debiendo contextualizar que la lucha contra la competencia desleal se encuentra plenamente reconocida –por su importancia– en la Constitución de la República del Ecuador, que de manera imperativa establece la obligación de sancionar las prácticas que atenten contra la lealtad que debe primar entre los operadores económicos al momento de competir (artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador). La disposición de rango constitucional es desarrollada mediante la normativa secundaria antes citada, que tiene una vigencia de apenas siete años.

La normativa vigente presenta vacíos en el ámbito de protección, y ha generado una serie de dudas en cuanto a su aplicación administrativa y jurisdiccional, debido a la deficiente técnica legislativa utilizada así como a la carencia del conocimiento de instituciones jurídicas del derecho común.

Es precisamente esta deficiencia la que ha motivado este tema de análisis, pues en principio el ordenamiento jurídico contra la competencia desleal debe tutelar –de igual manera– los intereses generales, así como los particulares, pues ello concibe el ámbito de aplicación de esta rama del derecho.

La obligación mencionada no es un mero enunciado, por el contrario está ligada a la vigencia de la tutela efectiva de derechos,<sup>1</sup> la misma que se constituye en un deber obligatorio de los órganos jurisdiccionales, tal como lo ordena el Código Orgánico de la

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008, art. 75

Función Judicial<sup>2</sup> y también de las entidades públicas ante las cuales se sustancian los procedimientos administrativos.

Esta garantía implica el derecho de todo ciudadano para acceder a la administración de justicia, para presentar sus pretensiones y que estas sean analizadas, valoradas por los jueces y estos expidan una resolución correspondiente, fundamentados en los principios de imparcialidad, celeridad, economía procesal, entre otros. Así, la tutela judicial efectiva es esa respuesta que debe dar el Estado a los ciudadanos ante reclamos que presenten y que tengan asidero en el ordenamiento jurídico vigente.

El objetivo general de esta tesis, es determinar las falencias de la normativa vigente en el país para brindar y garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a favor de los afectados por actos de competencia desleal, principalmente a los operadores económicos.

Bajo todas estas consideraciones, el presente trabajo esta estructurado a través de tres capítulos que abarcan desde aspectos generales relacionados con la competencia desleal hasta circunstancias específicas que han generado incertidumbre al momento de la aplicación de la Ley especial y una falta de control de las actuaciones privadas de los agentes económicos en el mercado.

*El capítulo primero* abordará de manera amplia el derecho contra la competencia desleal, haciendo un análisis desde el correcto y moderno entendimiento de su naturaleza jurídica, estableciendo cuáles son los criterios que deben estar presentes al momento de calificar a los comportamientos desleales, para de esta manera identificar el ámbito de protección y finalidad de nuestra rama de estudio. Además desde una visión doctrinaria y legal se analizarán todos los actos desleales recogidos en la legislación ecuatoriana.

*El capítulo segundo* desarrollará los mecanismos de defensa en materia de competencia desleal, mediante un análisis de los diferentes modelos procesales con la intención de realizar un correcto estudio de la realidad ecuatoriana en el ámbito procedimental. El planteamiento propuesto permitirá identificar las acciones reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, para concluir si estas son las pertinentes para cumplir con todas las finalidades de protección que intenta cubrir el régimen

---

<sup>2</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de Marzo del 2009, art. 23.

especial. Este capítulo estará concentrado en los diferentes procedimientos administrativos.

En el *último capítulo*, será tratada de manera exclusiva la protección jurisdiccional de los derechos de los operadores económicos frente al cometimiento de los actos de deslealtad en el mercado. Para ello partiremos del análisis de la garantía a la tutela judicial efectiva como parámetro sobre el cual debería levantarse la producción legislativa, comprenderemos la estructura de las acciones jurisdiccionales recogidas en la LORCPM y sus injustificadas limitaciones, así como las contradicciones cuando de por medio se encuentren en discusión la protección de los derechos particulares de los operadores económicos.

Conforme a todo lo indicado, la presente investigación tendrá por finalidad demostrar la importancia del derecho de protección contra la competencia desleal, los diferentes criterios y valoraciones planteadas, lo cual servirá para generar un mayor debate sobre esta rama del derecho que aún sigue desarrollándose desde la doctrina ecuatoriana.

Debo anticipar que este trabajo lejos de pretender dar certezas generará una serie de interrogantes que requieren de un análisis constante, con visiones distintas que colaborarán para construir criterios más sólidos sobre esta materia.



## Capítulo Uno

### De la competencia desleal

#### 1. Derecho de la competencia desleal

Resulta evidente que en la actualidad, en economías cada vez más globalizadas las legislaciones nacionales incorporen en sus normativas la necesidad de tutelar un bien jurídico especialísimo por sus características, como es la competencia,<sup>3</sup> la misma que debe ser fomentada entre los diversos actores del mercado. En este sentido constituye necesario dentro de este trabajo de investigación el definir lo que se entiende por mercado, y a partir de ello poder comprender la importancia de la adecuada competencia entre los operadores económicos dentro de éste.

De una explicación económica básica, podemos afirmar que el mercado es un sistema que permite el intercambio de productos y servicios entre ofertantes-vendedores y los consumidores, cuyas relaciones están enfocadas a la fijación de precios y además a

---

<sup>3</sup> La construcción de una definición de competencia, debe partir desde el propio significado semántico del término en cuestión, es así que la Real Academia de la Lengua Española la define como “1. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo; 2. Oposición o rivalidad entre dos o más personas que aspiran a obtener la misma cosa; o, 3. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio...” <http://dle.rae.es/?id=A0fanvT|A0gTnnL>. Esta definición debe ser complementada bajo criterios económicos-jurídicos, así el Consejo Coordinador Empresarial de México, sintetiza a la competencia económica como “el esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para incrementar sus ventas al ofrecer más opciones de productos y servicios de mayor calidad a mejores precios.” <http://www.cce.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/Guia-Basica-sobre-Competencia-Economica-2015.pdf>. De su parte Richard A. Posner en su obra *El análisis económico del Derecho*, 2a. ed. español (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 478-480, prefiere –para fines de entendimiento de la regulación pública del mercado- tratar este tema bajo los conceptos de la competencia potencial percibida y la competencia potencial efectiva, para lo cual se debe comprender que las empresas no siempre venden en un mercado pero que lo harían si el precio de mercado fuese mayor –ante esta realidad nos ubicaríamos frente a los competidores simplemente potenciales- conforme los denomina el autor. Pero esto contrasta, con aquellas empresas u operadores económicos que están dispuestos a entrar en el mercado aunque el precio no aumente, que en términos antimonopólicos serán los llamados competidores efectivos futuros. De ahí la necesaria intervención del derecho para fomentar la mayor participación de los diferentes operadores económicos en el mercado, de forma tal que se elimine cualquier obstáculo o barrera para esa participación. Desde una perspectiva jurídica Miranda Londoño dice que “ El derecho a la libre competencia económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de la clientela; y de la otra implica, la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia” y J. Ayllón expresa que “las normas de competencia son un conjunto de disposiciones legales cuyo objetivo es el mantenimiento de un mercado competitivo en el que los productos y servicios sean intercambiados libremente...” autores citados en la obra de Diego, Diego Loma-Orsorio, cord., *Tratado de Derecho de la Competencia*, 1 era. ed. (Pamplona: Thomson Aranzadi, 2013), 34-5.

la asignación de recursos dentro de la sociedad, respondiendo a tres problemas económicos básicos el qué; el cómo y el para quién. Estos problemas económicos deben ser entendidos bajo las siguientes consideraciones a) *qué* bienes y servicios deben producirse en función de los recursos monetarios que los consumidores pretenden invertir en sus decisiones diarias para comprar; b) *cómo* se deben producir los bienes y servicios, lo que está determinado por la competencia de los productores, en búsqueda de la mayor eficiencia al mantener costos mínimos, adoptando métodos eficientes de producción y maximizando sus utilidades; y c) *para quién* debe producirse, lo que dependerá en gran parte de la oferta y de la demanda de los factores de producción que determinan las tasas salariales, valor de inmuebles, tasas de interés, etc.<sup>4</sup>

De ahí que el mercado pretende relacionar de manera coordinada a personas, actividades y negocios. Bajo una visión liberal, el mercado funciona en principio sin ningún tipo de direccionamiento o control del Estado, partiendo simplemente de un automático mecanismo que viabilice el establecimiento de precios para poder cuantificar las necesidades que tienen los consumidores y cuánto los ofertantes están dispuestos a producir (con base en el valor fijado) para solventar dichos requerimientos.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19a. ed. (México:Mc Graw Hill, 2010), 26-8.

<sup>5</sup> *Ibíd.* 8. Los autores Paul A. Samuelson y William Nordhaus al referirse a la economía de mercado indica que es aquella en la cual individuos y empresas privadas toman las decisiones más importantes acerca de la producción y consumo. Hace referencia a un sistema de precios, de mercados, de pérdidas y ganancias, de incentivos y de recompensas. Las empresas producen las mercancías que generan las máximas utilidades, con las técnicas de producción que son menos costosas. El consumo está determinado por las decisiones de los individuos respecto a cómo gastar los salarios y los ingresos sobre la propiedad que generan su trabajo y sus propiedades. El caso extremo de una economía de mercado, en la que gobierno no interviene en las decisiones económicas, tendrá el nombre de economía *laissez faire*. Además se puede decir que se trata de “un sistema basado en la propiedad privada y en el cual las decisiones de producción se hacen por la iniciativa descentralizada de los agentes económicos, principalmente por las empresas, con el objetivo de obtener beneficios, bajo la señal del sistema de precios y en un contexto de competencia. La obtención del beneficio recompensa el hecho de que la iniciativa privada anticipó correctamente las necesidades sociales, tal y como se manifiestan en una demanda en los mercados. La falta de obtención de los beneficios sanciona la situación opuesta, es decir, un error en cuanto a la anticipación de la demanda social. Tanto las pérdidas como los beneficios se asumen privadamente, los fracasos acumulados conllevan, a través de un proceso darwiniano, a la desaparición de las empresas. Para funcionar, este sistema se basa en una palanca de comportamiento muy potente: la búsqueda del interés personal. Se afirma que esta palanca implica un mecanismo autorregulador llamado la “mano invisible del mercado”, una metáfora propuesta por Adam Smith para designar la competencia económica, y declarada como el motor del desarrollo. En resumen, el liberalismo económico afirma que la economía de mercado es superior en términos de eficiencia, de creación de riqueza y de crecimiento respecto a un sistema en el cual la economía es regulada por el Estado, su caso extremo siendo la economía planificada, o respecto a un sistema en el cual los roles económicos se transmiten hereditariamente de una generación a otra.” Michel De Vrocy, “El liberalismo económico y la

La visión descrita, parte de la premisa de comprender que el buen funcionamiento del mercado se basa simplemente en las normas de la oferta y la demanda. Sin embargo, hoy se admite de forma generalizada, que esta puede presentar fallas, desajustes o externalidades que se manifiestan mediante una competencia imperfecta entre los actores del mercado, lo que genera que un comprador o vendedor tengan la posibilidad de influenciar e incluso decidir en el precio de un bien, dando paso a estructuras mercantiles monopólicas u oligopólicas. En otros casos, por el afán desmedido de acaparar un mayor porcentaje de consumidores, los ofertantes están dispuestos a ejercer prácticas deshonestas en contra de los demás competidores, de ahí que el Estado se ve obligado a corregir mediante los diferentes cuerpos comunitarios, normativos y reglamentarios a la competencia imperfecta dentro del mercado.<sup>6</sup>

Por lo expuesto, es evidente la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico que garantice la tutela a la parte más frágil o vulnerable del mercado, es decir a los consumidores; que asegure la existencia real de una competencia que no se pueda ver afectada por un criterio minoritario de quienes poseen una posición preponderante en un mercado relevante y que además, promueva reglas claras entre los diferentes operadores del mercado que pretenden de una forma legítima acaparar una porción del mismo. En este capítulo nos enfocaremos en criterios generales relacionados al derecho de la competencia y específicamente nos encaminaremos a comprender a la competencia desleal como institución jurídica.

---

crisis”, *Lecturas de Economía*, no. 70, (Medellín, 2009): 14. Véase en: (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4833920>). Fecha de revisión: 13.02.2019.

<sup>6</sup> *Ibíd.* 8, 26-27, 35-36. Al respecto, estos autores manifiestan existen dos maneras totalmente diferentes de organizar la economía. En un extremo, el gobierno toma la mayor parte de las decisiones económicas y las personas que ocupan cargos jerárquicamente superiores dictan las órdenes en esta materia. Por el otro extremo, las decisiones las toman los mercados, donde los individuos o empresas acuerdan voluntariamente intercambiar bienes y servicios, casi siempre mediante el pago de dinero.

En este sentido, la obra citada expone que nos encontramos frente a una **economía de mercado**, cuando son los individuos y empresas privadas las que toman las decisiones más importantes acerca de la producción y el consumo, este sistema en una lógica extrema exige al Estado que no intervenga en las resoluciones económicas, modalidad conocida también como el **laissez-faire**. De su parte, en la **economía autoritaria**, es el gobierno quien responde ante las principales cuestiones económicas a través del ejercicio de su derecho a la propiedad de recursos y a la potestad de imposición.

Los autores coinciden en que ambos sistemas difícilmente pueden presentarse en un sentido puro, de ahí que la alternativa en las sociedades contemporáneas, se presenta bajo la modalidad de las llamadas “**economías mixtas**” caracterizada porque la vida económica se debe organizar mediante una autoridad jerárquica o de mercados voluntarios descentralizados, pero el gobierno desempeña un papel fundamental en la supervisión de su funcionamiento, aprueba leyes que regulan la participación en el mercado, produce servicios educativos y políticos e incluso controla el impacto que puede existir con nuestro entorno y evidentemente protege al consumidor.

## 1.1. Nociones General

Es importante conocer el tratamiento jurídico que se debe dar al comportamiento desleal, que básicamente tiene un desarrollo normativo desde una visión que contenía una concepción ligada a la responsabilidad civil extracontractual, siendo esta –para muchos– insuficiente, lo que terminó exigiendo la producción de una teoría jurídica propia y autónoma que sanciona la deslealtad al momento de competir en el mercado.

De manera general, se ha considerado que en el desarrollo del derecho a la competencia desleal se presentan varios momentos.

Bajo esta perspectiva debemos citar en primer lugar al *modelo paleoliberal*, propio del siglo XIX, caracterizado por la falta de una normativa general, en el cual predomina una disciplina represiva de la competencia desleal y bajo una naturaleza jurídica de tipo penal, enfocado principalmente en la protección exclusiva de la propiedad industrial. Surge posteriormente el *modelo profesional*, el cual presenta como aporte propio el surgimiento de una normativa de carácter privado pero con un alcance general, aspirando principalmente a generar una protección dirigida a los intereses de una clase empresarial, por lo que se asegura que este modelo presentó una clara tendencia monopolista en la cual el único y verdadero centro de protección era el empresario, considerándole al consumidor o cliente como un elemento netamente económico de los agentes de producción dentro del mercado. Finalmente, se presenta el *modelo social*, que surge desde la terminación de la segunda guerra mundial, y genera una concepción completamente distinta a la contemplada por los otros dos sistemas, pues en este modelo la normativa de la competencia desleal deja de proteger exclusivamente a la empresa dentro de su vinculación con el resto de competidores, y más bien lo que busca es generar un verdadero orden dentro de las relaciones del mercado, abarcando de esta forma la debida tutela del interés de los consumidores, traducido en la protección al propio interés público para evitar una competencia falseada.<sup>7</sup>

En el contexto andino, la primera referencia general de regulación en materia de competencia es el Acuerdo de Cartagena cuyo articulado se refiere a la integración subregional, y cuyos miembros decidieron celebrarlo con el objetivo de promover el

---

<sup>7</sup> Aurelio, Menendez, *La Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 1988), 26-9.

desarrollo de los países participantes mediante la cooperación económica y la integración social, con la finalidad de poder crear un mercado común latinoamericano, y de esta forma lograr el desarrollo para los habitantes de la región.

Pero, para poder avanzar en estos ambiciosos objetivos era necesario hacer referencia a una regulación mínima que trate de corregir a todas las conductas que puedan afectar a la competencia, generando incluso potestades a la Comisión Andina para el conocimiento de denuncias para los casos de aplicación de gravámenes y otro tipo de restricciones.<sup>8</sup>

Dentro del ámbito regional es importante citar la Decisión 486<sup>9</sup> de la Comunidad Andina de Naciones –CAN– referente al régimen común sobre propiedad industrial, cuerpo normativo que en su título XVI regula la competencia desleal vinculada exclusivamente a la vulneración de la propiedad industrial. Este cuerpo normativo regional fue expedido en Lima, Perú en fecha 14 de Septiembre del año 2000 y en el cual se define al acto desleal como aquel que se encuentre vinculado a la vulneración del derecho de propiedad industrial dentro del ámbito empresarial pero que sea contrario a los usos y practicas honestas.

En el desarrollo legislativo nacional, las sanciones para actos desleales estaban previamente regulados en nuestro país a través de la entonces vigente Ley de Propiedad Intelectual,<sup>10</sup> si bien es cierto con la limitación de que esta rama del derecho era interpretada únicamente como respuesta a la vulneración relacionada con las

---

<sup>8</sup> CAN *Codificación Del Acuerdo De Integración Subregional Andino (Acuerdo De Cartagena) (Decisión 563)*, 5 de septiembre del 2003; Capítulo X, referente a la Competencia Comercial, cuyos artículos determinan lo siguiente: Art. 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien; Art. 94.- Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.

<sup>9</sup> CAN, *Codificación del Régimen común sobre propiedad industrial Decisión 486*; entro en vigencia en nuestro país en el Registro Oficial número 258, de fecha 2 de Febrero del 2001, el mismo que en su Título XVI regula "La competencia desleal vinculada a la propiedad industrial", a partir del artículo 258.

<sup>10</sup> Ecuador, *Ley de Propiedad Intelectual*, en Registro Oficial 426, Suplemento, 28 de Diciembre del 2006, art. 284.

instituciones jurídicas de la propiedad industrial, pese a que el texto del artículo 284 ordenaba:

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...

Al respecto y en palabras de María Elena Jara se indica:

Pese al amplio alcance de esta norma, que evidentemente excedía el ámbito de protección de derechos vinculados con la propiedad intelectual, los mecanismos procesales para la protección contra actos de competencia desleal que no tenían que ver con tales derechos de propiedad intelectual, no estaban claros. De hecho se generaron pronunciamientos judiciales contradictorios sobre la materia. En algunas situaciones las cortes ecuatorianas sostuvieron que con fundamento en la amplitud del derogado artículo 284 de la LPI, todo acto de competencia desleal debía ser conocido por Tribunales de lo Contencioso Administrativo, judicaturas a cargo del conocimiento de los litigios relativos a propiedad intelectual. En otras ocasiones, se sostenía que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo podían conocer únicamente casos de competencia desleal vinculados con infracción de derechos de propiedad intelectual. En conclusión, a nivel procesal, el escenario previo a la expedición de la LORCPM se caracterizaba por las dudas relativas al juez competente y al procedimiento a seguir en casos de competencia desleal que no involucren derechos de propiedad intelectual...

Esta problemática identificada por la autora, en principio se aclara con la entrada en vigencia en nuestro país, de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado –LORCPM– en fecha 13 de Octubre del 2011, frente a una necesidad que exigía contar con un marco normativo que tutele como bien jurídico a la competencia en general, los intereses de todos los operadores económicos, así como el de los consumidores y además –específicamente- que prohíba el cometimiento de prácticas desleales. Este instrumento legislativo que fue expedido en armonía con el nuevo contexto constitucional del Ecuador, nos obliga a comprender e interpretar a la regulación en materia de competencia desleal, como una rama jurídica que abarca la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos a favor de los consumidores y además de los operadores económicos que actúan en el mercado.

En este sentido, se debe puntualizar que el gran avance del estado social, es fundamentalmente la constitucionalización de los derechos económicos y sociales, por lo tanto se genera la posibilidad de exigirlos judicialmente. Esto ha permitido en los

países que han adoptado este modelo un desarrollo importante, como que el criterio de equidad formal y material empieza a ser una categoría para que el Estado regule y controle los mercados.<sup>11</sup>

En Ecuador se adoptó el modelo económico social y solidario en la Constitución del 2008 con la finalidad de alcanzar la igualdad y objetivos sociales para lo cual el Estado debe cumplir con un mandato positivo y otro negativo. El primero consiste en la obligación de tratar como desiguales a los desiguales cuando existan causas justificadas (tal es el caso de los niños, mujeres embarazadas, o inclusive al propio consumidor en las relaciones de mercado, etc.) y el segundo, en la prohibición de discriminación a las personas por distinciones no reconocidas a nivel constitucional o legal (básicamente por circunstancias de raza, lugar de nacimiento, participación en el mercado, entre otros).

Con la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi en el 2008, el régimen de desarrollo es conceptualizado no únicamente con un enfoque de crecimiento macroeconómico. Lo que se pretende es un desarrollo integral del ser humano, basado en el buen vivir, en el cual se garantice a los ciudadanos el goce de derechos, se obligue a que ejerzan responsabilidades y tengan armonía con la naturaleza. Este modelo de desarrollo presenta interesantes avances en cuanto a la concepción de un diferente esquema económico en relación a la Constitución de 1998, así de forma general se

---

<sup>11</sup> Ramiro, Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, (Quito:Abya-Yala, 2011), 167-172. Con lo mencionado, se descarta cualquier tipo de participación mínima por parte del Estado dentro del mercado, pues eso implicaría necesariamente una modificación de nuestro esquema constitucional específicamente a aquello relacionado con el modelo de desarrollo, pues lo que se pretendería en ese caso es regresar a un *Estado Liberal*, en el cual se promueve el libre desenvolvimiento y desregularización del mercado y únicamente garantiza un marco jurídico que permita el cumplimiento de estos fines. Bajo esta perspectiva, el citado autor indica que para el modelo liberal únicamente importaban las funciones mínimas e indispensables, siendo estas la necesidad de cuidar el orden público, de ahí el nombre del “estado gendarme”, garantizar la propiedad, comprendiendo de que no es posible la existencia de conflictos diferentes a los particulares y finalmente promover el libre desenvolvimiento del Estado. En contraposición con este modelo, surge la propuesta de un *Estado de Bienestar*, que se presenta como una respuesta a los excesos generados en el mercado, básicamente a los abusos que se dieron de quienes alcanzaron el poder económico y de las condiciones laborales de explotación que buscaban únicamente la generación de recursos para quienes acapararon los medios de producción, por lo que este modelo propone que el Estado debe participar e intervenir activamente en el mercado y en la economía, organizando su estructura orgánica con la mira de realizar prestaciones públicas, sociales y asistenciales, surgiendo derechos económicos y sociales a favor de los ciudadanos, cuya efectivización dependería de las políticas implementadas sin que puedan exigir judicialmente. Se concluye asegurando en la citada obra, que el *Estado Social*, no es más que la conjugación de los dos modelos anteriores, cuyo avance más importante es la constitucionalización de los derechos económicos y sociales, por tanto la posibilidad de ser exigidos, así mencionando a Abramovich y Courtis, se indica que entre los efectos de esta nueva concepción, se considera a la equidad para ser una categoría que permite regular y controlar el mercado, por lo tanto el Estado pasa a ser el ente regulador de la economía, se reconoce las posiciones de los más débiles, entre otros efectos.

fomenta la interculturalidad, el respeto a la diversidad, a la participación, al control social e intenta generar una distribución más equitativa de la riqueza.<sup>12</sup>

De esta forma se entiende, que actualmente nuestra Constitución proclame a la solidaridad como la base sobre la cual se debe levantar la productividad y la competitividad, debiendo responder no exclusivamente a la forma de producción o a los resultados económicos, por el contrario debe tratar de beneficiar al conjunto de la sociedad. Así es como el mercado debe presentar una relación dinámica y equilibrada entre la Sociedad y el Estado, para lo cual se requiere que este sea transparente y eficiente, debiéndose obligatoriamente erradicar prácticas monopólicas y oligopólicas,<sup>13</sup> por lo que se afirma:

En contraste, en la economía social y solidaria que proclama la Constitución del 2008, el mercado pierde esa centralidad en el sistema económico para convertirse en un mecanismo más, junto con otras formas de intercambio justo y de organización económica de tipo comunitario, público, autónomo o mixto, según el artículo 319. No es el afán de lucro el móvil del sistema económico, sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí, con la naturaleza y las futuras generaciones, a esos objetivos deben tender todas las formas de organización económica y así garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y una creciente participación, conforme los artículos 319 y 320.<sup>14</sup>

Ahora, nuestra actual normativa de competencia desleal se levanta sobre el vigente marco constitucional y doctrinario, pero la interrogante es saber si realmente la LORCPM y su Reglamento de aplicación, cubren íntegramente las necesidades de todos los actores del mercado, es decir si su contenido es el adecuado para proteger tanto los legítimos intereses del consumidor como el de los operadores económicos.

## **1.2 Naturaleza jurídica de la competencia desleal**

Este apartado presenta una importancia fundamental en el desarrollo de este trabajo, pues pretende aclarar la ubicación de la competencia desleal dentro del ámbito jurídico, situación compleja, pues de lo analizado en líneas anteriores al tratarse la competencia del bien jurídico tutelado, esta rama del derecho debe dar una respuesta

---

<sup>12</sup> Nicole Pérez Ruales, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*, en Ramiro, Ávila Santamaría ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la Doctrina y el derecho comparado*, 1 ed. (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 207-208.

<sup>13</sup> Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, 1 ed. (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 39-45.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, 40.

adecuada tanto al consumidor como a los operadores económicos que podrían ver afectados sus intereses en aquellos casos en los cuales sus competidores utilicen mecanismos alejados a las conductas honestas dentro del mercado.

El objetivo del derecho de la competencia desleal, es simplemente alcanzar un adecuado funcionamiento del mercado, para lo cual es necesario inclusive la intervención del poder público ante los excesos que puedan presentarse por parte de quienes pretenden tener una participación en el mismo y cuyas actuaciones podrían perjudicar a sus participantes.

Entiéndase que la afectación bajo estos criterios puede realmente llegar a efectivizarse en contra de los intereses de los empresarios que concurren a ofertar sus productos o servicios, así como en contra de los consumidores, traducidos en sus legítimos intereses económicos. Bajo este concepto la LORCPM invoca al concepto de lealtad, para poder implantar un límite entre lo que resulta tolerable como algo propio dentro de la actuación concurrencial de un operador económico en el mercado y aquella conducta que debe ser sancionada al tratarse de una infracción, bajo el principio de legalidad.<sup>15</sup>

La Constitución recoge como garantías fundamentales la obligación del Estado de promover e impulsar las iniciativas privadas y el desarrollo de las actividades económicas dentro del marco legal. Es decir, que bajo esta lógica el Estado está obligado a garantizar el desarrollo de cualquier tipo de iniciativa privada siempre que esta no esté prohibida y cumpla con los requisitos legales vigentes.

Sin embargo, es necesario anotar que frente a esta garantía fundamental que permite la concurrencia en el mercado, existe una reserva de potestades a favor del propio Estado para intervenir en las actividades de los particulares, bajo ciertos condicionamientos. En otras palabras, se genera una especie de balanza en la cual de un lado se garantiza como parte de la consecución del Buen Vivir el fomento a la iniciativa que puedan presentar las personas que quieran intervenir en cualquier tipo de actividad económica lícita y por otro lado, se genera una explícita potestad administrativa sancionadora en la cual se puede castigar a todo aquel que en el desarrollo de cualquier

---

<sup>15</sup> Juan Carlos Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, 1 era. ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 394-9.

tipo actividad pecuniaria –sea esta comercial, industrial o de servicios– incurra en prácticas de competencia desleal<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva, esta rama del derecho será considerada como la figura que reprende a la competencia ilícita por desleal, que se verificará como el incumplimiento del deber de actuar bajo los principios de la buena fe objetiva<sup>17</sup> traducida en los usos comerciales honestos, reiterando que los intereses protegidos no serán únicamente aquellos de los competidores que resulten directamente afectados con estas irregulares prácticas concurrenciales, sino además las aspiraciones de los consumidores que buscan satisfacer sus necesidades en un ambiente de sana competencia.<sup>18</sup>

Sobre la naturaleza jurídica de la competencia desleal, debido a la convergencia de intereses tanto particulares como públicos hacen que esta rama del derecho sea tan

---

<sup>16</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008, art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada; y...

art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

<sup>17</sup> Al referirnos a este concepto indeterminado, resulta obligatorio remitirnos a la doctrina desarrollada en el Derecho Civil, siendo oportuno citar a Arturo Alessandri quien al desarrollar la culpa como elemento de responsabilidad extracontractual se refiere al concepto de Demogue, autor que identifica a esta característica bajo la concurrencia de dos condiciones, una falta de buena fe objetiva y otra la ausencia de buena fe subjetiva, la primera relacionada a la obligatoria lesión del derecho ajeno y la segunda a la posibilidad de haber previsto o podido prever que se lesionaba ese derecho. Alessandri, por su parte considera que existe culpa –entendida esta como un elemento básico para la presencia de una responsabilidad contractual o extracontractual–, en aquellos casos en los que la buena fe se vea superada por un error de conducta que implique un accionar basado en el descuido, la imprudencia, la negligencia, la falta de precaución, etc., sin que sea necesario una infracción al ordenamiento jurídico. En conclusión, culpa siempre existirá cuando no se actúa como se debiere, en definitiva cuando no se hace lo debido. Arturo, Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, S/E (Santiago de Chile: Ediar, 1983), 162-175.

Pero la buena fe objetiva en el ámbito contractual, ha sido desarrollada por la doctrina argentina, la cual la refiere no solamente como la fidelidad a los compromisos asumidos, equivalentes al respeto de la palabra empeñada, sino que además exige que las partes contractuales tengan una actividad positiva; que hagan todo aquello que resulte exigible de personas probas y honestas en idénticas circunstancias a fin de que las prestaciones contractuales sean correctamente ejecutadas, de forma tal que las partes no deberán conformarse con la simple fidelidad hacia el tenor literal de las partes, sino exigiendo además una lealtad que sea acorde con la voluntad estipulado por los contratantes. Javier Humberto Facco, “El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino”, *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2009, 159-160.

<sup>18</sup> Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, 15 ed., Volumen 1 (Madrid: Tecnos, 2008), 193-5.

particular al momento de su ubicación doctrinaria. Al respecto, Sánchez-Calero al referirse a la Ley de Competencia Desleal española indica:

Aunque coexisten estos intereses (público y privado), generalmente han sido los empresarios quienes han pedido una protección contra la competencia desleal. Es más, ha habido una cierta tendencia a exagerar por parte de los empresarios al calificar como actos desleales a simples actos de competencia, lo que se ha debido quizá a la propensión natural de tratar de evitar lo que perjudica y a no reconocer la superioridad del adversario. La Ley ... de competencia desleal, aun ofreciendo una tutela a los empresarios perjudicados por actos de competencia desleal, ha querido extender esa protección a otras personas afectadas en sus intereses por esos actos. Para ello ha legitimado para ejercitar las acciones contra el acto de competencia desleal no sólo a los directamente perjudicados o amenazados (frecuentemente los empresarios competidores), sino también a otras personas cuyos intereses se vean perjudicados o afectados por dichos actos (como pueden ser las asociaciones de competidores, asociaciones profesionales, consumidores, etc.), aun cuando no siempre puedan ejercitar las mismas acciones.<sup>19</sup>

Bajo esta perspectiva, se debe afirmar que la competencia desleal, como rama del derecho pertenece al área mercantil, esto a pesar de que en su esencia está encaminada a la protección tanto de intereses privados, representados por los derechos de los operadores económicos que actúan en el mercado, así como también a cuidar de intereses públicos relacionados con los derechos de los consumidores. En definitiva, esta particular rama del derecho mercantil deberá garantizar la no vulneración de derechos tanto de empresarios o de los consumidores, otorgando inclusive al propio Estado la posibilidad de actuar directamente con la finalidad de corregir las externalidades negativas que por conductas desleales se comentan en el mercado.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, es pertinente consultar ¿es posible que el derecho mercantil pueda responder frente a esta doble necesidad que presenta el derecho de la competencia desleal al momento de su aplicación?.<sup>20</sup> La respuesta es afirmativa, con el matiz de que la legislación comercial puede abarcar y tutelar todos estos intereses, siempre y cuando se aleje de su concepción restringida en la cual el derecho mercantil es simplemente un conjunto sistemático de normas y principios, que si bien se alejan del derecho civil o común, están delimitados en cuanto a que se aplican únicamente al comerciante o a las sociedades mercantiles y a la regulación de los actos

---

<sup>19</sup> Fernando, Sánchez Calero y Juan, Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 27 ed., Volumen 1 (Madrid: McGRAW-HILL, 2004), 125.

<sup>20</sup> Interrogante que de manera amplia, por compartir la misma naturaleza jurídica debe entenderse o es perfectamente aplicable al Derecho de la Competencia en General, pues nos referimos a los mismos intereses que deben estar debidamente tutelados.

objetivos de comercio. En conclusión, es posible tutelar intereses tanto privados como públicos, cuando esta rama del derecho mercantil se distancia de los criterios considerados como los *núcleos históricos* de esta materia.<sup>21</sup>

La institucionalidad del derecho mercantil, actualmente es considerado como un verdadero derecho de mercado, cuya finalidad es precisamente ponerse al servicio del funcionamiento de una economía de mercado,<sup>22</sup> siendo una respuesta y una herramienta para los constantes cambios que se presentan en la sociedad. Esto significa que los cuerpos normativos amparados por esta rama jurídica deberán garantizar una protección a los derechos frente a las actividades realizadas por el empresario y otros operadores económicos, sin que esto implique generar una limitación a principios regidos exclusivamente por el derecho privado. La regulación que contiene el derecho mercantil es mucho más amplia, ya que necesariamente surgirán otras disciplinas jurídicas, con normativas variadas que se agruparan para incidir -en el caso de la competencia desleal- en el correcto funcionamiento del mercado y en la tutela de la competencia como bien jurídico, en la cual están presentes preceptos y principios del derecho público, para proteger los intereses generales, específicamente las aspiraciones de los consumidores.<sup>23</sup>

En consecuencia, la competencia desleal por su naturaleza jurídica está amparada por el Derecho mercantil, concebido bajo una perspectiva moderna y amplia en la cual

---

<sup>21</sup> Francisco, Vicent Chulia, *Introducción al Derecho Mercantil*, 21 ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 42-7. Esta noción restringida del Derecho Mercantil presenta las mismas limitaciones que pueden ser observadas en la legislación ecuatoriana, y que han generado un obstáculo al tratar de entender que esta rama del derecho **no únicamente** va a tratar de generar una respuesta a relaciones en las que existe un conflicto de intereses particulares, a manera de ejemplo de lo afirmado basta con la revisión del Código de Comercio en sus artículos 1 al 3.

<sup>22</sup> Desde luego, que para el caso ecuatoriano este presentará peculiaridades, como es el caso de un modelo de desarrollo que ya no únicamente busca el frío crecimiento económico, que podría traducirse en un mayor poder adquisitivo del ciudadano, sino por el contrario, ubica al ser humano en el centro del sistema económico bajo concepciones antropológicas que tienen sustento en los principios de interculturalidad, tal es caso del Buen Vivir o la calidad de vida que se le pretende dar a los miembros del Estado ecuatoriano.

<sup>23</sup> Fernando, Sánchez Calero y Juan, Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 27 ed., Volumen 1 (Madrid: McGRAW-HILL, 2004), 16-7, al respecto este autor hace referencia a los criterios técnicos para la delimitación del concepto del Derecho Mercantil, así indica: a) Una concepción tradicional en la cual considera que esta rama del Derecho, simplemente se enfoca en el derecho privado de comercio y de las actividades económicas que puedan asimilarse a él; b) Una segunda concepción en la cual se le considera simplemente como Derecho de los negocios, en el cual participan empresarios y particulares, lógica seguida por el sistema norteamericano que ha aplicado el término Business Law; c) La concepción que indica que estamos frente a un Derecho privado de la organización capitalista, lo que implica una vaguedad que generaría una seria complicación frente a la limitación de esta área del derecho. Por lo tanto el citado autor exige que el derecho Mercantil debe dejar de ser considerado como una unidad y en sustitución a ello debería establecerse un sistema de unidades o conjuntos normativos que van a permitir la aparición de otras disciplinas modernas; surgiendo finalmente así una **concepción moderna** bajo la cual se desarrolla este trabajo de investigación.

cabe perfectamente la posibilidad de garantizar tanto el interés privado representado por los intereses de los operadores económicos y el interés público representado principalmente por las aspiraciones de los consumidores. Por lo tanto, ninguna normativa que regule a esta área del derecho, al menos en principio, debería dejar de tutelar a esta doble faceta, pues al hacerlo estaría negando herramientas procesales para exigir el reconocimiento de derechos, lo que daría lugar a una clara indefensión a quien injustificadamente se le niegue la oportunidad de presentar sus pretensiones para ser valoradas conforme los principios del debido proceso.

### 1.3. Los comportamientos desleales

En este punto, es necesario acercarnos a la definición de lo que es un comportamiento desleal. Quizá por una razón didáctica, conviene apegarnos inicialmente al desarrollo doctrinario de lo que engloban los principios, para concluir con las referencias normativas vigentes en nuestra legislación.

Así, cuando hacemos referencia a los comportamientos desleales, obligatoriamente debemos hacer mención a la conducta de lealtad<sup>24</sup> exigida a los actores del mercado que tratan de acaparar la atención de los consumidores. Por lo tanto la ley debe hacer referencia a lo que puede ser concebido como tolerable dentro del desenvolvimiento concurrencial de los operadores económicos y en contraposición, a aquella actuación, que resulta ser sencillamente inadmisibles y por tanto merecedora de una sanción al encontrarse frente a un acto ilícito. Así el “bien jurídico tutelado por estas normas es la concurrencia o competencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico, sin excesos inaceptables”.<sup>25</sup> De esta forma, la realidad del mundo económico y los comportamientos desleales jamás podrían desconocer la existencia de la necesaria competencia entre quienes ofertan sus productos o servicios en el mercado, es más lo que se requiere es incentivarla para que se pueda otorgar una mayor información al consumidor.

---

<sup>24</sup> Consiente que se trata de un trabajo académico, por simple que parezca considero fundamental realizar una referencia expresa a la *lealtad* como un término que según la Real Academia de la Lengua Española se relaciona al significado: 1. Del cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien y 2. A la legalidad, verdad, realidad. <http://dle.rae.es/?id=N2C1OiZ>.

<sup>25</sup> Juan Carlos Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo Marín Sevilla editores, *Competencia digestos ecuatoriano*, 396.

Por lo tanto, lo que abarca el comportamiento desleal, hace referencia a aquellas actuaciones deshonestas que se cometen en el afán de acaparar a más clientes por medio del engaño o de la desacreditación del resto de competidores, a manera de una simple comparación podríamos afirmar que a quién participa en una disciplina deportiva como la natación no se le podrá prohibir que se levante en la madrugada para ejercitarse o gaste recursos en centros de alto rendimiento en distintos países con el objetivo de justamente mejorar su capacidad física en los diferentes torneos, lo que no sería admisible es que consuma sustancias prohibidas que mejoren su rendimiento porque eso merecería una sanción. De igual manera ocurre con el comportamiento en el mercado por parte de los operadores económicos, jamás se podría limitar al comerciante o al industrial en su creatividad al momento de vender, ya que para ello será necesario que se alinee con las necesidades de los clientes, lo que podría implicar realizar ciertas críticas o comparaciones tolerables a los productos de sus competidores. Tampoco sería adecuado prohibir que invierta en bienes de capital que le permita tener una mejor característica a sus productos o servicios. Por lo tanto, sí será objeto de una sanción el realizar actos que implique mentir, confundir o engañar al consumidor sobre los atributos del producto que se oferta en el mercado así como desacreditar o denigrar a la producción de los bienes comercializados por su competidor.

Partiendo de lo descrito, en la obra de la colombiana Consuelo Gacharná<sup>26</sup> se sugiere que bajo la teoría de la responsabilidad civil para poder materializar una indemnización producto de un acto de competencia desleal debe verificarse la presencia de diferentes elementos entre los cuales están:

**-El daño;** elemento que bajo esta concepción exige que efectivamente se verifique el daño producido a otro competidor, es decir que este se genere o que se concrete de una forma efectiva, debiendo traducirse en un perjuicio económico, cuya afectación se generaría en contra del patrimonio de la víctima. Así, este elemento exige un tipo de afectación que se produzca de una forma cierta, concreta y ocasionando un perjuicio económico, por lo tanto, se lo podría asemejar a la institución jurídica del daño moral. En conclusión, para que exista una sanción bajo este criterio por actos de competencia desleal deberá materializarse la existencia de un perjuicio cierto y directo y en caso de generarse un posible perjuicio futuro, únicamente podrá haber un

---

<sup>26</sup> María Consuelo Gacharná, *La Competencia Desleal*, (Bogotá: Temis, 1982), 49-52.

reconocimiento económico cuando el juzgador tuviera la certeza de que va a ocasionarse y debiendo tener la posibilidad de valorarse inmediatamente.

- **La culpa**; en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual se exige como segundo elemento y con carácter eminentemente subjetivo, la presencia de la culpa<sup>27</sup> entendida como aquel accionar atribuido a una persona que no actúa con la debida diligencia o prudencia al momento desarrollar sus actividades. Lo que aplicado a nuestra materia de estudio exigiría que el autor de un acto de competencia desleal deba necesariamente presentar un elemento intencional, lo cual genera una complejidad alta al momento de la carga probatoria para la víctima. Con esta exigencia en el proceso debería demostrarse este elemento subjetivo, probando ante la autoridad administrativa o jurisdiccional la intencionalidad anticoncurrencial con la cual actuó el operador económico.

En palabras de la tratadista citada, este elemento "...se traduce en la exigencia de que el autor del acto competitivo haya obrado con un elemento intencional, en ausencia del cual su conducta no pasará de ser moralmente censurable, y sabido es que la demostración positiva de este tipo de elemento subjetivo-intencional es una de las que mayor dificultad ofrece..."<sup>28</sup>

-**Relación causal entre la culpa y el daño**; finalmente bajo la lógica de la responsabilidad civil extracontractual para que se configure el acto de competencia desleal, este debe ser una consecuencia del hecho culposo imputable al operador económico, a quién se le podrá obligar al resarcimiento de la indemnización de los

---

<sup>27</sup> Ecuador, *Código Civil (2005)*; en Registro Oficial No. 46, Suplemento (25 de Junio del 2005), Título Preliminar, artículo 29. En nuestra legislación la culpa como concepto jurídico implica un elemento subjetivo que puede presentarse por medio de cualquier de las especies transcritas en el párrafo anterior, pero cuyo denominador común es el accionar negligente o carente de cuidado.

"La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro."

<sup>28</sup> María Consuelo Gacharná, *La Competencia Desleal*, (Bogotá: Temis, 1982), 51.

daños ocasionados, afirmándose que “sin la mediación de aquella conducta los intereses de la víctima no hubieran sido lesionados”.<sup>29</sup>

La teoría analizada perdió vigencia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, debido básicamente a dos aspectos: a) La competencia desleal bajo esta visión civilista perdía su contenido preventivo, que resulta ser fundamental en esta rama del derecho, pues la finalidad es evitar que se produzcan actos de competencia desleal, generando igualmente una sanción cuando dichos actos se concreten por parte de un competidor, y; b) lo complejo que resulta el establecer el elemento subjetivo o intencional exigido para la carga probatoria al momento de intentar demostrar una conducta de competencia desleal.<sup>30</sup>

Por otro lado, surgieron criterios que pretenden desmarcarse de teorías apegadas al ámbito civilista, buscando un desarrollo propio y diferenciado de esta rama del derecho en cuanto a los elementos constitutivos del acto de competencia desleal, los cuales a criterio de Sebastián García Menéndez se tratan de “los pilares en los que se basa esta disciplina en su concepción más actual”<sup>31</sup>, debiendo citar los siguientes:

1.- **El requisito de acción y omisión**, el cual exige que el acto de competencia desleal debe exteriorizarse en el mercado, es decir que supere el fuero interno o que no se quede en la estructura organizacional interna del operador económico. Este requisito, al referirse a la externalización no únicamente hace referencia a la acción positiva del cometimiento de conductas desleales sino también a la omisión y abstención que podría presentar un operador económico frente a estos actos.

Los actos u omisiones que atenten a la lealtad entre actores del mercado no requieren que se sean cometidas en contra de sus operadores, es más se asegura que “el comportamiento desleal no exige que entre actor y perjudicado exista una relación de competencia”.<sup>32</sup>

2.- **El acto de competencia desleal debe ser de carácter objetivo**, lo que significa comprender a criterio del autor citado, que la disciplina estudiada no pretende *prima facie* reprimir la conducta inadecuada de un operador económico, sino que su

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, 51.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, 52

<sup>31</sup> Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2004), 49-54, en este punto la doctrina actual se desarrolla bajo los criterios de este autor argentino.

<sup>32</sup> Francisco, Vicent Chulia, *Introducción al Derecho Mercantil*, 21 ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 748.

finalidad última será generar un funcionamiento correcto entre competidores. En otras palabras, las tendencias modernas ponen énfasis en el carácter preventivo de esta materia que busca evitar el daño que se puede llegar a producir entre los competidores. De esta manera (a diferencia de las teorías cercanas al derecho civil) no importará la intención con la cual actuó una persona natural o jurídica al promover un acto desleal o la cuantificación e individualización del daño ocasionado al competidor.

Lo importante en cumplimiento de este requisito es que el acto objetivamente considerado, que va en contra de los usos y costumbres mercantiles dentro del mercado, deberá ser corregido por el ordenamiento jurídico vigente.

De lo dicho, podemos concluir que no interesará si es que existió o no la intención de cometer un acto de competencia desleal por parte de un operador económico. Se descarta de plano esta valoración subjetiva, es decir “no hay que esperar juzgar la intención de afectar al empresario u operador económico, basta con que su conducta sea realizada en el mercado, sea contraria a los parámetros elegidos para calificar la deslealtad del acto y que afecte o pueda afectar a la competencia” .<sup>33</sup>

3.- **Ilícito de Peligro**, requisito que lleva implícita una lógica distinta al momento de valorar un acto de deslealtad concurrencial, pues bajo esta característica no es necesaria la verificación de un daño o tampoco de un perjuicio patrimonial, pues para esta concepción bastará con que se pueda llegar a generar el peligro para que una conducta sea considerada como desleal. Es decir, la autoridad competente no deberá exigir la verificación del perjuicio ocasionado a otro competidor para proceder a sancionar una conducta alejada de la lealtad dentro del mercado.

Esta característica, a criterio de García Menéndez resulta clave para diferenciar a los actos de competencia desleal con los relacionados al ilícito civil, pues en estos últimos es necesario que el daño se produzca de una forma efectiva, que realmente llegue a producirse y además en la realización de los mismos deben estar vinculados la presencia de elementos como la culpa o el dolo de quien los ejecuta.

En conclusión, el ilícito de peligro que debe ser valorado como elemento de los actos de competencia desleal está relacionado de forma directa con una simple función de prevención que busca generar el derecho a la competencia desleal. Este criterio es de importancia suprema dentro de nuestra rama de estudio, pues permite que cuando la

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, 52

conducta se encuadre dentro de la definición de un acto alejado a la lealtad concurrencial inmediatamente deberá activarse de forma directa la aplicación de la imputación y el castigo. De forma tal, que se evita o no será exigible la tediosa y compleja carga probatoria para tener que demostrar el componente subjetivo del operador económico que pretendió beneficiarse directamente o indirectamente con su accionar, quedando en un campo secundario –para efectos de esta valoración- el daño patrimonial ocasionado al resto de competidores.<sup>34</sup>

4.- **Naturaleza extracontractual**, para el autor citado la nueva concepción de los actos de competencia desleal responden a este tipo de naturaleza jurídica por regla general, dejando de lado a los supuestos fácticos que provienen de una relación contractual, a pesar que varios de los tipos anti concurrenciales puedan precisamente nacer de un incumplimiento de este tipo.<sup>35</sup>

5.- Adicionalmente, como un último requisito podríamos mencionar **la necesidad de que el acto de competencia indebida sea idóneo para producir un perjuicio**. De esta manera, para la concepción analizada el acto inofensivo o que se encuentre dentro del margen de lo tolerable no podrá ser calificado como desleal. Así mismo (nuevamente ligado al criterio preventivo) será necesario que el ordenamiento jurídico vigente asista al operador económico que pueda llegar a ser víctima de un eventual perjuicio por el comportamiento de su competidor o de una persona ajena que pretenda con sus actos beneficiarlo, independientemente de que el daño llegue a producirse pues su verificación no será necesaria para la calificación y juzgamiento de un comportamiento desleal.

Sin embargo, la prueba del daño ocasionado será importante cuando se exija la reparación del perjuicio sufrido, debiendo obligatoriamente probarse su materialización,

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 52-53

<sup>35</sup> Este criterio no es absoluto, ni general para Francisco, Vicent Chulia, *Introducción al Derecho Mercantil*, 21 ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 749. Según su entender el ilícito concurrencial desleal reúne casi todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual, sin que esta sea una característica exclusiva, así se trata de una acción, en donde pueden estar presentes actos de confusión, engaño, denigración, violación de secretos o también puede verificarse por intermedio de una omisión en el cual puede encontrarse la negativa para efectuar ventas dentro del mercado; además es antijurídica por lo tanto contraria a la Ley o a la buena fe; además debe ser imputable, culpable y dañosa, aclarando por parte del autor que estos dos últimos elementos deben estar presentes solo en los casos en los que se exija daños y perjuicios; y por último deberá ser punible.

Además aclara, que a diferencia del Derecho Penal y Administrativo Sancionador, no será indispensable que la conducta caiga dentro de una de las tipificadas en las cláusulas especiales que determine la Ley, pues al estar dentro del campo del Derecho Privado, en el cual se puede aplicar una cláusula general, esta rama del derecho se desarrollará en base a principios y no se fundamenta en normas concretas.

pues tampoco sería viable que por medio de esta institución mercantil se logren indemnizaciones fundamentadas en el daño valorado subjetivamente o fundamentados en la moral.<sup>36</sup>

Con este principio se pone nuevamente en relieve la característica preventiva que consagra el derecho de la competencia desleal, lo que explica que no sea necesario para el establecimiento de una sanción o una orden de abstención la verificación del daño como tal, pero este elemento resulta imprescindible al momento en el cual el operador económico afectado solicite el reconocimiento de las indemnizaciones correspondientes. Así, por ejemplo si un empresario es objeto de denuncias falsas emitidas por su competidor a través de una página web de limitado alcance para sus clientes o porque dicha página fue bloqueada al día siguiente de las publicaciones desleales, se habrá configurado el ilícito pero no el fundamento para solicitar un resarcimiento pecuniario, situación que es diferente si a raíz de la publicación se evidencia una disminución en la clientela del operador económico afectado.

Analizada la concepción civilista y la tendencia moderna generada sobre la competencia desleal, es imprescindible para el análisis de estas corrientes hacerlo bajo el parámetro de nuestra realidad legislativa. Al respecto la definición y los elementos de las prácticas desleales son desarrolladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en los artículos 25 y 26<sup>37</sup> del citado cuerpo normativo.

---

<sup>36</sup> María Consuelo Gacharná, *La Competencia Desleal*, (Bogotá: Temis, 1982), 57-61. Esta autora, al tratar las concepciones modernas para la valoración de los actos de competencia desleal, concluye manifestando que son necesarios dos requisitos: 1) Un elemento subjetivo, referido no a un aspecto de intencionalidad, sino referido de forma exclusiva a la persona del autor del acto, quien puede ser competidor directo del operador económico afectado o una persona que de manera indirecta, en calidad de intermediario pueda beneficiar a ese competidor como en el caso de las compañías cuyo objeto social es la publicidad; y, 2) Un elemento objetivo, que se refiere al acto en sí mismo el cual debe ser: a) de competencia, de tal forma que su cometimiento pueda desplazar la demanda a favor de quien lo realizó; b) ser censurable de acuerdo con criterios de honestidad comercial, rectitud en la competencia y sana lucha; y; c) ser adecuado para generar ocasionar un perjuicio de tipo material, en contra de otro competidor.

<sup>37</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 25**: Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. 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.

En nuestra legislación los actos de competencia desleal se conciben como un hecho, acto o práctica que puede presentarse en cualquier tipo de actividad económica sea esta comercial, industrial o de servicios y estará caracterizada por: a) atentar en contra de los usos y costumbres honestos en el desarrollo de las actividades económicas; b) que la conducta del infractor al momento del cometimiento de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre los efectos y consecuencias que puede acarrear su accionar. De esta forma, el elemento subjetivo del operador económico que vulnera la Ley es indiferente al momento de calificar la conducta anticoncurrencial, por lo que la intencionalidad de causar un daño sería un elemento agravante que podría incrementar la sanción administrativa que se imponga o la indemnización pecuniaria reconocida a favor del competidor afectado; c) no requiere como elemento constitutivo, la verificación del daño ocasionado en un operador económico como consecuencia del cometimiento de una práctica desleal, siendo un requisito el demostrar simplemente el riesgo potencial de llegar a sufrir un daño, es decir, que bajo este criterio el acto de competencia desleal se producirá tanto cuando un producto que se oferte en las perchas de un supermercado promocione características que generen engaño en contra de los consumidores que lo adquieren por esas particularidades, así como cuando esos mismos productos sean decomisados previo a su exhibición u oferta pública; y, d) obligatoriamente el acto de competencia desleal - cuando no afecte al ejercicio de derechos de propiedad industrial- deberá atentar a la eficiencia económica y al bienestar general o a los derechos de los consumidores.

La Superintendencia de Control del Poder del Mercado, al definir las prácticas desleales ha indicado en las resoluciones sobre el tema y en consonancia con lo desarrollado hasta el momento, lo siguiente:

---

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley...

**Artículo 26:** Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.

El artículo 1 de La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado fija como su objeto en lo que respecta a prácticas desleales, el prevenirlas, prohibirlas y sancionarlas “buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo, y el bienestar general a los derechos de los consumidores y usuarios”. En concordancia con lo que establece el artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que manifiesta que: “La Superintendencia de Control de Poder del Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general a los derechos de los consumidores o usuarios. Los artículos 25 y 26 de la LORCPM, definen dichas prácticas y establecen lo que se encuentra prohibido en esta materia respectivamente. De tales disposiciones se desprende que su aplicación se dirige a las relaciones entre competidores en el mercado, por actos que inciden en el sistema económico. Los elementos que conforman una práctica desleal son: (i) la finalidad concurrencial; y (ii) la afectación al proceso competitivo, es decir, la forma en que los operadores participan, ya que al hablar de prácticas desleales interesa la forma en la que los operadores se relacionan entre sí (leal o deslealmente), debiendo garantizarse una relación de lealtad y sana competencia...<sup>38</sup>.”

De lo observado, concluimos que al menos en la definición de los comportamientos desleales la legislación ecuatoriana adopta la tendencia moderna pues reúne sus elementos característicos, dejando en esta parte sustantiva una marcada distancia con la tendencia civilista y comprendiendo que se trata de una rama autónoma que pretende –al menos en principio- dar una respuesta a todos los operadores económicos con la finalidad de sanear el mercado y fomentar la competencia adecuada.

#### **1.4. Ámbito de protección y finalidad.**

##### **1.4.1. Ámbito de protección**

Entendida la esencia misma de lo que comprenden los actos de competencia desleal, corresponde realizar un análisis doctrinario del ámbito de protección o campo de aplicación de la materia en estudio, así como la finalidad que persigue para generar una adecuada tutela judicial a todos los actores del mercado.

En este sentido, es conveniente indicar que los actos desleales deben ser realizados en el mercado y por agentes económicos que tengan intereses similares al

---

<sup>38</sup> Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado, Expediente SCM-CRPI-2015-072, Caso Industrial Ales S.A., Comisión de Resolución de Primera Instancia, 15 de Abril del 2016.

disputarse la preferencia de los consumidores, quienes podrán actuar directamente o a través de un tercero que busque beneficiar a un determinado competidor.

Para Broseta Pont y Martínez Sanz,<sup>39</sup> en materia de competencia desleal se pueden identificar tres campos de acción para la aplicación de nuestra normativa, siendo estos el objetivo, subjetivo y territorial.

El **ámbito objetivo**, se refiere a que esta rama del derecho sancionará aquellas conductas desleales efectivamente realizadas y con una finalidad concurrencial, entendiéndose como tal a cualquier acto o hecho que pueda ser adecuado para tener efectos de promoción o certeza en cuanto a su difusión en el mercado.

De tal forma, este requisito no necesita como presupuesto de sanción que exista una efectiva competencia entre quien ejecuta la conducta desleal y el ofendido, pues esta actuación claramente puede ser ejercida por un tercero. Por lo tanto, si se realiza una comparación entre dos o más artículos ofertados, que hagan referencia a las características de dichos productos con la finalidad de desprestigiar a uno de ellos por su lugar de origen, claramente estaríamos frente a una actuación que se configura como un acto de competencia desleal, sin importar que la misma sea ejecutada por quien tiene interés directo o por alguien extraño a esa rama del comercio. Resulta evidente que en el segundo caso invocado la actuación descrita potencialmente pueda beneficiar de manera indebida a un operador económico.

A manera de ejemplo, podremos concluir que una conducta desleal dentro del ámbito objetivo estará presente ya sea cuando un agente económico cuya distribución exclusiva sea la de automóviles americanos, esté realizando directamente publicidad para desprestigiar a los vehículos chinos, como también cuando un presentador de un programa televisivo, sin ninguna clase de sustento técnico, por simples referencias o prejuicios personales denigre al producto asiático en general y mencione que los productos elaborados en Norteamérica cumplen con los requisitos más altos de seguridad, versatilidad, diseño, sustentabilidad con el medio ambiente, etc.

En cuanto al **ámbito territorial**, será necesario que las prácticas desleales afecten al mercado nacional en el cual se presenten, para el caso ecuatoriano se requiere

---

<sup>39</sup>Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, 15 ed., Volumen 1 (Madrid: Tecnos, 2008), 195-7.

adicionalmente la necesidad de constatar la afectación general a la eficiencia económica, al bienestar general o a los intereses de los consumidores.<sup>40</sup>

Por último, cuando nos referimos al **campo subjetivo** no haremos referencia exclusiva a los empresarios que en principio vendrían a ser los receptores de esta clase de normas. Al contrario, el abanico de aplicación es mucho más amplio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano<sup>41</sup> pues podrán ser comerciantes, industriales, prestadores de servicios y en general la norma se direcciona a todo aquel que tenga un vínculo o participación en el mercado, aspecto al cual haremos referencia en el próximo apartado de manera más profunda.

#### **1.4.2. Finalidad del derecho de protección contra la competencia desleal**

Dentro de este apartado analizaremos las características que nos permiten comprender el alcance de protección del derecho de la competencia desleal en búsqueda de una correcta tutela efectiva de derechos.<sup>42</sup> Siendo estas:

a) El fin último del derecho de protección contra la competencia desleal es la protección de la competencia precautelando el interés de todos aquellos que intervienen en el mercado. En consecuencia importa no solo el interés individual de los operadores económicos sino además un interés colectivo en el que van a destacar los derechos de los consumidores, a quienes se les debe dotar de las acciones necesarias para exigir la tutela de sus derechos.

---

<sup>40</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art.** 26 inciso 1.

<sup>41</sup> *Ibíd.* Artículo 25, otra normativa sigue el mismo criterio amplio de aplicación subjetiva, tal es el caso de la Ley de Competencia Desleal española, que en su artículo 3 indica “La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”.

<sup>42</sup> El profesor Costa Comensaña, en su obra *El concepto de acto de competencia desleal*, citado por Anxo Tato Plaza y otros, en *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, (Madrid: La Ley, 2010), 113. Indica que: “cuando nuestra constitución económica consagra la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado está protegiendo las tres libertades individuales que constituyen los tres elementos constitutivos de la competencia económica: la libertad de acceso al mercado, la libertad de acción de los operadores económicos, y la libertad de elección de los consumidores y usuarios. En este sistema competitivo corresponde a los consumidores y usuarios la esencial función de comparar racionalmente las prestaciones ofrecidas y elegir la mejor, otorgando el triunfo al operador más eficiente en perjuicio del ineficiente. Pero para que esta función de selección o darwinismo económico, consustancial a todo sistema competitivo que actúa en beneficio del interés general, sea acertada o eficiente es necesario garantizar la existencia real de aquellas otras libertades, pero también que la libertad de actuación en el mercado es utilizada para luchar en base a la bondad (precio, calidad, servicio al cliente, etc.) de las propias prestaciones, entendiéndose por prestación no sólo el producto o servicio ofertado, sino también, y muy especialmente, la actividad publicitaria dirigida a convencer a la clientela acerca de la bondad de su oferta.”

b) El derecho de protección contra competencia desleal, tendrá por objetivo fiscalizar la debida actuación de todos quienes operan en el mercado, que promuevan productos o servicios propios o de terceros, por lo tanto no serán solamente los empresarios los sujetos a esta normativa sino todos aquellos que puedan tener una injerencia directa o indirecta en la competencia leal exigida.

c) La finalidad de esta rama del derecho no se concentrará por lo tanto en la demostración de la existencia de una relación comercial entre el legitimado activo y pasivo de la acción de competencia desleal, pues se podrán cometer prácticas desleales por quienes sin ser operadores económicos con su actuación puedan afectar los derechos de un ofertante de bienes y servicios.

d) La actuación del operador económico será valorada, según nuestra LORCPM a la luz de los usos honestos comerciales aplicables, criterio que en principio resulta ser evidentemente subjetivo y peligroso al momento de valorar la existencia de un acto de deslealtad comercial.<sup>43</sup> Pero es pertinente en la medida en que las actuaciones de los operadores económicos en el mercado pueden ser de las más variables, diversas y altamente cambiantes durante el transcurso del tiempo.

Sin embargo, resulta necesario puntualizar la forma en como la legislación ecuatoriana pretende cumplir estos conceptos doctrinarios relacionados al ámbito de protección y finalidad. En este sentido nuestro desarrollo legislativo no ha variado de lo presentado en países como España, Argentina o Colombia en donde la definición de las conductas contrarias a la lealtad concurrencial se presentan mediante una *cláusula general*.

Este mecanismo ha sido adoptado ante la imposibilidad de poder detallar o describir cada una de las conductas que puedan ser catalogadas como desleales, por lo tanto se ha optado por parte del legislador en hacer constar una cláusula general en la que únicamente se mencionan los elementos que debe cumplir el supuesto anticoncurrencial. Se trata de un mandamiento general para la valoración de las conductas desleales en el mercado, impidiendo que se den prácticas deshonestas y consagra la exigencia de la ética que tiene que verificarse en las actividades económicas

---

<sup>43</sup> Fernando, Sánchez Calero y Juan, Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 27 ed., Volumen 1 (Madrid: McGRAW-HILL, 2004), 127.

que se desarrollan en el mercado,<sup>44</sup> situación compleja pues –reitero- se genera un amplio pero necesario espacio de subjetividad al momento de la valoración del supuesto fáctico que puede ser sancionado.

Su aplicación, resulta necesaria debido a que la conceptualización del acto como tal de competencia desleal resulta ser muy complejo, al punto de encontrar diversos criterios de cómo debe ser enfocada su regulación y las sanciones aplicables, a lo cual debe sumarse el inconveniente –para estos efectos- de la evolución permanente del mercado.

En este sentido, la aplicación de una cláusula de este tipo que tenga por objetivo la definición de manera general de lo que debe entenderse por deslealtad en el mercado contribuirá para que la actuación de la autoridad competente -sea esta administrativa y en ciertos casos jurisdiccional- al conocer esta clase de actos aplique criterios de valoración concretos sobre los diferentes supuestos planteados a su conocimiento; y además contribuirá para que incluso el operador económico, conozca aún en términos generales, cuando su conducta podría o no ser considerada como atentatoria a la lealtad comercial.<sup>45</sup>

Pero además, la característica de esta cláusula general es que resulta ser eficiente para poder lograr una tipificación de los actos de competencia desleal que pueden ser frecuentes en la práctica y por otra parte, de aquellas conductas que debido a la propia dinámica del mercado se presentan como supuestos extraños o desconocidos a los que ya constan en la legislación. En conclusión, con base en la citada cláusula se podrá permitir que se sancionen no únicamente a las actuaciones desleales expresamente indicadas en la norma vigente, sino además a aquellas que por sus características configuran un acto de deslealtad comercial pese a que no han sido determinadas de forma expresa por el legislador.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, 399.

<sup>45</sup> Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2004), 64-6.

<sup>46</sup> Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Cláusula General*, en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra: Aranzadi, 2011), 97-9. Es importante recalcar que el Autor menciona sobre la necesidad y existencia de la aplicación de una cláusula general, que de las grandes ventajas que tienen los conceptos jurídicos indeterminados es que los mismos podrán ir variando de contenido, según las exigencias de la evolución y los cambios de concepciones vigentes en la sociedad, que a criterio personal resultan imprescindibles en aquellos casos en los cuales el derecho regula materias tan intensamente cambiantes como las situaciones que pueden presentarse en el Mercado.

La utilización de conceptos indeterminados como los “buenos usos” o “costumbres honestas” en el desarrollo de actividades económicas dentro de la regulación de la competencia desleal tiene por finalidad imponer a todos los actores del mercado un parámetro mínimo en su actuación, en base a los cuales el legislador pretende hacer entender qué debe ser entendido por lo “correcto”. A esto se lo conoce dentro de nuestra materia como la *buena fe objetiva*, que se traduce en la confianza que debe existir entre los partícipes del mercado para valorar que su comportamiento será el adecuado, confianza que podrá afectarse sin la necesidad de verificar la intencionalidad subjetiva de mala fe que presente un operador económico al actuar alejado a la lealtad concurrencial. En este sentido, sobre la buena fe objetiva se ha indicado lo siguiente:

...es un principio fundamental del derecho el de la buena fe en sentido objetivo, es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza.<sup>47</sup>

Sin embargo, el concepto de la buena fe objetiva se ha caracterizado por su ambigüedad. La doctrina chilena –desde una perspectiva civilista– se ha pronunciado sobre la buena fe objetiva bajo una definición exclusivamente normativa, en la que debe ser valorada la conducta de un sujeto de derecho bajo el paradigma de un correcto accionar exigible que se extiende más allá de un contrato celebrado, pues su responsabilidad se amplía del simple convenio alcanzado.<sup>48</sup> De su parte la doctrina francesa, plantea que las partes contractuales en el cumplimiento de sus acuerdos deben comportarse de forma honesta, leal y para eso es fundamental no atenerse exclusivamente a la literalidad de un acuerdo sino ejecutarlo considerando la intención de las partes y los fines por los cuales se formó, por lo tanto la buena fe queda en un

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, 100. A más del criterio otorgado, Bercovitz a pesar de considerar necesaria la existencia de la cláusula general, pone en consideración una importante dificultad pues expresa que las expresiones elegidas para integrar estas clases de normas hace que su aplicación en casos concretos tienda a construir el comportamiento técnico jurídico de un juez en legislador. Por ello sugiere, que de la propia tipificación que el legislador hace de los supuestos concretos de competencia desleal, pueden deducirse criterios de carácter general, que exceden de los casos tipificados, pero que al menos sirven para conocer los criterios generales sobre lo que el legislador entiende como desleal, criterios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la cláusula general.

<sup>48</sup> Alejandro Guzmán Brito, “La Buena Fe en el Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29, (Valparaíso, 2002): 13-22. Véase en: (<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14884/000334614.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).  
Fecha de revisión: 01.06.2018.

ámbito ideal relacionado a la conducta social, que significa un actuar honesto, leal, probo y libre de malicia, en definitiva la actuación que debe primar para cumplir obligaciones y ejercer derechos.<sup>49</sup> Por último, la teoría colombiana se pronuncia por entender a la buena fe objetiva como un principio jurídico que introduce el contenido de las obligaciones relacionado con un modelo de comportamiento objetivo, guiado por las reglas de honestidad, rectitud, lealtad y sobretodo en la consideración del interés del otro, entendido como un miembro social que se encuentra debida y jurídicamente tutelado.<sup>50</sup>

Desde la perspectiva del derecho de consumo, la buena fe objetiva considera la presencia de una interacción activa de los operadores del mercado, es decir empresarios, el Estado y los consumidores, interacción que se caracteriza por una presencia pasiva de intereses. Por lo tanto, los contratos celebrados en este ámbito no únicamente considera un asunto individual sino se convierten en toda una institución social que puede afectar a una variedad de intereses. En este campo, la buena fe viene a ser considerada como la moralización de las relaciones económicas, que supera la simple literalidad de la interpretación de un contrato. Por lo que, la buena fe objetiva se presenta como un mecanismo de integración contractual, pero no exclusivamente de lo expresamente pactado sino imponiendo un especial estándar de comportamiento exigible a los empresarios, que puede incluso limitar la autonomía de la voluntad cuando exista la presencia de cláusulas o comportamientos abusivos, desleales, etc. En conclusión, esta institución jurídica trasciende de la mera relación contractual, pues proviene de un ámbito que está regulado por una rama del derecho que liga a personas que incluso no celebran contrato alguno.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Fabián Novak Talavera, “Los Principios Generales del Derecho La Buena Fe y el Abuso del Derecho”, *Revista Agenda Internacional Instituto de Estudios Internacionales*, volumen 4, (Valparaíso, 1997): 126-7. Véase en: (<https://http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7188>). Fecha de revisión: 02.06.2018.

<sup>50</sup> Martha Lucía Neme Villarreal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales concepto”, *Revista de Derecho Privado Universidad de Externado de Colombia*, no. 17, (Bogotá, 2009): 49-51. Véase en: (<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>). Fecha de revisión: 02.06.2018.

<sup>51</sup> Monsalve-Caballero Vladimir & Rodado-Barreto, Diana Paola, “La integración de la Buena Fe Objetivo en la etapa de formación de los contratos de consumo”, *Revista Científica Pontificia Universidad Javeriana*, no. 122, (Bogotá: 2011): 501-10. Véase en: (<https://http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14352>). Fecha de revisión: 03.06.2018.

A más de la buena fe objetiva, en la cláusula general se incorpora la *regla del minimis* –esto a pesar de que se trata de un principio característico del derecho a la defensa de la competencia–, la misma que se presenta con matices propios en materia de competencia desleal. Este requisito se traduce en la necesidad de la verificación del impacto que tiene en el mercado el comportamiento o conducta desleal cometido por los operadores económicos, exigiendo por lo tanto, para la configuración del ilícito anticoncurrencial no solamente criterios relacionados a la ética del comportamiento de los actores del mercado, sino además verificar la forma en como ésta conducta podría influir en el consumidor.

Es así como la cláusula general –para la protección de ciertos intereses– exigirá que la conducta que atente contra la lealtad en la competencia debe tener aptitudes que permitan la distorsión del comportamiento del consumidor de forma significativa, es decir para considerar la deslealtad de una conducta se requiere que la misma a más de resultar contraria objetivamente a las exigencias de la buena fe, sea adecuada para generar un cambio significativo en las preferencias del consumidor. En los términos de Anxo Tato, Pablo Fernández y Christian Herrera, se a dicho:

En la aplicación de la cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales con consumidores – una *regla del minimis* o un umbral mínimo de relevancia-, que en caso de no ser superado provocará la inaplicabilidad de la cláusula general...Exige un análisis en tres fases. En primer término, debe examinarse la compatibilidad de la conducta con el principio de buena fe objetiva; esto es, su aptitud para mermar, restringir o eliminar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones autónomas, independientes e informadas. Posteriormente, deberá analizarse si la práctica examinada, por sus características objetivas, es apta para provocar un cambio o modificación de la conducta del consumidor en el mercado. Y, en último lugar, deberá examinarse también si este cambio o modificación de la conducta del consumidor que podría provocar la práctica examinada es significativa.<sup>52</sup>

Cabe recalcar, que se concibe doctrinariamente la necesidad de este umbral mínimo en aquellos casos en los que se vea o se pueda ver afectado el interés general del consumidor, de ahí la importancia de la verificación de los intereses menoscabados de quienes son los usuarios o consumidores de los servicios o bienes que se ofertan en el mercado. Esta situación, considero, no debería exigirse en aquellos casos en los que están en juego única y exclusivamente los intereses de los operadores económicos, pues

---

<sup>52</sup> Anxo Tato Plaza, Pablo Fernández Carballo-Calero, Christian Herrera Petrus, *La reforma de la Ley de Competencia*, (Madrid: La Ley, 2010), 85-8.

en esos supuestos bastaría únicamente la necesidad de verificar el atentado al principio de la buena fe objetiva para activar la cláusula general.

Con lo dicho y en relación a la concepción presente en nuestra ley, específicamente del contenido del artículo 25 de la LORCPM que indica en su primer inciso “Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a **los usos o costumbres honestos** en el desarrollo de actividades económicas”<sup>53</sup> (lo resaltado me pertenece) y de su parte el segundo inciso de la norma indica “...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... se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en **el comercio internacional...**”<sup>54</sup> (lo resaltado me pertenece).

Es evidente, que el legislador ecuatoriano ha optado por una regulación que parte de la aplicación de una cláusula general fundamentada en conceptos indeterminados como los “usos o costumbres honestas”. Por lo tanto, asumo que los mismos deben ser valorados bajo criterios subjetivos, pues pese al intento de determinación objetiva de dichas definiciones bajo el umbral de lo “conocido en el comercio nacional o internacional”, ratifica que el comportamiento de un supuesto infractor será valorado en base a lo que determine la autoridad administrativa competente, que para el caso será la Superintendencia de Regulación y Control de Poder del Mercado.

Debemos añadir, que la norma analizada consagra además la necesidad de la verificación de la buena fe objetiva en la concepción doctrinaria ya desarrollada, de modo tal que no será necesario que se verifique la intencionalidad, voluntad, conciencia o lo que es lo mismo el ánimo subjetivo para generar por parte del infractor un daño en contra de otro competidor o de los consumidores, por ello se asegura que “...La determinación de la existencia de una práctica desleal **no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización...**”<sup>55</sup>.

Sin embargo, el artículo analizado debe ser complementado en cuanto a su interpretación con el artículo 26 que regula la prohibición de las conductas desleales en el que se exige un requisito de aplicabilidad de la forma siguiente; “Quedan prohibidos

---

<sup>53</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 25**.

<sup>54</sup> *Ibíd.* Artículo 25

<sup>55</sup> *Ibíd.*

y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales... **cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios**<sup>56</sup> (lo resaltado me pertenece).

De esta forma, –según nuestra legislación– aparentemente para el cometimiento de un acto de competencia desleal además deberá cumplirse o hacerse efectivos criterios que distorsionen la competencia, la eficiencia económica o los intereses generales representados en los derechos de los consumidores, requisitos que representan un resultado mínimo frente a la conducta del infractor –*regla del mínimis*– que tiene que verificarse para la aplicabilidad de las normas analizadas.

En principio, nuestra normativa estaría en concordancia con los intereses que deberían ser tutelados conforme la legislación comparada y la doctrina en el desarrollo del derecho de la competencia desleal. Aparentemente se estaría garantizando el interés general de los consumidores y se verificaría el respeto a las corrientes corporativistas. Sin embargo, lamentablemente esta visión no es exacta, debido a que los intereses privados no son una prioridad para la LORCPM, al punto incluso que pone en duda la garantía de esos intereses, sobre todo en aquellos casos en los que el acto o hecho de competencia desleal no atenta a la eficiencia económica o al interés general, es decir cuando estamos frente al accionar anticoncurrencial de los pequeños o medianos operadores económicos, que son además la mayoría en el caso de una economía como la ecuatoriana.<sup>57</sup>

Esta aseveración la sostengo, pues el mismo cuerpo normativo en su inciso segundo deja claro este criterio cuando manifiesta que en los casos en los que se discuta o sea objeto de discrepancias derechos relacionados a la propiedad intelectual en general y cuando dichos conflictos no afecten al interés general o al bienestar de los consumidores, será conocido y resuelto por la autoridad nacional competente en esa materia, que para el caso será el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI)

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> Conforme la información pública emitida por la actual Ministra de Industria Eva García el 95% de las empresas nacionales son mipymes; de ellas el 90% son micro, el 8,6% son pequeñas y el 1.4% son medianas. La actividad económica a la que se dedican es al sector comercial con el 54%, en manufactura el 36,4% y en servicios el 9,5%. Información que puede ser revisada en <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/el-95-de-las-empresas-en-el-pais-son-mipymes>. obtenida del documento elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –promocionado además mediante el portal web [www.ecuadorencifras.go.ec](http://www.ecuadorencifras.go.ec)- en el año 2012.

– antiguo Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual-; <sup>58</sup> lo que nos lleva a plantearnos dos conclusiones:

a) Cuando se ha utilizado indebidamente una marca para desprestigiar a un competidor, conducta que evidentemente constituye un acto de competencia desleal deberá ser sancionada únicamente bajo los criterios de la normativa aplicable a los signos distintivos siempre que dicho accionar no afecte al interés general; y

b) En los casos en los que se generan actos de denigración cometidos por un operador económico en contra de otro competidor, cuyo accionar no afecte al interés del mercado o de los consumidores, no se cumpliría la exigencia del umbral mínimo, por lo tanto el contenido de las normas relacionadas a la competencia desleal no podrían servir como fundamento tanto por la autoridad administrativa nacional así como por una autoridad jurisdiccional, criterio que además se sustenta en el contenido del artículo 30 del Reglamento a la LORCPM.

En este punto, resulta pertinente aclarar que las autoridades jurisdiccionales podrían conocer actos relacionados con hechos que involucran actuaciones de competencia desleal que no impliquen la vulneración de derechos en materia de propiedad intelectual y en cuyo caso se debe aplicar las normas relacionadas a la responsabilidad civil extracontractual, lo que será desarrollado en el capítulo tercero.

### 1.5. **Ámbito subjetivo**

La comprensión del ámbito subjetivo que abarca la normativa relacionada a la competencia desleal, permite entender a favor de quiénes debe cumplirse la tutela judicial efectiva dentro de esta rama del derecho. Esto con la intención de realizar un análisis comparativo con nuestra legislación para saber si efectivamente esta finalidad se está cumpliendo.

En este sentido, la parte general del LORCPM<sup>59</sup> establece de forma amplia cual es su ámbito de aplicación, en el que el legislador decidió especificar que quedarán

---

<sup>58</sup> Si bien la mencionada entidad pública se mantiene en vigencia en cuanto a su funcionamiento, se previene al lector tomar en consideración Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1425*, Reglamento General al *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*; Registro Oficial No. 9, Suplemento 7 de Junio del 2017, Capítulo II, art. 2, cuerpo normativo en el cual se crea el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales –SENADI–, entidad que hasta la fecha no ha sido implementado debido a la falta de producción normativa relacionada con su estructura.

<sup>59</sup> *Ibíd.* **Artículo 2: Ámbito.**- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras,

sometidos al régimen legal de protección de la competencia tanto las personas naturales como las jurídicas, y dentro de estas las públicas, privadas, con o sin fines de lucro, sin importar su nacionalidad, que ejerzan actualmente una actividad económica o que potencialmente puedan llegar a generar alguna, dentro o fuera del país siempre que dichas actividades tengan la capacidad de generar un efecto nocivo dentro del mercado nacional.

Por lo tanto, en primer lugar el ordenamiento jurídico ecuatoriano propone un modelo económico social y solidario, en el cual se sancionará a las actuaciones desleales que pueden provenir ya no exclusivamente desde el empresario –concepto que debe ser entendido bajo la lógica del ejercicio de una actividad económica, de forma productiva, organizada y bajo la concepción del derecho a la libertad de empresa–, sino desde actores diferentes y ampliamente considerados, designados legalmente bajo el término de operadores económicos. Es así que los sujetos que pueden intervenir en un acto de deslealtad concurrencial, pueden ser operadores económicos que ocasionan o pueden llegar a producir un daño a otros competidores, al propio sistema competitivo o a los consumidores como parte vulnerable del mercado y cuyos actos generarían un perjuicio directo. Por esta razón, el Estado a través de sus órganos de control interviene como un ente regulador, teniendo la competencia de actuar de oficio con el objetivo de precautelar el bienestar general e iniciar las acciones administrativas y legales de las que se crea asistido para restituir el orden público.<sup>60</sup>

En razón de lo expresado, el presupuesto de un acto de competencia desleal es que el mismo sea realizado dentro del mercado, así como también que dicho acto sea generado por aquel que simplemente tuvo acceso a este, es decir, no se requiere de una entidad cuya actividad sea organizada y obligatoriamente lucrativa u onerosa, pues un acto de deslealtad concurrencial puede presentarse por alguien que realizó una actuación

---

con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

<sup>60</sup> Patricia Alvear Peña y Blanca Gómez de la Torre, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*, (Quito: V&M Gráficas, s/a), 95.

esporádica en el mercado o por un operador económico que no persiga fines de lucro, como en el caso de una fundación o un colegio profesional de tipo gremial.

Bajo este criterio, es Sebastián Alfredo García Menéndez quien se presenta como contrario a lo señalado por la doctrina mayoritaria, así de manera distinta a lo recogido incluso por nuestro ordenamiento jurídico, de forma radical manifiesta:

...la legitimación tanto activa como pasiva del ilícito concurrencial debe quedar reservada a los sujetos intervinientes en las actividades de competencia y no abrirse a los consumidores o a las asociaciones no directamente implicadas en la relación competencial...la disciplina de la competencia desleal debe arbitrar la correcta pugna entre los operadores de mercado en la medida en que estén realizando una actividad en competencia. Entonces, será quien esté operando en el circuito competencial el que podrá verse directamente afectado por un acto de competencia desleal (a su vez llevado a cabo por otro sujeto inmerso en el mismo circuito), y será este operador el que pueda activar la protección por dicha vía. El consumidor o la asociación (siempre y cuando no este interviniendo directamente en la relación de competencia), en caso de que vieran afectados sus derechos, podrán solicitar la protección de la regulación específica de la defensa de la competencia o de la defensa del consumidor. Los derechos de estos últimos estarán protegidos indirectamente por la regulación de la competencia desleal, ya que el fin último de ésta es, en definitiva, el correcto funcionamiento del mercado, lo cual también interesa a los consumidores y a la sociedad en general.<sup>61</sup>

Dentro del ámbito subjetivo, es también preciso tocar dos teorías que se encuentran recogidas en nuestra Ley, específicamente en el citado artículo 2 de la LORCM, siendo estas la teoría de los *efectos* y a la teoría del *control*, la primera que permitirá sancionar los actos de competencia desleal generados por aquellos operadores económicos no nacionales, conductas ilegales que se producen en un mercado internacional pero cuyos efectos se verifican en el mercado nacional y la segunda teoría, que concibe que los actos anti concurrenciales podrán producirse de forma directa por el operador económico o en beneficio de la entidad que lo controla en el campo societario o mercantil.

a) *La teoría de los efectos*, se la contempla como un mecanismo de defensa frente a la actuación de los carteles internacionales –verificado principalmente por la participación de compañías transnacionales- sin importar el lugar en el cual se ejecuta el acto que podría afectar a la competencia.

---

<sup>61</sup> Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2004), 64-6.

Esta teoría tiene una fundamentación jurídica que no es exclusiva de la competencia desleal, que más bien tendría efectos de manera general en el derecho de la competencia, partiendo del análisis del Derecho económico. Esta teoría afirma que el objetivo en esta rama del derecho en principio sería la regulación al mercado nacional o territorial, sin embargo son las actuales operaciones económicas las que obligan a repensar que este criterio de territorialidad resulta ser simplemente insuficiente, pues una conducta desleal puede tener su génesis en el extranjero pero su implementación darse en el mercado ecuatoriano, siendo lo lógico que sea nuestro ordenamiento jurídico el que sancione dicha conducta a través de su aplicación, bajo el argumento del principio de aplicación objetiva del ordenamiento jurídico frente al lugar en que se generó el daño.<sup>62</sup>

La teoría analizada es una contribución de la jurisprudencia angloamericana mediante el fallo emitido en el caso *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, criterios jurídicos que con posterioridad serían acogidos por los Tribunales Europeos. En el citado caso de forma breve se puede indicar que fueron los productores de remolacha azucarera quienes decidieron interponer una acción legal amparados en la Ley Sherman Act. acusando una conspiración entre refinadores azucareros que habían decidido reconocer precios uniformes para ser pagados a los productores de remolacha cultivada en el norte de California, además se alegó que dichos refinadores tenían un monopolio del suministro de semillas y tenían bajo su control el único mercado real o práctico para la venta de las remolachas de la zona, razón por la cual, frente a estas prácticas anticompetitivas los productores recibieron valores inferiores por la producción de sus productos.

Lo relevante del citado caso fue el criterio de las Altas cortes norteamericanas, cuando determinaron que lo importante del análisis correspondiente no era establecer el punto preciso en donde se iniciaba la restricción o producían sus efectos a través de esquemas complejamente ideados para producir consecuencias anti concurrenciales, sino lo que se precisaba era sancionar y reparar los efectos nocivos generados en el comercio. En otras palabras la aplicación de la ley no debía tener en cuenta el lugar en

---

<sup>62</sup> Carmen, Otero García-Castrillón, “*El Alcance extraterritorial del derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidenses, comunitaria y española*”, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n° 212, (Marzo/Abril 2001), 27-34, <http://eprints.ucm.es/6913/1/EXTCOM.pdf>

el que se produce la conducta prohibida sino los efectos que estas conductas producían al actuar en contra de la competencia de los operadores económicos.<sup>63</sup>

En conclusión, la teoría de los efectos y en aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, determina en la práctica que los actos de competencia desleal podrán provenir de las actuaciones de operadores económicos ideadas en el extranjero pero implementadas en el territorio nacional, casos en los cuales quienes los lleven a cabo en el Ecuador serán sancionados conforme lo determina la ley y por la autoridad nacional competente para el efecto.<sup>64</sup>

b) *La teoría del control*, es el propio inciso segundo del citado artículo 2 de la LORCPM, en el que se establece que las actuaciones de un operador económico podrán ser imputables directamente a quien las comete o al operador económico que la controla.

Bajo esta perspectiva, se puede afirmar que la teoría del control parte de la existencia de una figura lícita reconocida tanto en el derecho societario<sup>65</sup> como en el ámbito fiscal, me refiero a las compañías Holding o tenedoras de acciones que son un tipo de compañías que se caracterizan por tener un objeto social exclusivo relacionado a

<sup>63</sup> Tribunal Supremo Estados Unidos, “Resolución de 10 de mayo de 1948” 334 219 de los EEUU, Caso Mandeville Island Granjas v. American Crystal Sugar, 10 de mayo de 1948. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/219/case.html#242>.

<sup>64</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 2** Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

<sup>65</sup> Ecuador, *Ley de Compañías*, última reforma en Registro Oficial 353, Suplemento, 23 de Octubre del 2018, art. 429, La Asociación o Cuentas en Participación y de la Compañía Holding o Tenedoras de Acciones. (Fiel web). Compañía Holding o Tenedora de Acciones, es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial. Las compañías así vinculadas elaborarán y mantendrán estados financieros individuales por cada compañía, para fines de control y distribución de utilidades de los trabajadores y para el pago de los correspondientes impuestos fiscales. Para cualquier otro propósito podrán mantener estados financieros o de resultados consolidados evitando, en todo caso, duplicidad de trámites o procesos administrativos. La decisión de integrarse en un grupo empresarial deberá ser adoptada por la Junta General de cada una de las compañías integrantes del mismo. En caso de que el grupo empresarial estuviere conformado por compañías sujetas al control de las Superintendencias de Bancos y Compañías, las normas que regulen la consolidación de sus estados financieros serán expeditas y aplicadas por ambos organismos.

la tenencia de acciones o participaciones de compañías que a su vez se encuentran vinculadas a estas y a sus decisiones mediante el derecho al voto que les corresponde en su calidad de accionistas o socias respectivamente.

Se ha indicado que el elemento de distinción de esta figura societaria es la dependencia que pueden llegar a presentar las compañías vinculadas, para lo cual se deben considerar tres elementos característicos: a) la presencia de patrimonios distintos, resulta evidente que el patrimonio de cada una de las personas jurídicas relacionadas serán diferentes, por su propia calidad de entes ficticios capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, de tal forma que uno será el patrimonio de la Holding, otro distinto el de la compañía vinculada, así como diferente al resto de los bienes de las compañías relacionadas; b) dependencia jerarquizada de las compañías que se encuentran agrupadas, lo cual tiene también una connotación de tipo patrimonial, característica que requiere para la existencia de esta dependencia que la compañía holding no solo posea acciones o participaciones en las compañías vinculadas, sino que además esa representación de capital sea de un porcentaje suficiente que implique la posibilidad de tomar decisiones; y por último, c) el carácter o dependencia financiera que une a las compañías vinculadas entre sí, lo que implica que los recursos financieros de todas ellas, en un principio tuvieron un mismo origen.<sup>66</sup>

Esta figura societaria completamente legal, puede ser utilizada para generar efectos nocivos en el mercado a través de la afectación directa a la competencia por intermedio del control económico total o parcial que tenga la compañía matriz – Holding- sobre las compañías que se le encuentran vinculadas por los paquetes de representación de capital mayoritario –sean estas participaciones o acciones-, lo cual le va a permitir tener una influencia directa o poder de decisión sobre la compañía que está controlada.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, 186.

<sup>67</sup> Sacaria R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Pádua 1998. Traducido por Socorro Apreza Salgado, UNAM citado en Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, 187-8. A más de esta explicación la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Justicia en su artículo 1, referente a este tema indica que serán personas vinculadas los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de

Es decir, que la teoría del control implica que no siempre de forma directa el operador económico será el que actúa en actos de competencia desleal, sino que esta actuación pueda darse a través de las compañías que efectivamente controla mediante la propiedad que ejerce sobre sus acciones o participaciones. De esta manera, conforme a nuestra normativa su ámbito de aplicación no se limita únicamente a sancionar a la compañía que ejecutó los actos desleales, sino será legal y perfectamente viable que se sancione a la compañía vinculante pues ahí es donde se podrían estar tomando las decisiones para afectar al bien jurídico tutelado.

Para finalizar, podemos afirmar que el ámbito subjetivo de la LORCPM es extremadamente amplio pues sancionará las actuaciones desleales que se implementen directamente en el mercado nacional, así como de aquellas que surgidas en el extranjero se materialicen y afecten a la competencia en el Ecuador, y sancionará también aquellos actos contrarios a la lealtad comercial que se ejecuten en el mercado de forma directa o por intermedio de las compañías que controlan.

### **1.5. Actos de competencia desleal**

La LORCPM, detalla en su artículo 27 a diez categorías de supuestos que pueden ser considerados como actos desleales a presentarse dentro del mercado, extensa clasificación que presenta diversos presupuestos en los cuales puede incurrir un operador económico para atentar en contra de la competencia. La clasificación legal – vigente en nuestra normativa– no es ni de cerca una original producción de la legislación ecuatoriana, por el contrario, presenta una fuerte influencia de la doctrina europea en cuanto a su desarrollo, conforme se evidenciará en este apartado.

Merece además, un análisis adicional el distinguir cuales de estos supuestos están ligados de forma directa a la vulneración de derechos relacionados a la propiedad intelectual, debido a que tanto esta rama del derecho como la Competencia Desleal presentan vínculos completamente lógicos, tanto es así que en legislaciones como la

---

derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.

angloamericana no existe una división entre estas dos áreas del derecho,<sup>68</sup> sin embargo en el caso ecuatoriano –tal como sucede en la mayoría de legislaciones que provienen de una fuente romano germánica– se cumple con la máxima de que todo acto de vulneración en materia de derechos de propiedad intelectual, principalmente ligado al derecho marcario, se encuadrará dentro cualquier supuesto de violación en materia de derecho de la competencia desleal. Sin embargo no siempre un acto desleal cometido en el mercado significará per se una vulneración de los derecho en materia de propiedad intelectual. En términos más claros, la competencia desleal como rama autónoma del derecho es considerada como el género mientras que la propiedad intelectual es únicamente una especie.

Conforme a lo indicado, es oportuno mencionar ciertas clasificaciones que han tenido un impacto dentro de nuestra materia, para lo cual es importante considerar el aporte de Alfredo García Menéndez,<sup>69</sup> quien inicia su estudio haciendo referencia a Hefermehl, cuyos postulados tuvieron influencia en las legislaciones alemana, suiza y española, para quién los actos de competencia desleal deben clasificarse en: 1) actos que sirven para captar de forma desleal a clientes, en donde podrían incluirse a los actos de engaño, confusión, publicidad molesta, entre otros; 2) actos de obstaculización desleal a otros competidores, en los cuales se encuadra la conducta de la violación de secretos empresariales, actos de discriminación, publicidad comparativa no tolerable, etc.; 3) actos relacionados con la explotación del esfuerzo ajeno, como el aprovechamiento de la reputación ajena o divulgación de secretos; 4) actos de obtención de una ventaja competitiva mediante la violación de normas, cita el autor en este caso a la violación generalizada de normas legales, como aquella que fijan precios mínimos así como también el no cumplimiento de los compromisos asumidos mediante contratos de tipo

---

<sup>68</sup> Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de la Cuevas, *Derecho de Marcas*, (Buenos Aires: Heliasta, 2003), 65-70. Sobre el tema los citados autores indican, “así en los Estados Unidos, se considera a las normas sobre las marcas como una suerte de capítulo del Derecho de la Competencia Desleal, y no por razones meramente históricas o de comodidad expositiva, sino en virtud de la función de las normas marcarias. McCarthy, dice en este sentido que “El Derecho de Marcas no es sino una rama de un área más amplia llamada Competencia Desleal (Unfair Competition) o Prácticas Comerciales Desleales (Unfair Trade Practices)”. Menciona además este autor que, en las discusiones parlamentarias relativas a la actual Ley estadounidense de Marcas, se expuso que “no existe una diferencia esencial entre una violación marcaria y lo que es llamado con amplitud competencia desleal. Ésta no es sino el género del que la violación de marcas es una de las especies (...). Todas las infracciones marcarias son un caso de competencia desleal y suponen el mismo ilícito.”

<sup>69</sup> Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2004), 72-7. Es importante aclarar que en esta parte de la investigación se toma como referencia el análisis del citado autor para la clasificación doctrinaria.

mercantil como el incumplimiento de una distribución de productos o la designación de concesionarios; y, 5) actos de perturbación del mercado, que el autor los relaciona con actos que afectan a la defensa de la competencia. Se citan casos como el abuso de la posición dominante.

Se presenta además, por el autor citado la clasificación de Ghidini, siendo esta quizá la más importante de la doctrina italiana, misma que se sustenta en los perfiles funcionales de la actividad concurrencial de la empresa y la forma coherente en la que estos deben tener con el modelo económico o de desarrollo presente en la Constitución. De tal forma que los actos desleales, se los clasifican conforme las siguientes funciones de las empresas: a) función distintiva, que se concentra en aquellos casos en los que las compañías no podrían diferenciarse entre sí, se hace referencia a los actos de confusión relacionados con la vulneración al derecho marcario; b) función promocional, en la cual se menciona aquellos actos que afectan a la promoción de los productos ofertados en el mercado por un operador económico como en los casos de promoción engañosa o denigración; c) función distributiva, asociada con los actos que impiden un acceso libre al mercado como en los supuestos de vulneración de derechos de exclusividad; d) función de política de personal: que se la liga con actuaciones desleales de transferencia de trabajadores y en general de colaboradores de otro operador económico; y e) finalmente la función de investigación y desarrollo, a la que se produce con la vulneración de derechos empresariales o la violación de normas públicas.

Otro criterio de clasificación es el que considera los intereses afectados, misma que fue creada por Emmerich, adoptada por Menéndez y difundida ampliamente por la doctrina europea, principalmente la española, bajo la cual los actos desleales pueden ser encasillados en aquellos que afectan al *interés del consumidor*; el *interés de los demás competidores* o aquellos que afectan al *interés público*, criterios estos que están en sintonía con los postulados del modelo social. De esta forma, la *protección de los intereses del empresario* se enfocan en proteger al operador económico y a la posición obtenida por éste dentro del mercado, siendo los actos de confusión, incitación de violación a normativa como el incumplimiento de contratos, violación de secretos empresariales, apropiación de clientes de forma indebida, entre otras son las conductas apropiadas para la vulneración de la competencia y para afectar a los intereses de los agentes económicos.

De su parte, la protección de los *intereses del consumidor*, que se centran en impedir la vulnerabilidad de las decisiones que éste tome dentro del mercado, agregándose que la voluntad del consumidor debe ser una decisión libre de todo tipo de presiones de quienes ofertan productos y servicios. Así las conductas que tutelan a este tipo de interés serán la sanción a la publicidad engañosa o la publicidad comparativa que exceda los límites que puedan ser tolerados dentro del mercado.

El último criterio de esta clasificación, está centrado en la protección del *interés general o del mercado* en sí, es decir se busca que la competencia sea libre, leal y no falseada, para ello se debe sancionar los actos de discriminación a un operador económico, ventas a pérdidas o la violación de normas como cuando no se respetan parámetros en la contratación pública.

Si bien esta clasificación es la que mayor acogida ha presentado, la discrepancia se produce en conocer cuáles son los intereses que deben primar y por los que la legislación debería prestar mayor atención. Es así que Menéndez asegura que "...en caso de que un acto sea desleal, conforme a los intereses de un sector, y leal conforme a los intereses de otro, primará siempre la protección del correcto funcionamiento del mercado; por lo que si un acto es contrario a los intereses de los competidores o consumidores, pero respeta las reglas del mercado, no se reputa desleal..."<sup>70</sup>, sin embargo este criterio es rebatido por García, cuando al criticar esta clasificación indica "... la referencia al consumidor y a la afectación del funcionamiento del mercado desvían la atención sobre los actos que afectan al competidor, originario y principal sujeto de protección de esta disciplina..."<sup>71</sup>.

Es importante al menos de forma general remitirnos a las diferentes clasificaciones de actuaciones de competencia desleal reguladas en nuestra limitada legislación y para lo cual haremos una referencia a cada una de ellas desde una visión teórica legal:

**Actos de confusión**<sup>72</sup>, conforme a la LORCPM se toma como referencia de este accionar desleal a la conducta en la cual se verifica la intencionalidad o simplemente el efecto real o potencial de crear confusión entre los bienes y servicios que se ofertan en

---

<sup>70</sup> *Ibíd.* 75

<sup>71</sup> *Ibíd.* 76

<sup>72</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 1.

el mercado, es el propio cuerpo normativo el que ejemplifica este ilícito con la vulneración de forma general de signos distintivos. A manera de aclaración, debemos mencionar que dentro del derecho a la propiedad intelectual en general y del derecho marcario en particular la sanción se impondrá ante la vulneración de esta clase de derechos cuando se genere en el consumidor de forma cierta una confusión o simplemente un riesgo de asociación.<sup>73</sup>

Lo que intenta tutelar esta conducta prohibida, es que los consumidores no incurran en errores al momento de ejercer su voluntad cuando pretenden decidir sobre la adquisición de productos o servicios dentro del mercado o en palabras más simples que se le induzca a un error. Claro está que esta protección de ninguna forma puede ser tan amplia que se enfoque a cualquier tipo de consumidor, pues la tutela será para aquel que sin tener un conocimiento especializado se le pueda garantizar que su elección estará libre de actuaciones que puedan atentar a sus reales preferencias.

La confusión podrá presentarse a través de los llamados riesgos directos o indirectos, bajo la lógica de que estos actos no solo podrán comprenderse al del “consumidor sobre la identidad de la empresa o del producto designado con una marca –riesgo directo– sino también aquella otra que se produce cuando no habiendo confusión sobre la identidad de la empresa, el consumidor llega a pensar...que ambas empresas están relacionadas –riesgo indirecto–;...no siendo necesario que la confusión se produzca o se haya producido, pues basta la mera posibilidad”.<sup>74</sup>

**Actos de engaño**<sup>75</sup>, se configuran cuando un operador económico induce a error al consumidor, actuación que no únicamente es concebida bajo una figura positiva, pues la misma podrá cometerse por actos de omisión al momento de informar las características de lo que se está ofertando al público en general, como lo relacionado al precio, características, procedencia, atributos del operador económico, entre otros.

---

<sup>73</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899, Suplemento 9 de Diciembre del 2016, Capítulo VI, De las Marcas. **Artículo 361** numeral 1: “Prohibiciones Relativas.- Tampoco podrán registrarse como marca los signos que afectaren derechos de terceros, tales como aquellos signos que:1. Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pudiera causar un riesgo de confusión o de asociación;”

<sup>74</sup> M. Merce Darnaculleta i Gardella, *La Competencia Desleal*, (Madrid: Iustel, 2007,), 54-5.

<sup>75</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 2.

Un mecanismo que la normativa considera adecuada para generar esta conducta es la publicidad con información carente de veracidad o exactitud, adicionalmente la Ley advierte que quien promocioe un producto o servicio será el responsable en su “calidad de anunciante” de acreditar o probar toda la información utilizada para convencer o llamar la atención del consumidor, es decir que la carga de la prueba para acreditar las características de un bien ofertado en el mercado le corresponderá al operador económico que remite el mensaje a los consumidores.

Ahora bien, en un medio tan competitivo en el que muchas veces prima la creatividad para llamar la atención del público en general y así poder obtener su preferencia, obligatoriamente el panorama para la aplicación del citado principio de veracidad presentará ciertos matices, al efecto Bercovitz plantea tres supuestos y una sub especie de publicidad para superar esta situación.

Así, a) se refiere a la publicidad mencionada en términos generales, con afirmaciones de tipo trivial o genérico, que suelen presentarse como una forma de alabanza de lo que se está ofertando, en estos casos las mismas no podrán ser consideradas como engañosas, no inducen a error al consumidor y por lo tanto el principio de veracidad queda excluido en cuanto a su aplicación, a manera de ejemplo cuando se afirma que una bebida es refrescante; b) cuando se genera publicidad que no es comprobable, principalmente porque contiene juicios de valor, de estimación y subjetivos emitidos por el propio operador económico que oferta el producto, es simplemente exteriorizar un juicio valor que afecta a la estética o preferencias personales, estas también quedan excluidas de la aplicación de la veracidad, a manera de ejemplo cuando se promocioe a una bebida como *la mejor de su clase*; y, c) aquella publicidad que pueda contener alegaciones que sean concretas y comprobables, es decir información objetiva que puede ser contrastada y –conforme lo analizado- debe además ser probada, como cuando en la promoción de la misma bebida se hable que es la única que comercializa un litro justo, que es un producto sin preservantes o bajo en calorías. Sin embargo, no toda publicidad de este tipo debe presentar la característica de veracidad ya que puede presentarse –como subespecie de este supuesto– aquella publicidad *de exageración*, caso en el cual un consumidor no podrá valorar de forma

seria o literal la información otorgada, como en el caso de que se promocione una bebida energética afirmando que la misma te da alas<sup>76</sup>.

**Actos de imitación,**<sup>77</sup> la legislación ecuatoriana –al igual que en otras legislaciones como la española–<sup>78</sup> concibe a este accionar bajo tres supuestos que hacen referencia a: i) las imitaciones que tengan una relación directa con una vulneración de derechos de propiedad intelectual; ii) aquellas imitaciones que sean adecuadas para generar confusión entre los consumidores, siempre que tengan por finalidad generar la impresión de relación en cuanto a la procedencia de los productos y servicios que se ofertan o implique un indebido aprovechamiento de la reputación de la cual goza otro operador económico y; iii) las llamadas imitaciones sistemáticas de las estrategias empresariales cuando su objetivo sea impedir la consolidación de otro operador económico en el mercado.

Bajo esta distinción, es evidente que el factor común que la norma requiere para sancionar a este ilícito concurrencial es que se pueda producir o inducir a una confusión en el consumidor, sin que resulte obligatorio demostrar la afectación al interés general, es decir, que un competidor en el mercado podrá imitar la presentación visual de otro operador económico al ofertar sus servicios, cuyo objetivo inclusive está enfocado en mejorarlos en cuanto a su calidad a favor de los consumidores. Sin embargo esta actuación no exonera que el acto ilegal se configure conforme ordena la norma citada.

Es pertinente aclarar que la imitación por regla general no solo que está permitida en el accionar de los diferentes ofertantes sino que además promueve el desarrollo eficiente del mercado, así en palabras de Bercovitz se indica:

---

<sup>76</sup> José Antonio García- Cruces González, *Actos de engaño*, en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 133-136

<sup>77</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 3.

<sup>78</sup> España, *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*; Boletín Oficial Español, número 10, 11 de enero 1991, Capítulo II. **Art. 11. Actos de Imitación** 1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

La libre imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales, salvo que concurren determinadas circunstancias que la propia Ley se encarga de enumerar. Es una idea pacífica entre la doctrina y los tribunales, que la regla establecida por el legislador en esta materia se ha revelado en la práctica más saludable y eficiente para el correcto funcionamiento del mercado en su conjunto... la libre imitación como principio general son de índole tanto económica como jurídica. Desde la *perspectiva económica*... se ha considerado que la imitación es una actividad idónea para difundir las innovaciones en el mercado, siendo entonces calificada como una actividad complementaria a la innovación... Desde la *perspectiva jurídica*... el legislador ha sido contundente al establecer como regla general la libre imitación, que solo será desleal cuando concorra determinadas circunstancias y que dan lugar a los distintos tipos de imitación desleal (imitación confusoria, imitación con aprovechamiento indebido de la reputación ajena, imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno e imitación sistemática desleal)<sup>79</sup>.

Por lo indicado, podemos afirmar que los actos de imitación en principio resultan legales e incluso coherentes con la realidad comercial, sin ser de forma inmediata valorados como actuaciones desleales como cuando se imitan las estrategias para la promoción de ciertos productos en el mercado. Sin embargo, esta permisividad se contraponen aquellos actos que sean adecuados para generar un criterio de asociación entre los consumidores, o cuando en los términos utilizados en la ley impliquen el aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno, así como en el caso que se presenten como una imitación sistemática, con finalidad predatoria en el sentido que no permita al otro competidor – al que se imitó- surgir en el mercado o en otros casos incluso ser expulsado del mismo.<sup>80</sup>

**Actos de denigración**<sup>81</sup> conforme la descripción que se encuentra regulada en la LORCPM, se trata de conductas que están destinadas a menoscabar, perjudicar el buen nombre de un operador económico dentro del mercado –entendiéndose a una afectación tanto de su reputación como de los productos o servicios que oferta–, sin embargo el legislador ha incluido la posibilidad de que la conducta aludida tenga un velo de legalidad cuando estas expresiones o afirmaciones sean *exactas, verdaderas y pertinentes*.

---

<sup>79</sup> Eva, Domínguez Pérez, *Actos de imitación* en Alberto, Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 290-1.

<sup>80</sup> Manuel, Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, 198-199.

<sup>81</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 4.

Este tipo de conductas ilegales, no están relacionadas con violaciones en materia de propiedad intelectual y al igual que el anterior supuesto analizado presenta tres tipos de variables que de forma general y resumida podrían ser encasillados en los siguientes supuestos: i) cuando las manifestaciones que se generan o se omiten tienen por finalidad únicamente el afectar el crédito en el mercado del afectado; ii) realizar aseveraciones que estén relacionados con la nacionalidad, creencias, ideologías, intimidad, vida privada y en general circunstancias personales emitidas en contra de la persona a la que se quiere afectar. A pesar de la omisión del legislador al regular este supuesto, considero al realizar una interpretación coherente, lógica y armónica de la Ley,<sup>82</sup> que esta conducta podrá también ser alegada por una persona jurídica cuando este tipo de comentarios se hubieren hecho en contra de sus administradores, socios, directores y en general de cualquier dependiente de la compañía; y, iii) El emitir indicaciones despectivas o que ridiculicen al operador económico que se le pretende afectar.

Es importante además indicar, que en el caso de los dos últimos supuestos señalados al ser verificados la Ley les ha dado una calidad de presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario, por tanto deberán ser sancionadas de forma directa.

Desde un punto de vista doctrinario se entenderá desleal –bajo el parámetro de la denigración– a todos los actos lesivos de la reputación de personas naturales que necesariamente para su sanción en materia de competencia desleal deberán ser expresadas o difundidas en el mercado y con una finalidad concurrencial, que además conllevan a la excepción en el sentido de que la desvalorización de un competidor puede ser completamente legítima cuando parta de afirmaciones ciertas, de tal forma que con esta regulación lo que se pretende proteger realmente es los intereses legítimos de los competidores y garantizar a los usuarios o al público en general una información objetiva y veraz.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Ecuador, *Código Civil (2005)*; en Registro Oficial No. 46, Suplemento (25 de Junio del 2005), Título Preliminar, artículo 18 numeral 4.

<sup>83</sup> M. Merce Darnaculleta i Gardella, *La Competencia Desleal*, (Madrid: Iustel, 2007.), 57-8; en esta conducta puntual manifiesta que se deberá aplicar la máxima *exceptio veritatis*, así “en alusión a la Sentencia 6/1988, de 21 de enero emitida por el Tribunal Constitucional español indica que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, que de modo que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio. De ahí que exigir la verdad absoluta supone anular la libertad de expresión. Por ello, la exigencia de la verdad objetiva es sustituida por la verdad subjetiva y por ello la información veraz significa, pues, información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones rumores o meras insidias. No hay, pues veracidad cuando se actúa con conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad” Juan Carlos, Carbonell Mateu, “*Las libertades de información y*

**Actos de comparación**<sup>84</sup> se trata de una conducta común y frecuente dentro del mercado, sobre todo cuando son utilizados los medios de publicidad para la promoción de productos o servicios, por lo tanto, al igual que varias de las conductas analizadas anteriormente per se no podrá ser considerada como ilegal. Se verificará como desleal cuando la comparación sea realizada en relación a lo ofertado en base a extremos que no sean *análogos, relevantes, ni comparables*.

La aludida licitud, incluso de la publicidad comparativa –que pone en juego principalmente la inteligencia creativa– tiene como fundamento la finalidad informativa que posibilita a los consumidores tomar la decisión más adecuada conforme a los recursos con los que cuenta, esto a pesar de que todo acto de comparación indudablemente va generar un perjuicio al competidor que se mencione, produciéndose efectos directos en la disminución sobre sus usuarios o consumidores. Por lo tanto, la pregunta se dirigiría a conocer ¿por qué estos actos de comparación, que afectan al número de clientes de un operador económico, por ende a sus intereses no es catalogado como una conducta desleal?. La respuesta, se condensa en que este daño se tolera o se justifica por el beneficio que esto implica al interés general, por lo tanto únicamente las comparaciones verídicas o veraces resultan ser legales, en nombre del orden público económico y del interés superior del consumidor,<sup>85</sup> como por ejemplo en el caso en que ciertas bebidas indiquen en comparación con su competencia, que su producto proviene de frutas naturales, sin conservantes y gluten.

La ilicitud de los actos de comparación, por ende lo que efectivamente sanciona la LORCPM se produce cuando las mismas pierden su carácter informativo a favor de los consumidores, es decir cuando falta su característica objetiva y por el contrario se utilizan opiniones o afirmaciones no comparables, de tal forma que es imposible corroborar la certeza de esas afirmaciones, lo cual resulta ser simplemente inaceptable.<sup>86</sup>

---

*expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal*”, [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4166/pg\\_009-046\\_penales18.pdf?sequence=1](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4166/pg_009-046_penales18.pdf?sequence=1).

<sup>84</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 5.

<sup>85</sup> Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Competencia digestos ecuatoriano*, 424-5.

<sup>86</sup> *Ibíd.* 425-6

**Actos de explotación de la reputación ajena**<sup>87</sup> conforme la Ley, no representa una regla general que esta conducta tipificada pueda aplicarse exclusivamente a la vulneración de derechos relacionados con la propiedad intelectual, pues el aprovechamiento indebido de la reputación ajena ocasionada por un operador económico podrá generarse sin que sea necesaria la afectación a signos distintivos como en el caso del uso indebido y no autorizado de una marca o de un nombre comercial.

En este sentido, la normativa es tan amplia y general que requiere tan solo de la presencia de dos características; a) que la utilización desleal de la reputación ajena sea utilizada en beneficio propio de quien la genera o de un tercero; y b) que dicha reputación tenga connotación en el ámbito industrial, comercial e incluso profesional, espacios en los cuales el operador económico afectado demuestre haber alcanzado un prestigio por los bienes o servicios que ofrece en el mercado.

En relación con este segundo elemento, es evidente que los indicados ámbitos del mercado estarán en su mayoría de casos relacionados directa o indirectamente con la vulneración de signos que distingan los productos o servicios que se ofertan por parte de un operador económico, sin embargo cuando se hace referencia al ámbito profesional, indudablemente no nos encontramos frente a vulneraciones relacionados a instituciones de la propiedad industrial, tal sería el caso de un profesional de la Arquitectura que se aprovecha de la experiencia de otro competidor, promocionando su colaboración en obras en las que jamás participó.

Por otro lado, quien alega esta conducta –es decir el legitimado activo– obligatoriamente deberá demostrar su reputación, razón por la que está obligado a indicar el grado de penetración en la mente de los consumidores, de los productos o servicios ofertados, a lo cual se podrá sumar toda la inversión realizada para su posicionamiento,<sup>88</sup> de forma que, cuando la Ley menciona el “*aprovechamiento de la*

---

<sup>87</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 6.

<sup>88</sup> Al respecto considero pertinente hacer referencia al contenido del Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899, Suplemento 9 de Diciembre del 2016, el cual en su Libro III, Título III, Capítulo XV hace una expresa mención a los Signos Distintivos Notoriamente conocidos a partir del art. 459.

Para los fines de interés de esta cita, es importante indicar que el artículo 460 del cuerpo normativo señalado enumera los factores entre otros que podrán ser valorados para alegar la notoriedad de una marca o de un nombre comercial, entre los que menciona el grado de conocimiento entre el público en general, la inversión efectuada para su posicionamiento, la cifras de las ventas realizadas, el valor contable del signo que deberá ser registrado como un intangible, volumen de pedidos, etc.

*reputación ajena*” considera aspectos beneficiosos o de algún tipo de ventaja y, además esto implica que el perjuicio generado no deberá verificarse frente a cualquier clase de competidor u operador económico, sino únicamente de aquellos de los que se pueda obtener algún tipo de ventaja al realizar una comparación al beneficiarse de la fama que ha obtenido en el mercado. En conclusión, la comparación antes señalada siempre hará mención a referencias positivas, buscando aprovecharse de manera desleal del prestigio empresarial del otro, ya que si la referencia es sobre asuntos negativos, el comportamiento obligatoriamente muta en actos de denigración.<sup>89</sup>

**La violación de derechos empresariales:**<sup>90</sup> nuestro ordenamiento jurídico define al secreto empresarial como una información no divulgada que pueda ser usada en el ámbito productivo, industrial o comercial, existiendo la posibilidad de que sea transmitida a un tercero. Para lo cual se establecen los siguientes parámetros: a) que la información sea secreta entendiendo a la misma como el contenido que pueda expresar la configuración y composición de ciertos elementos que no sean conocidos o fácilmente accesibles por las personas que se encuentran dentro de ese ámbito del mercado en el cual se utiliza esa clase de información y, b) que la información tenga un efectivo o un potencial valor comercial por tener la calidad de secreta.

Además la LORCPM considera como conductas desleales de forma específica a aquella divulgación o explotación de información que haya sido realizada por aquel operador económico que no estaba autorizado para hacerlo, o también por aquel que teniendo la posibilidad de acceder de forma legítima a ella, tiene una obligación de confidencialidad para no revelarla.

Por otro lado, legalmente se considera como desleal la información que haya sido adquirida mediante actos ilegales o contractuales como el espionaje industrial, la falta de cumplimiento que emergen de un convenio o de la propia ley, el abuso de confianza, la actuación para inducir al cometimiento de cualquiera de las mencionadas situaciones, y la adquisición de una información comercial por parte de un tercero que sabe o conoce que dicha adquisición es completamente contraria al derecho.

---

<sup>89</sup> Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Competencia digestos ecuatoriano*, 428-431.

<sup>90</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 7.

En la parte formal, el resguardo o protección de un secreto empresarial puede ser objeto de depósito ante un notario público en sobre sellado quien estará obligado a comunicar a la autoridad competente en materia de propiedad intelectual sobre su recepción.<sup>91</sup>

Bajo estos criterios legales se puede afirmar que será considerada desleal tanto la divulgación como la explotación de un secreto empresarial a pesar de tener un conocimiento legítimo de dicha información pues –quien la obtenga- estará en la obligación de mantener reserva sobre la misma, lo que conlleva a requerir necesariamente de la autorización de su titular para hacerla pública, así también se reputará desleal cuando esa información fue obtenida de manera ilícita. Doctrinariamente se exige que el infractor actúe con el ánimo de obtener provecho de forma directa o a favor de un tercero o también esta conducta se configurará cuando lo que se pretenda es generar el perjuicio al titular del secreto.<sup>92</sup>

Según Eduardo Galán Corona<sup>93</sup> esta figura contemplada y tutelada por el Derecho de la Competencia Desleal tiene que cumplir con 4 características que permitan hacer eficaz su protección, siendo estas:

**i) Que la información tenga el carácter de empresarial.-** lo que significará que la misma contenga datos que estén relacionados a hechos, procedimientos, características que pretenden que no sean difundidas al público en general, etc.

Esta característica permite que la información protegida bajo la figura del secreto empresarial sea transmitida, al ser un objeto de conocimiento, razón esta por la cual las

---

<sup>91</sup> Resulta pertinente hacer referencia a lo indicado en el del Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899, Suplemento 9 de Diciembre del 2016, Libro III, Título VII, Capítulo I Art. 545.- Protección de secretos empresariales.- En todo proceso o diligencia que involucre secretos empresariales, la autoridad respectiva deberá adoptar todas las medidas necesarias para proteger dichos secretos.

Únicamente la autoridad competente y los peritos designados tendrán acceso a la información, códigos u otros elementos, y exclusivamente en cuanto sea indispensable para la práctica de la diligencia de que se trate. Todos quienes de conformidad con el inciso anterior tengan acceso a tales secretos quedarán obligados a guardar absoluta reserva y quedarán sujetos a las acciones que este código y otras leyes prescriben para la protección de los secretos empresariales.

En cualquier caso, la autoridad competente podrá abstenerse de ordenar a una de las partes del proceso que revele secretos empresariales, cuando, en opinión de dicha autoridad, la revelación resulte impertinente a los fines del proceso.

<sup>92</sup> M. Merce Darnaculleta i Gardella, *La Competencia Desleal*, (Madrid: Iustel, 2007), 60-1.

<sup>93</sup> Eduardo Galán Corona, *Violación de secretos* en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 356-9.

cualidades subjetivas de las personas no podrían estar dentro de las supuestas conductas sancionadas.

La particularidad de esta información es que la misma debe referirse a asuntos relacionados con la actividad empresarial, lo que podría ser que se trate de aspectos relacionados a ideas, productos, procedimientos o experiencias, vinculadas con la actividad económica, de ahí que el objeto del secreto empresarial pueden ser invenciones que sirvan o no para obtener una patente, descubrimientos de tipo científico, planes financieros, experiencias técnicas; por lo cual el secreto puede estar relacionado exclusivamente al ámbito técnico industrial o únicamente al aspecto comercial.

**ii) El carácter secreto de la información.-** para esta característica se ha considerado dos criterios tanto la falta de conocimiento generalizado de la información que le pertenece al operador económico; y la dificultad en el acceso a la misma por aquellos sujetos del mercado para los cuales ésta es relevante.

**iii) El secreto empresarial debe otorgar alguna ventaja competitiva a la información que contiene.-** la razón de ser de esta característica, tal como lo indica el autor citado, debe necesariamente demostrar la ventaja real y objetiva que se tiene por la información no divulgada para su propietario dentro de la actividad del mercado en la cual se desenvuelve. Por ello el secreto empresarial debe englobar un obligatorio valor comercial que dependerá de forma directa del carácter de secreto pues al ser de libre acceso desaparecería inmediatamente la ventaja que se otorga para su titular, de ahí que es necesario que esta información se mantenga desconocida por terceros.

**iv) La existencia de medidas tendientes a mantener el carácter de secreto de la información.-** Por último, el mencionado doctrinario no únicamente hace referencia a las características de la información que debe contener el secreto empresarial, por el contrario va más allá y considera que es necesario para la valoración de esta conducta ilegal que se hayan realizado los obstáculos o trabas que no permiten que se amplíe el conocimiento del contenido de dicha información.

En otras palabras, medidas tendientes a que no se pueda conocer lo que el operador económico ha considerado como un valor agregado a su actividad económica, estos impedimentos para la publicidad de la información pueden ser de naturaleza

jurídica como es el caso de los acuerdos de entendimiento que contienen cláusulas de confidencialidad como también obstáculos de carácter técnico que implican una limitación al acceso de la documentación que contienen los lugares en donde reposan los datos que están siendo protegidos.

Por lo tanto, y en palabras del propio Bercovitz al hacer referencia expresa a la protección de los secretos empresariales indica:

...que el secreto empresarial así descrito constituye un bien inmaterial... ideas o elementos ilimitadamente reproducibles, que como tales pueden ejecutarse un número ilimitado de veces, que tienen autonomía suficiente frente a sus creadores para permitir su trasmisión independiente y su explotación económica por parte del tercero adquiriente... pero es un bien peculiar ya que al consistir en una idea, en un conocimiento, es susceptible de ser poseído simultáneamente por una pluralidad indefinida de personas. De ahí que sea precisa la intervención del ordenamiento jurídico para ser efectivo el señorío sobre el mismo, lo que se lleva a cabo en este caso, no mediante la concesión de un derecho de exclusividad si no a través de las normas represoras de la competencia desleal...<sup>94</sup>

**La Inducción al cometimiento de infracciones contractuales**<sup>95</sup> Se trata de una conducta cuya tipificación es prácticamente idéntica a la que consta en otras legislaciones,<sup>96</sup> esta se caracteriza por la intervención de un tercero en una relación contractual de la cual no es parte, motivado para generar un incumplimiento de lo pactado, con el objetivo de obtener un beneficio por la infracción a la que se induce<sup>97</sup> o a pesar de darse una terminación regular del contrato lograr un efecto concurrencial como una ventaja con la difusión de un secreto comercial o cuando dicha terminación

<sup>94</sup> *Ibíd.* 20

<sup>95</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 8.

<sup>96</sup> Lo afirmado se verifica en la Legislación Colombiana en su *Ley 256*; Diario Oficial No. 42692 18 de Enero de 1996, **Artículo 17**: “Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”.

De su parte la Legislación Española en su España, *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*; Boletín Oficial Español, número 10, 11 de enero 1991, Capítulo II. **Artículo 14. Inducción a la Infracción Contractual 1.** Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. **2.** La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

<sup>97</sup> Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Competencia digestos ecuatoriano*, 446-7.

vaya acompañada de actos de engaño, así como también encaminada a eliminar a un operador económico en el mercado.

De manera amplia, se identifica a este acto desleal mediante tres supuestos diferentes que son: a) la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, acto que se configura cuando se genera una influencia sobre trabajadores, proveedores, clientes y en general demás obligados del operador económico con la finalidad de que se irrespeten los deberes contractuales asumidos con el competidor del sujeto agente que los provoque; b) la inducción a una terminación regular de una relación contractual siempre que tengan por finalidad fines concurrenciales; y c) el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida por el tercero beneficiado; estas dos últimas conductas se caracterizan porque la relación contractual finaliza ya sea con la influencia del operador económico que obtiene una ilegal ventaja de dicha conclusión o aún sin que de su intervención utilice a su favor una infracción de este tipo, para lo cual deben verificarse requisitos adicionales tales como la intención de aprovecharse de un secreto industrial o empresarial, actuaciones ilegales como el engaño o con la finalidad u objetivo de eliminar competidores.<sup>98</sup>

Para finalizar, a criterio de María Domínguez Pérez<sup>99</sup> dentro de esta conducta se encuentran presentes los siguientes elementos característicos:

**1) Existencia de una relación contractual**, sin la cual no habría la posibilidad del incumplimiento de deberes contractuales cuya infracción pueda ocasionar un aprovechamiento indebido, y tampoco un contrato cuya terminación regular pueda ser inducida, esta característica exige la presencia de una finalidad concurrencial, es decir, deberá verificarse la actuación del sujeto agente del comportamiento que obligatoriamente deberá tener una participación en el mercado y conforme nuestra legislación además deberá ser un competidor del operador económico afectado.

**2) La deslealtad *ipsu iure* y las circunstancias de deslealtad**, todos los supuestos considerados en la conducta analizada, exigen como presupuesto una acción de inducción, la diferencia radica en configurar el ilícito de deslealtad de forma automática o no.

---

<sup>98</sup> M. Merce Darnaculleta i Gardella, *La Competencia Desleal*, (Madrid: Iustel, 2007),, 61.

<sup>99</sup> María Domínguez Pérez, *Inducción a la infracción contractual*, en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 384-7.

En aplicación a la legislación ecuatoriana, para lo contemplado en el inciso primero del numeral 8 del artículo 27 de la LORCPM, estamos frente a una inducción a infracciones de deberes contractuales básicos, la misma que al presentarse de pleno derecho configurará, en palabras de la autora antes citada, conductas reprobables para la competencia desleal; situación que difiere del planteamiento del supuesto recogido en el segundo inciso de la misma norma y numeral invocado, pues la inducción a la terminación regular de un contrato será considerada desleal únicamente si se presentan las circunstancias ahí descritas.

**Violación de normas**<sup>100</sup> conforme nuestra legislación, se configura como un acto de deslealtad dentro del mercado la conducta generada por un operador económico que obtenga una ventaja por el abuso injustificado de la sustanciación de procesos administrativos y judiciales, así como también por el incumplimiento de normas vigentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y la participación en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes para hacerlo.

Evidentemente esta conducta regulada en la forma prevista por el legislador evidencia problemas de aplicación práctica, el primero de ellos es demostrar que la ventaja obtenida es significativa, criterio subjetivo que quedará en la valoración de la autoridad competente y el segundo es conocer cuando se configura esta conducta, pues resultará realmente complejo determinar cuándo se tendrá un efecto anticoncurrencial por litigar de forma excesiva o cuando el incumplimiento de una norma tributaria, laboral o civil resulta ser la causante de obtener un beneficio para el operadores económico, así como determinar que la ausencia de permisos a más de las sanciones administrativas tendría efecto en materia de competencia desleal.

En este tipo complejo de conducta Fernando Carbajo Cascón, lo clarifica de esta manera:

El objetivo común perseguido por el legislador al tipificar los tres ilícitos... no es otro que el de garantizar la posición de igualdad ante la Ley de los operadores económicos en el desarrollo del juego competitivo, susceptible de verse alterada por las ventajas que pueden obtener en el mercado quienes no respetan la legalidad vigente frente a los que cumplen puntualmente con sus obligaciones legales, sea porque la infracción normativa y las ventajas significativas obtenidas de la misma producen una alteración *par conditio concurrentium*, sea porque la violación de normas que se ocupan de regular la estructura

---

<sup>100</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 9.

y funcionamiento del mercado implican de por sí una distorsión o falseamiento de la igualdad en el mercado o sea porque con la tipificación de un comportamiento concreto quiere prevenir y reprimir un comportamiento especialmente perjudicial para los competidores, el mercado e incluso para la dignidad humana. Como señala el maestro Alberto Bercovitz, la libre competencia en el mercado parte de la base según la cual todos los competidores deben cumplir las obligaciones legales que les corresponden, razón por la cual se debe prevenir y reprimir la adquisición de una posición de ventaja frente a los competidores derivada del hecho de infringir normas jurídicas<sup>101</sup>.

**Las prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores** <sup>102</sup> este tipo de conducta evidencia el modelo social abarcado por nuestro sistema normativa, en el cual los derechos tutelados no son únicamente los de los operadores económicos sino además los intereses generales representados por la protección de los consumidores.

Son varias las conductas que sanciona este supuesto que se verifican con listado no limitativo de lo que puede ser considerado como actos de competencia desleal, entre estos están: a) el aprovecharse de la debilidad, desconocimiento, ingenuidad del consumidor; b) el acoso como mecanismo para presionar al consumidor; c) el obstaculizar la terminación de los contratos por los bienes o servicios adquiridos, obligándolo a realizar tediosos y largos procedimientos; d) amenaza para iniciar acciones legales cuando no exista el fundamento para realizarlo; y e) la suscripción de contratos de adhesión que perjudique los derechos de los consumidores o usuarios, para lo cual se deberá tomar en consideración la normativa aplicable en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.<sup>103</sup>

En este primer capítulo se ha producido una amplia recolección de doctrina relacionada a la competencia desleal en la cual de manera general se ha identificado sus características partiendo desde sus antecedentes jurídicos, como sus ámbito de protección y la naturaleza jurídica tan específica que resulta tener esta área de Derecho. Ha merecido una especial atención de análisis los diferentes actos de deslealtad procesal en base a la doctrina y al contenido de nuestra legislación.

---

<sup>101</sup> Fernando Carbajo Cascón, *Violación de normas*, en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 411

<sup>102</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27** numeral 10.

<sup>103</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 116, Suplemento, 10 de Julio del 2000, **art. 2** inciso 3 y **art. 41** al 44.

Resulta además de gran importancia entender el alcance objetivo y subjetivo de protección de la competencia desleal, y la comprensión específica de la necesidad de tutelar de forma efectiva los intereses de todos los actores del mercado. Es decir los derechos que representen el interés general –a través de la protección a los consumidores-, pero sin desentenderse de proteger los legítimos intereses particulares exigidos por los diferentes operadores económicos.

Por lo tanto, la competencia desleal a criterio personal se justifica no únicamente para evitar externalidades en el mercado, sino además para proteger de forma equitativa el interés público y privado, mediante la normativa aplicable. La omisión en la protección de cualquiera de ellos genera ineficiencia en el deber de la tutela judicial efectiva.



## Capítulo Dos

### Los mecanismos de defensa en materia de competencia desleal

#### 2. Distintos modelos procesales para la aplicación de preceptos que regulan las prohibiciones y sanciones a los actos de competencia desleal.

Conforme lo analizado, es evidente que la legislación ecuatoriana –al menos en la parte sustantiva– abarca de manera general las diferentes conductas sancionables en materia de competencia desleal. Sin embargo, la interrogante es identificar si ¿es idónea la parte adjetiva o procedimental vigente en nuestra legislación para sancionar el cometimiento de conductas desleales en el mercado al amparo de los derechos de los operadores económicos?. La respuesta será planteada bajo las diferentes posibilidades que nos presenta la normativa ecuatoriana ante actos de deslealtad en el mercado, diferenciándolos de aquellos que impliquen la vulneración de derechos en materia de propiedad intelectual, así como de los actos pura y simplemente desleales.

En todo sistema en el que existe competencia habrá también una probabilidad inminente de que se presenten casos de competencia desleal. Ahora, lo deseable será que en el mercado triunfe el operador económico que sea capaz de proporcionar el producto más útil y eficaz o que preste un servicio de manera más satisfactoria a favor de los intereses de los consumidores, por lo que a manera de una temprana conclusión se puede afirmar que el consumidor y el competidor honesto son quienes deben tener la posibilidad de accionar todos los mecanismos necesarios para obtener una protección en contra de la competencia desleal.<sup>104</sup>

Esta tutela requerida no tendrá respuesta exclusivamente en las leyes relacionadas a la propiedad intelectual, pues pese a que se encuentra íntimamente relacionada con la sanción a los actos concurrenciales –como es en el caso de la explotación de la reputación ajena o en el cometimiento de actos de confusión–, esta rama del derecho será únicamente una parte específica de un sector más amplio, que es el ordenamiento jurídico de la competencia desleal. Por lo indicado, es la propia

---

<sup>104</sup> Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), *Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación actual*, (Ginebra: 1994) 11-3. Véase: [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO\\_PUB\\_725s.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO_PUB_725s.pdf).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –en adelante OMPI– la que al tratar esta situación ha afirmado:

...Sin embargo y a pesar de estos objetivos comunes, la práctica leal en el mercado no puede garantizarse únicamente mediante la protección de los derechos de propiedad industrial. Hay una amplia gama de actos desleales como la publicidad engañosa y la violación de los secretos empresariales que normalmente no son tratados en las legislaciones específicas sobre propiedad industrial. Por lo tanto, la ley de competencia desleal es necesaria para complementar las legislaciones sobre propiedad industrial o bien, para conceder un tipo de protección que dichas leyes no pueden suministrar. Para satisfacer esta función, la ley de competencia desleal debe ser flexible y la protección que ofrezca debe ser independiente de cualquier formalidad...La ley de competencia desleal debe poder adaptarse a todas las nuevas formas de comportamiento comercial. Dicha flexibilidad no implica necesariamente que no se puedan predecir. Por supuesto, la ley de competencia desleal nunca puede ser tan específica como la legislación sobre patentes o marcas; sin embargo, la experiencia en muchos países ha demostrado que es posible desarrollar un derecho de la competencia desleal eficaz y flexible, y al mismo tiempo garantizar una previsibilidad suficiente.<sup>105</sup>

Con fundamento en lo indicado y de manera general se pueden identificar dos sistemas normativos relacionados a la protección contra la competencia desleal conforme lo desarrolla María Elena Jara Vázquez:<sup>106</sup>

1.- *Aquella protección que se fundamenta en la legislación general sobre responsabilidad extracontractual y/o en la protección que se basa en la legislación de propiedad industrial en general*; según la citada autora el concepto de competencia desleal surge a partir de la interpretación realizada al Código Civil Francés –año 1850- sobre la responsabilidad extracontractual. El principal obstáculo para la aplicación de esta concepción es la necesidad de la verificación de un daño o perjuicio patrimonial, con lo cual se estaría marginando la posibilidad de prevención que resulta ser fundamental -e incluso en ciertos casos el objetivo mismo- en la exigencia de protección que buscan los operadores económicos que se han visto perjudicados por actos de competencia desleal.

---

<sup>105</sup> *Ibíd.* 13-4.

<sup>106</sup> Aspecto de la investigación que se fundamenta en María Elena Jara Vázquez, *La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 215-7. Conforme lo indica la autora citada se trata de una esquematización parcialmente basada en World Intellectual Property Organization (WIPO): “Protection against unfair competition. Analysis of the present world situation”, Geneva, 1994, 20-1

Esta vertiente se visualizará según la OMPI principalmente en aquellos países<sup>107</sup> en los cuales existe una marcada tradición en el derecho civil, que persigue la protección del empresario honesto, cuyo fundamento estará en la norma general que sanciona el acto ilícito como tal.

La misma autora, acota que este sistema se caracteriza además porque en diferentes realidades legislativas se ha considerado a la propiedad industrial como parte de la competencia desleal. Existiendo entre las distintas familias jurídicas una diversa forma de asimilación, así en el derecho angloamericano la normativa relacionada a marcas por ejemplo, ha sido considerada como un avance del derecho a la competencia desleal en el trato de ilícitos específicos. De su parte, los sistemas jurídicos que provienen de un origen legislativo romano germánico se han caracterizado porque su normativa sobre propiedad industrial ha incorporado de forma progresiva aspectos que se relacionan con la competencia desleal.<sup>108</sup>

2.- *La protección de la competencia desleal que se fundamenta en una legislación especial*; se indica como primer antecedente de este sistema de protección a la Ley alemana de 1909, a partir de la cual se expidieron cuerpos normativos independientes y específicos. En el caso de la comunidad andina se debe considerar el desarrollo legislativo en materia de competencia desleal que se produce en Colombia y Perú<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Organización Mundial del Propiedad Intelectual (OMPI), *Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación actual*, (Ginebra: 1994) 11-13. Se toma a manera de ejemplo las legislaciones de países como Francia, Italia y lo Países Bajos. Véase: [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO\\_PUB\\_725s.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO_PUB_725s.pdf).

<sup>108</sup> En el caso ecuatoriano fue en un principio la Ley de Propiedad Intelectual la que incorporó durante su vigencia normas relacionadas a la Competencia Desleal, las que incluían además las acciones previstas para su protección. Con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, como ha quedado indicado en el presente trabajo de investigación fue extraída esta normativa para su tratamiento específico.

<sup>109</sup> Legislaciones que resultan ser un referente para el caso ecuatoriano debido a su desarrollo. Es importante citar nuevamente a María Elena Jara Vásquez, “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina.” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003) 92-3, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%C3%B3n.pdf>.

Autora que en su obra indica que la legislación colombiana, se encuentra recogida en la Ley 256 – misma que toma como base la legislación española-, en la citada normativa a diferencia de lo que sucede en nuestro país se otorga competencias para conocer los actos de competencia desleal a favor de los jueces comerciales. A más de ello, su Ley 144 que data desde el año 1998, reguló las facultades de la Superintendencia de la Industria y Comercio para el conocimiento de actos de competencia desleal. Entidad pública que para el conocimiento y resolución de los actos relacionados con nuestra materia de estudio, estarán a cargo de la denominada *División de Promoción de Competencia Desleal*.

Los ordenamientos jurídicos que acogen este sistema se caracterizan por incorporar cláusulas generales así como cláusulas abiertas en las cuales se ejemplifican ciertos actos que deben ser considerados como de competencia desleal. El adoptar una normativa específica además no impide que las mismas se combinen con normas de carácter general de la legislación civil, previendo sanciones de este tipo.

Por último, en cuanto a los sistemas de protección en materia de competencia desleal la OMPI considera que existe una tercera posibilidad<sup>110</sup>:

3.- *La combinación de los dos sistemas*; esta es una variación que se presenta en varios países en los cuales se ha adoptado el Convenio de París, en estos casos se prevé una combinación entre la norma civil –de carácter general–; las leyes especiales y además jurisprudencia aplicable. Ejemplo de este sistema es el caso de los Estados Unidos de América, país en el cual se expidió una Ley Federal instaurando la Comisión Federal de Comercio, para posteriormente emitir la denominada Ley de Marcas que dio paso a reglamentaciones progresistas ubicadas en leyes comerciales y de protección del consumidor que fueron adoptadas por los diferentes estados.<sup>111</sup>

## 2.1 Sistemas de protección acoge el Ecuador en materia de competencia desleal

En el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde una perspectiva constitucional, el régimen de desarrollo se presenta bajo parámetros de crecimiento no únicamente económicos, sino más bien se concibe un desarrollo integral, en el cual los ciudadanos gocemos de derechos, asumamos responsabilidades y presentemos conductas de armonía con la naturaleza. Bajo esta concepción general, la soberanía económica consiste en afirmar que el mercado no será el único criterio de valoración

---

En el caso peruano, la regulación de las conductas anticompetenciales estarán a cargo de la Ley de represión de la competencia desleal la misma que estable un procedimiento administrativo a ser sustanciado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. Esta legislación, al igual que en el caso ecuatoriano las acciones civiles producto de los actos de competencia desleal que generen indemnizaciones de daños y perjuicios cometidos por los infractores, deberán iniciarse se tenga un pronunciamiento favorable en la vía administrativa.

<sup>110</sup> Organización Mundial del Propiedad Intelectual (OMPI), *Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación actual*, (Ginebra: 1994) 21-2. Véase: [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO\\_PUB\\_725s.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO_PUB_725s.pdf).

<sup>111</sup> *Ibíd.*

para el desarrollo, siendo indispensable que tanto el Estado como el mercado asuman sus responsabilidades frente a los ciudadanos y a las comunidades en general.<sup>112</sup>

Es decir, se evidencia que el régimen de desarrollo tendrá como objetivo impulsar la producción privada interna, mediante el desarrollo de los pequeños y medianos productores, tutelar los derechos de los consumidores, estableciendo regulaciones que eviten monopolios, oligopolios e intentando eliminar totalmente actos de competencia desleal o de abuso de posición de dominio en el mercado. Estos objetivos no solo que podrán alcanzarse mediante un estricto control con la intervención de entidades públicas, sino además justifican el accionar del Estado dentro del mercado.

Conforme lo expuesto, resulta ser coherente que el máximo nivel normativo en la legislación ecuatoriana ordene en su contenido que el Estado tiene el deber de intervenir directamente en la regulación y control de las relaciones que surjan entre operadores económicos (artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador), gozando la autoridad pública competente de una clara potestad sancionadora frente a prácticas monopólica u oligopólica, así como frente a *otras prácticas de competencia desleal*.<sup>113</sup> Todos estos mecanismos a su vez estarán regulados en cuerpos legislativos secundarios<sup>114</sup>.

Bajo todas estas consideraciones en nuestro país, se creó un órgano de control y vigilancia de carácter técnico como la Superintendencia de Control y Poder del Mercado -en adelante SCPM-, entidad que entre sus competencias tendrá a su cargo la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación de las conductas desleales.<sup>115</sup> Actuaciones amparadas tanto en la LORCPM, así como en su respectivo Reglamento<sup>116</sup> el cual fue expedido mediante Decreto Ejecutivo. En este último se regula todo el procedimiento que permite iniciar acciones en contra de los operadores económicos que han cometido actos de competencia desleal.

---

<sup>112</sup> Nicole, Pérez Ruales, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*, en Ramiro, Ávila Santamaría ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la Doctrina y el derecho comparado*, 1 ed. (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 207-8.

<sup>113</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008, art. 335.

<sup>114</sup> Al referirnos a cuerpos legislativos secundarios hacemos referencia al orden jerárquico de aplicación normativa reconocida en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 425.

<sup>115</sup> *Ibíd.* Capítulo IV, Sección 2ª Control, Vigilancia y Sanción. Artículos 36 y ss.

<sup>116</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012.

En este punto, corresponde identificar si el sistema procedimental acogido por el Ecuador en materia de competencia desleal, cumple el objeto de su protección, siendo este el enjuiciamiento de la deslealtad, así como la determinación de las diferentes prácticas prohibidas.

Es claro que tenemos una concepción sustantiva de la materia no centrada exclusivamente en la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino por el contrario en una concepción amplia que se fundamenta en la protección del orden económico en cuanto a lo relacionado a intereses privados de los competidores, al interés colectivo de los consumidores y al interés público del Estado para mantener la eficiencia económica.<sup>117</sup>

A criterio de la ya citada María Elena Jara, el caso ecuatoriano se enmarca dentro del modelo regulatorio de protección contra la competencia desleal *basada en la legislación especial*, normativa que abarca las disposiciones relativas a los ilícitos antitrust como a la sanción de actos de competencia desleal, todas estas actualmente condensadas en la LORCPM.<sup>118</sup>

Sin embargo, esta correcta afirmación que se fundamenta en la estructura legislativa de la competencia desleal ecuatoriana puede presentar ciertos matices si analizamos la variedad de posibilidades que pueden presentarse frente a una conducta concurrencial relacionadas al amparo de los objetivos que debe tutelar esta rama del derecho.

Para sustentar lo indicado, es necesario remitirnos y analizar el inciso primero del artículo 26 de la LORCPM,<sup>119</sup> que a criterio personal establece una “regla del

---

<sup>117</sup> Aurelio Menéndez, *La competencia desleal*, 1 era. ed. (Madrid: Civitas, 1988), 95-6.

<sup>118</sup> María Elena, Jara Vázquez, *La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 216-17. Criterio que además es compartido en la obra de Juan Carlos, Riofrío Martínez- Villalba y Marcelo, Marín Sevilla editores, *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, 1 era. ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2010), 405, cuando se afirma “La LORCPM ha pretendido unificar la legislación en materia de represión de la competencia desleal (incluidas las que tratan el tema publicitario), y evitar las contradicciones o superposiciones de los supuestos de la competencia desleal. Se ha buscado homogeneizar la materia de represión de la competencia desleal, estableciendo que sus disposiciones son aplicables a todas las conductas que se realicen en el mercado con fines concurrenciales, incluyendo aquellas realizadas en la actividad publicitaria”.

<sup>119</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 26 inciso primero**. Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan,

mínimis”<sup>120</sup> en la cual se evidencia que la intención del legislador es que no todo acto calificado como una conducta desleal pueda buscar su protección mediante esta normativa especial.

Así, conforme el citado artículo merecerán la atención de la legislación específica de competencia desleal únicamente aquellos hechos, prácticas o actos desleales capaces de atentar contra el orden público económico representado en los intereses del bienestar general o de los derechos de los consumidores. En otras palabras, lo que se pretende garantizar de manera prioritaria es la tutela de los intereses de los usuarios y promover de esta manera la concepción constitucional del régimen de desarrollo.<sup>121</sup>

Incluso, el segundo inciso del referido artículo 26, es claro en presentar un manto de ambigüedad al afirmar que la protección frente a conductas desleales que impliquen la afectación de derechos consagrados en materia de propiedad intelectual y que no signifiquen una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores deberán ser conocidos, resueltos y en su caso sancionados por la autoridad nacional competente en esa materia –es decir por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante SENADI) anteriormente Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI)-.

Con lo indicado, conforme a las especificaciones legislativas tendremos las siguientes posibilidades para la protección de derechos de los operadores económicos en materia de competencia desleal:

a) *La tutela para la protección de la eficiencia económica y de los consumidores* que se dará frente aquellos casos en los que se presente el cometimiento de una conducta de deslealtad en el mercado, siempre que esta afecte precisamente a la llamada eficiencia económica, al bienestar general o a los derechos de los consumidores e independientemente de que implique la vulneración o no de derechos de propiedad intelectual.

---

restringan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios...

<sup>120</sup> Similar a la contenida para los casos de Defensa de la Competencia en Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 13**.

<sup>121</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 26 inciso segundo**. ...Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.

Es importante indicar, que pese a lo común de los términos recogidos en la normativa especial que regulan este primer supuesto, conceptos como el de la eficiencia económica no han sido resueltos o desarrollados por la SCPM y menos aún por las autoridades jurisdiccionales competentes.

La doctrina especializada ha planteado la noción de lo que debe entenderse por eficiencia económica, a través de afirmaciones como las de Adam Smith quien reflexionó acerca de que las virtudes de los diferentes mecanismos del mercado, únicamente serán valorados a través de un sistema de pesos y contrapesos de una competencia perfecta, circunstancia que implica que en una economía no exista un operador económico o consumidor lo suficientemente grande para que influya en el precio con el cual se comercializan ciertos bienes y servicios. A través de la eficiencia económica, lo que se busca es que los consumidores accedan a productos mediante las técnicas más adecuadas y a través del uso de la menor cantidad de insumos posibles<sup>122</sup>.

Por lo indicado, lo óptimo sería la presencia permanente de la eficiencia económica como producto de una competencia perfecta, sin embargo en el mercado se pueden presentar una serie de circunstancias en las que para tutelar el interés general sea necesario la intervención estatal. En otras palabras los criterios de la competencia perfecta, sin ningún tipo de intervención cada vez están más cerca de un simple concepto utópico que de la realidad.

En este sentido la jurisprudencia constitucional colombiana, se ha pronunciado en relación a que la garantía a la libertad de empresa o libertad económica –como derecho fundamental- obligatoriamente debe estar limitada por el interés general y la responsabilidad social. Esta Alta Corte colombiana exige que la limitación a los derechos antes mencionados debe caracterizarse por la presentación de una doble perspectiva; la primera que exige que los operadores económicos se autolimiten en las actividades que realizan y que puedan afectar al mercado, esto con la finalidad de evitar un uso abusivo de las libertades constitucionales que vayan en detrimento de las garantías fundamentales de los demás miembros de la sociedad; y, la segunda, que concibe la posibilidad que el derecho a la libertad económica o libertad de empresa, se

---

<sup>122</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19a. ed. (México:Mc Graw Hill, 2010), 34-9.

encuentre obligatoriamente limitado por la justificada intervención del Estado en el mercado para la corrección de desigualdades, inequidades u otros comportamientos desleales que puedan afectar a los intereses de otros competidores. La Corte Constitucional colombiana además agrega:

...Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado sólo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”<sup>123</sup>

Con todo lo indicado, frente a una de conducta desleal que vulnere a los intereses generales o a la eficiencia económica se garantizará una respuesta directa y total por la LORCPM. Siendo por tanto, estos casos los adecuados para que se aplique la normativa especial;

b) *La tutela para la protección de los intereses meramente privados*, en estos casos la protección es clara por la legislación especial frente aquellas conductas de deslealtad *que impliquen* exclusivamente una vulneración de derechos en materia de propiedad intelectual, lo cual deberá ser previamente discernido o decidido por la SCPM. Frente a este tipo de circunstancias la legislación garantiza su protección mediante disposiciones relacionadas a esta rama del derecho mercantil, que en el caso ecuatoriano implican la adopción del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación –en adelante Código Ingenios–.

Situaciones, que pese a encuadrarse dentro de la definición de actuaciones de deslealtad en el mercado tendrán procedimientos diferentes en cuanto a la normativa aplicable, distintas autoridades administrativas competentes para conocerlas y la

---

<sup>123</sup> Corte Constitucional Colombiana. “Sentencia de 24 de Marzo del 2010, (Caso demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9,11,12,13,22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009)”, por medio de la cual se dictan normas en materia de competencia, caso número C-228/10, 24 de Marzo del 2010, párr. 7, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>.

sustanciación de un proceso administrativo diferenciado para buscar la sanción correspondiente.

Pese a estas diferencias tanto la LORCPM como el Código Ingenios tienen una lógica preventiva frente a esta clase de conductas, es decir no se requerirá la materialización de los daños para que puedan aplicarse todas sus normas a favor de los operadores económicos que lo requieran.

c) Sin embargo, la legislación especial *no presenta una respuesta* para la *tutela de los derechos de los operadores económicos* frente al cometimiento de comportamientos de deslealtad que atenten únicamente al interés privado y sin que dichas actuaciones signifiquen la vulneración a derechos relacionados con la propiedad intelectual, como por ejemplo en casos de denigración.

El artículo 25 de la LORCPM,<sup>124</sup> únicamente regula a favor del operador económico perjudicado por una conducta desleal la posibilidad de reclamar al infractor la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Por lo tanto, el artículo aludido reconoce la existencia de este derecho siempre que el daño ocasionado sea tangible, verificable, demostrable y sea consecuencia del accionar ilícito de otro competidor. Es importante aclarar que el reconocimiento de estas indemnizaciones será independiente de las sanciones impuestas en vía administrativa por parte de la SCPM.

Por lo indicado, se puede concluir que no existe una vía expedita en el derecho común para tutelar los intereses de los operadores económicos frente actuaciones desleales, ya que ello implicaría la aplicación de la normativa civil y se distancia de los fundamentos de la naturaleza jurídica de la institución de la competencia desleal, al menos en todo aquello que se refiera a las actuaciones preventivas para evitar el cometimiento de conductas concurrenciales. Este criterio será fundamentado y desarrollado con mayor detalle en el capítulo tercero.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 25 inciso cuarto**. ... Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.

<sup>125</sup> María Elena, Jara Vázquez, *La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 223. Expone su criterio de la siguiente forma: “Para casos de menor trascendencia económica, que son los que mayor frecuencia se producen día a día, deben recurrirse a los jueces ordinarios, al amparo de las normas generales de la responsabilidad extracontractual, que como hemos visto, pueden resultar insuficientes sobre todo para prevenir los daños que pueden producirse en actos de competencia desleal”

## 2.2 Procedimientos reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano frente al cometimiento de actuaciones de deslealtad comercial.

La LORCPM y su reglamento se concentra en la protección del sistema cuya tutela significará el bienestar de los consumidores, por lo tanto para su aplicación se exige la existencia de comportamientos que afecten al mercado y únicamente en esos casos podrá intervenir para su investigación y sanción la SCPM como órgano competente.<sup>126</sup> Es decir, resulta evidente el carácter restrictivo en cuanto a la aplicación de la normativa relacionada a la competencia desleal y la exclusiva intervención estatal para su sanción.

La doctrina española, de la cual en gran parte hemos importado la normativa acerca de esta institución jurídica, presenta una lógica diferente, una práctica distinta y que ha permitido que los diferentes operadores económicos se beneficien de la aplicación de la normativa especial e incluso una mayor fiscalización en el mercado para evitar conductas prohibidas.

Al respecto, Aurelio Menéndez<sup>127</sup> indica que al momento de la elaboración de una normativa especial sobre competencia desleal se debe considerar como objetivo central su *efectividad*. A su vez dicha efectividad puede alcanzarse según su criterio mediante un preciso diseño de acciones y procedimiento. Para lo que explica:

i) En referencia a las acciones, establece como una exigencia que deben regularse al menos tres: la acción de cesación para evitar el peligro de un daño futuro; la acción de remoción que busca una rehabilitación de la situación originaria, incluyendo la rectificación publicitaria y la acción de indemnización, ante cuya ausencia debería existir una remisión al derecho general;

ii) En cuanto al procedimiento, a criterio del citado autor, debe ser de naturaleza judicial, dotándole de la posibilidad a la autoridad jurisdiccional competente de emitir medidas provisionales para evitar el daño que puede ser causado. Es enfático Menéndez en indicar en su obra, el rechazo a la llamada *administrativización* de la materia y a la regulación de procedimientos administrativos para solventar los conflictos que se produzcan, principalmente entre privados. Lo dicho, no puede significar de modo alguno que el Estado en representación de sus intereses o de los consumidores se le

---

<sup>126</sup> *Ibíd.* 222

<sup>127</sup> Aurelio, Menéndez, *La competencia desleal*, 1 era. ed. (Madrid: Civitas, 1988), 156-9.

impida actuar en procedimientos de este tipo. Así como también, no es correcto impedir la actuación de la autoridad nacional en materia de competencia desleal en aquellos casos cuya repercusión pueda afectar al mercado; y,

iii) La legitimación activa debe satisfacer a los intereses privados, colectivos y públicos, en otras palabras, deberán tener la posibilidad de reclamar la aplicación de la normativa especial en competencia desleal las empresas, asociaciones profesionales, asociaciones de consumidores o el mismo órgano que represente el interés público del Estado cuyo objetivo deberá ser el mantener un adecuado orden concurrencial.

### **2.2.1. Procedimiento administrativo para la sustanciación de las prácticas desleales consagradas en la normativa ecuatoriana**

Desde una perspectiva general, el procedimiento administrativo es el conjunto de actos de carácter formal que conducen la actuación de la administración pública para la adopción de una decisión. Se trata de un mecanismo que contribuye a la sujeción de decisiones de la Administración a las normas vigentes de un ordenamiento jurídico, pretendiendo asegurar un mayor acierto y calidad de los actos administrativos mediante la recolección de información en la búsqueda para adoptar una solución que sea la más adecuada posible.

En cuanto a su regulación, se establecen dos objetivos: a) La eficiencia de la Administración, y; b) la protección de los derechos de *todos los interesados*, es decir de aquellos que se puedan ver afectados ante la adopción de una resolución que se obtenga de la sustanciación de un procedimiento administrativo.<sup>128</sup> Es claro, que en esta clase de procesos no pueden omitirse las garantías fundamentales, especialmente aquellas relacionadas al debido proceso.

Específicamente la normativa relacionada a la competencia desleal, plantea en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado<sup>129</sup> —en adelante RLORCPM— en sus artículos 30 y 31 los mecanismos administrativos para sancionar a las conductas de deslealtad en el mercado, siempre que estas cumplan con el requisito de la afectación al interés público general.

---

<sup>128</sup> Ricardo, Rivero Ortega, *Derecho administrativo económico*, 7ma. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2015), 133-5.

<sup>129</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 30 y art. 31.**

La citada normativa, plantea el desarrollo de un procedimiento administrativo mediante dos mecanismos que los clasifico según al ente público que se dirige la denuncia correspondiente. Siendo estos:

a) *Mediante denuncia presentada ante el actual Servicio Nacional de Derechos Intelectuales –en adelante SENADI–*<sup>130</sup>, en este caso la norma ordena que ante un acto propositivo por el cometimiento de presuntas prácticas desleales la autoridad pública en cuestión deberá *remitir en consulta* a la Superintendencia de Regulación y Control de Poder del Mercado, para que esta entidad técnica de control se pronuncie sobre la existencia de indicios acerca del cometimiento conductas desleales en el mercado, adicional a ello deberá existir un pronunciamiento sobre si el hecho denunciado cumplen con la regla mínima para que se aplique la normativa especial –LORCPM-. Es decir, los hechos denunciados deberán ser capaces de producir una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores.

La subordinación administrativa frente al cometimiento de conductas de deslealtad concurrencial de parte del SENADI ante la SCPM es tan evidente que esta última podrá ejercer todas las facultades de investigación y recolección de información relacionada al caso en cuestión, así como también adoptar la resolución sobre la existencia del cometimiento o no de prácticas desleales, la cual deberá ser acatada obligatoriamente por la autoridad nacional en material de propiedad intelectual.

De los hechos indicados en la denuncia presentada, se puede dictaminar por parte de la SCPM que las cuestiones que se discuten implican únicamente una vulneración en materia de propiedad intelectual entre operadores económicos, que incluso podrían significar actos de deslealtad en el mercado pero incapaces de afectar al interés general, al bienestar de los consumidores o de los usuarios. En esos casos el conocimiento del proceso administrativo sancionador radicará exclusivamente en la SENADI, debiendo aplicar únicamente el Código Ingenios y la normativa especial sobre la materia. En otras palabras no podrá ni deberá aplicarse LORCPM o su Reglamento para la sanción correspondiente.

---

<sup>130</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1435*, *Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación* y reformado mediante *Decreto Ejecutivo 356*, Registro Oficial 9, 7 de junio del 2017 y posterior reforma publicado en el Registro Oficial 224, 18 de Abril del 2018. Reglamento en el cual en su Artículo 2 crea el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, como organismo adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.

De lo indicado, si un comerciante incurriera en el cometimiento de actos de confusión mediante la utilización de signos distintivos de otro competidor que ha generado como efecto una disminución en las ventas mensuales de su negocio, cuya actividad de ingresos no resulta ser en proporción relevante para el mercado –por lo tanto no afecta al interés general de los consumidores–. Evidentemente nos encontraríamos frente a un acto de competencia desleal en el cual no podremos aplicar la norma especial, es decir LORCPM y para la tutela de los derechos del competidor afectado quedará únicamente las acciones administrativas por la vulneración de un signo distintivo que fue irrespetado.<sup>131</sup> En el citado ejemplo correspondería la aplicación del inciso segundo del artículo 26 de la LORCPM.<sup>132</sup>

b) *Mediante denuncia presentada ante la propia Superintendencia de Control de Poder del Mercado*, en el presente caso el inicio del proceso administrativo podrá tener tres posibilidades determinadas claramente en el RLORCPM:

1.- Si de la denuncia presentada la SCPM determina que los asuntos en cuestión son relativos a la vulneración de propiedad intelectual y que dichas actuaciones no afectan al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios – independientemente que sean o no encasilladas como prácticas desleales–, se remitirá a la SENADI para su conocimiento y sustanciación en los términos ya indicados en el literal anterior.

2.- En el caso de que el contenido de la denuncia implique el cometimiento de actos desleales que afecten al interés general y esta información sea corroborada mediante un proceso preliminar de investigación asumido exclusivamente por la SCPM, que además discernirá si el procedimiento administrativo será sustanciado ante este último órgano técnico de control y vigilancia. En este caso se deberá aplicar la norma específica – es decir la LORCPM–.

En principio, fundamentándonos en la doctrina generalizada, es evidente que la competencia desleal como rama del derecho está llamada a sancionar a las conductas

---

<sup>131</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 30**

<sup>132</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 26 inciso segundo**. ...Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.

deshonestas, sin que importe si superan rangos mínimos o si dichas conductas afectan o no a un mercado relevante,<sup>133</sup> bastando únicamente para su sanción el incurrir en la prohibición legal establecida.

Sin embargo, la legislación ecuatoriana ha priorizado la protección exclusiva al interés general, es decir ha equiparado su tratamiento y sustanciación en el proceso administrativo a las infracciones relacionadas con la defensa de la competencia. Resulta además lamentablemente, que en la acción administrativa sancionadora, ejercida ante la SCPM no exista la posibilidad de proceder a la reparación material de los derechos de los operadores económicos afectados por las conductas de deslealtad.<sup>134</sup>

La preocupación por la identificación de la afectación al interés general para acreditar la intervención de la SCPM en los actos de competencia desleal, se puede apreciar en casos como el de NESTLÉ ECUADOR S.A.<sup>135</sup>, en el que se sancionó al citado operador económico por haber incurrido en prácticas desleales de engaño,<sup>136</sup> que consistieron básicamente en haber realizado estrategias de ventas de sucedáneos de leche materna, mediante la difusión de material publicitario en el cual se informaba a la ciudadanía en general acerca del cumplimiento de normas nacionales e internacionales agregándose los logos del Ministerio de Salud Pública del Ecuador (MSP) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Pese a estar debidamente acreditado el acto de deslealtad en el mercado, a criterio de la autoridad nacional de competencia su intervención se da no únicamente al existir claras muestras de una actuación que inducía al error, sino por los posibles perjuicios que podía ocasionarse en contra de los consumidores finales y del público en general. Para llegar a concluir su actuación en este caso concreto, fue obligatorio realizar una valoración para corroborar el atentado contra la eficiencia económica,

---

<sup>133</sup> Es importante para este tema el considerar Ecuador, *Resolución No.011 Expídanse los métodos de determinación de mercados relevantes de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado (2016)*; en Registro Oficial No. 885 (18 de Noviembre del 2016), Capítulo II. En adelante se cita esta Ley como LORCPM (Corporación de Estudios y Publicaciones).

<sup>134</sup> Patricia Alvear Peña, “Competencia Desleal y Competencia en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado”. 13 de Noviembre 2018. <http://lexadvisorecuador.com/wp-content/uploads/2017/02/Patricia-Alvear-Derecho-Empresarial.pdf>.

<sup>135</sup> Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado, *Expediente SCM-CRPI-005-2017*, Caso NESTLÉ S.A., Comisión de resolución de Primera Instancia, 15 de junio del 2017.

<sup>136</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 27 numeral 2.**

desarrollando un primer análisis sobre la existencia de un mercado relevante y la afectación a los consumidores y usuarios.

Por lo tanto, se pone en evidencia la necesaria verificación de la afectación al interés general para que la SCPM conozca, sustancie y sancione los hechos que consisten en prácticas desleales y por ende aplique la normativa especial. Con estas consideraciones, es además lógico indicar que sin afectación al bienestar común no existirá actuación del órgano competente para tutelar a los operadores económicos de los ilícitos concurrenciales.

### **2.3 La protección administrativa de los derechos de los operadores económicos en los casos de deslealtad comercial.**

*a) Procedimiento administrativo regulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado.-* En este caso se debe indicar que el órgano competente para su conocimiento –según lo analizado– será la Superintendencia de Control y Poder del Mercado la misma que contará con plenas y amplias facultades para la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación de las conductas de deslealtad que cometa un operador económico.<sup>137</sup>

El procedimiento administrativo en la LORCPM está regulado a partir del artículo 53 hasta el 69, siendo los aspectos relevantes su forma de inicio, misma que podrá ser de oficio o mediante solicitud presentada por otro órgano de la Administración Pública y por denuncias del agraviado directo o de las personas naturales y jurídicas que gocen de un interés legítimo para iniciar el procedimiento como tal.<sup>138</sup>

Este primer procedimiento administrativo<sup>139</sup> podrá tutelar los intereses de los operadores económicos siempre que la conducta desleal haya acarreado una afectación

---

<sup>137</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 37 y art. 38**

<sup>138</sup> *Ibíd.* Artículo 53.

<sup>139</sup> En este caso, previo a tratar las circunstancias de fondo este procedimiento administrativo estará precedido por una fase de investigación cuya información será reservada a excepción de la o las personas requeridas. En esta etapa del proceso administrativo –e incluso antes de ella– el órgano de control estará plenamente facultado para realizar actuaciones previas como las de cese de las conductas desleales, el establecimiento de condiciones para continuar con la operación económica del presunto infractor, la suspensión de efectos jurídicos de aquellos actos relacionados con las conductas que sean consideradas como prohibidas y en definitiva cualquier tipo de actuación que considere necesaria para proteger la lealtad entre los consumidores. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del*

al bienestar general, a la eficiencia económica o a los derechos de los consumidores. Además, de culminar con una sanción esta no implicará un resarcimiento de daños pues eso es únicamente viable mediante un proceso jurisdiccional, ya que la SCPM tendrá competencia exclusivamente para la aplicación de las multas administrativas correspondientes.<sup>140</sup>

**b) Procedimiento administrativo regulado por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.-** Conforme fue analizado en el primer capítulo, se ha indicado con el debido sustento que la protección de derechos en materia de propiedad intelectual siempre generan implícitamente el comportamiento de prácticas de deslealtad en el mercado.

Se comprende que un derecho para gozar de esta cualidad y no ser vacío de contenido, debe cimentarse sobre ciertos mecanismos jurídicos que permitan su protección y efectiva aplicación. En Ecuador –similar al caso argentino– las vulneraciones en derechos a la propiedad intelectual entre estos los derechos de autor, signos distintivos o la vulneración de patentes de invención constituyen instituciones jurídicas separadas del régimen de la competencia desleal. Dicha diferenciación incidirá de forma directa en la tutela de los derechos de los operadores económicos.<sup>141</sup>

---

*Mercado*; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 56, 62** y Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 61.**

Únicamente de forma posterior a la fase de investigación, siempre que existan los méritos suficientes conforme a sus resultados se procederá a notificar al denunciado para que haga uso de su derecho a la defensa, tenga la oportunidad de presentar pruebas y de ser necesario sea escuchado en audiencia pública. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 58-60.**

La Resolución que emita la SCPM deberá estar debidamente motivada, pudiendo ser este acto administrativo plenamente impugnado mediante acción o recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo en los casos que se identifiquen a criterio de la parte perjudicada. En estos casos como resulta evidente se atacará al acto administrativo emanado desde la autoridad pública. Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo del 2012, **art. 69.** Es pertinente aclarar que el término para proponer la acción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo será de 90 días desde la fecha de notificación del acto recurrido. Para el caso del recurso de nulidad u objetivo se tendrá un plazo de 3 años desde la vigencia del acto que se recurra.

<sup>140</sup> Dentro de la normativa aplicable para el procedimiento administrativo analizado se deberá tener en consideración a Ecuador, *Instructivo de Sustanciación de Procedimientos de Investigación en sede Administrativa (2014)*; Resolución No. SCPM-DS-070-2013) en Registro Oficial número 162, (15 de enero del 2014). En este cuerpo normativo entre otros aspectos se regula en su Título VI la metodología para el cálculo del importe total de la multa.

<sup>141</sup> Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de la Cuevas, *Derecho de Marcas*, Tomo II, 667-8.

En este caso, toda vulneración en materia de propiedad intelectual en general, será de exclusiva competencia del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, siempre que dicha afectación no atente en contra del interés general o la eficiencia económica, pues, en este caso –previo a la resolución de la SCPM– la norma sobre la que debe sustanciarse el procedimiento administrativo sancionador será únicamente conforme lo dispuesto en la LORCPM.

Según lo ordenado en el Código de Ingenios, los titulares de derechos en materia de propiedad intelectual –es decir los operadores económicos– podrán acceder en vía administrativa a la protección de sus prerrogativas más no al resarcimiento económico por los daños ocasionados.

Entre las principales acciones que otorga el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación en la vía administrativa tenemos:

**1) Acción de tutela administrativa<sup>142</sup>.**- La cual está regulada a partir del artículo 559 del Código Ingenios, calificada como una acción de Observancia Positiva<sup>143</sup> consiste en la potestad que tiene el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales para ejercer funciones de inspección, monitoreo o sanción para prevenir o reprimir las actuaciones que impliquen infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

La actuación de la autoridad nacional en materia de propiedad intelectual, podrá estar motivada por el ejercicio de oficio o a petición de parte interesada. Además para el cumplimiento de las actuaciones en los procedimientos de tutela administrativa, el SENADI podrá adoptar medidas de inspección, requerimiento de información, sanción en los casos de infracción en materia de propiedad intelectual y cualquier tipo de providencia preventiva permitida por el Código Orgánico General de Procesos<sup>144</sup> – en adelante COGEP- .

---

<sup>142</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899, Suplemento 9 de Diciembre del 2016, art. 559 y siguientes.

<sup>143</sup> Definida como toda aquella acción administrativa o judicial que tiene como objetivo o finalidad la protección frente a toda violación de derechos intelectuales así como garantizar el comercio, la competencia y el uso legítimo de productos o materiales que estén protegidos por la Ley. Véase en Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899 Suplemento, 9 de Diciembre del 2016, art. 539 y 540.

<sup>144</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos (2015)*; en Registro Oficial, Suplemento No. 506 (22 de Mayo del 2015), Título III, Providencias Preventivas. Innumerado y agregado después del artículo 133.

La característica principal de este procedimiento administrativo, es que según la naturaleza de la infracción existirá la posibilidad de adopción de medidas cautelares<sup>145</sup> – similares a las actuaciones contempladas en las providencias preventivas, pese a ser instituciones jurídicas diferentes– las mismas que podrán ser aceptadas incluso con el auxilio de la Fuerza Pública. Estas podrán ser aplicadas sobre los productos que sean el resultado de una presunta infracción como en el caso de la utilización de signos marcarios sin la debida autorización de su titular, y; sobre los materiales o medios que sirvan para cometerlas por ejemplo frente a la fabricación de artefactos técnicos que atenten en contra de una patente de invención.<sup>146</sup>

Sobre la acción de tutela administrativa, la legislación ecuatoriana en materia de propiedad intelectual ha decidido otorgarle amplias facultades administrativas a la autoridad nacional competente, las mismas que van desde la posibilidad de iniciar de oficio o a petición de parte una simple inspección ante supuestas infracciones cometidas

---

<sup>145</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899, Suplemento 9 de Diciembre del 2016, art. 565.- Disposición de medidas cautelares.- Atendiendo a la naturaleza de la infracción, se podrá ordenar y practicar una o más de las siguientes medidas cautelares: 1. El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción; 2. El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo, los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios principales que sirvieran para cometer la presunta infracción; 3. La suspensión de la comunicación pública del contenido protegido en medios digitales, ordenada al infractor o intermediario; 4. La suspensión de los servicios del portal web por una presunta vulneración a derechos de propiedad intelectual, ordenada al infractor o intermediario; 5. La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el numeral anterior, que se notificará inmediatamente a la autoridad de aduanas; 6. El cierre temporal del establecimiento del presunto infractor cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción; y, 7. De resultar insuficiente cualquiera de las medidas descritas en los numerales anteriores, se podrá solicitar cualquier otra medida razonable destinada a cesar el cometimiento de la infracción, ponderando los legítimos intereses del titular del derecho de propiedad intelectual y los del presunto infractor. Esta medida será aplicable si no se afecta intereses de terceros. Cuando las medidas cautelares dictadas supongan la aprehensión de productos, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, estará facultada para requerir la colaboración de uno de los depositarios de la función judicial, de aquellos que consten en la nómina que proporcionará el Consejo de la Judicatura. El depositario judicial trasladará los bienes al lugar que se determine, quedando lo aprehendido bajo su responsabilidad. Adicionalmente, tendrá derecho a cobrar al accionante los gastos ocasionados por transporte, conservación, custodia, exhibición, y administración de los bienes bajo su responsabilidad.

<sup>146</sup> La Tutela Administrativa como procedimiento concluirá con una resolución que deberá estar debidamente motivada, la misma que en caso de identificar una infracción de derechos propiedad intelectual podrá disponer: i) la clausura del establecimiento de 3 a 7 días; ii) Multa entre 1.5 SBU hasta 142 SBU. Adicional a esto se podrán adoptar o mantener cualquier medida regulada en la propia normativa. En este procedimiento administrativo se garantizará el derecho a la defensa y la oportunidad de presentar la prueba para ser valorada, existiendo inclusive la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios en los casos en que sin existir infracción alguna de un derecho de propiedad intelectual un operador económico fuera perjudicado por la sustanciación de una tutela administrativa.

en contra de derechos en materia de propiedad intelectual hasta la posibilidad de generar sanciones pecuniarias.

Es decir el SENADI es concebido actualmente como un órgano que tiene en su competencia la facultad plena de investigar hechos que a su criterio podrían generar afectación a los derechos de propiedad intelectual e inclusive actos de competencia desleal que no atenten contra el interés general y adicionalmente podrá ordenar la clausura del establecimiento, imponer sanciones económicas de hasta 142 salarios básicos unificados o resolver sobre la adopción de medidas provisionales. La modulación de cualquiera de estas sanciones dependerán de un reglamento que hasta la fecha no ha sido expedido, particularidad que genera incertidumbre al momento de la expedición de las resoluciones correspondientes.

Frente a este tipo de regulaciones es importante observar la ausencia de imparcialidad que podría presentarse en el accionar del SENADI, pues esta entidad administrativa en pleno ejercicio de las competencias concedidas se convertirá en una especie de juzgador a pesar de ser parte interesada. Bajo su responsabilidad estará recabar las evidencias administrativas de una presunta infracción y además sancionar al operador económico al cual investigó. Esta situación convierte a la tutela administrativa en una figura de altísimo riesgo cuyo accionar podría estar caracterizado por la arbitrariedad al momento de ejercer sus amplias funciones y de imponer las sanciones correspondientes.

**2) Acción administrativa de las medidas de frontera<sup>147</sup>.**- Acción contemplada a favor de los operadores económicos que sean titulares exclusivamente de un signo marcarío o de un derecho de autor, cuyo objetivo es suspender operaciones aduaneras sean estas de importación o exportación cuando se tengan suficientes evidencias de que dichas operaciones pueden afectar a sus derechos. Al igual que en la tutela administrativa esta podrá iniciar su sustanciación de oficio por parte de la SENADI o por denuncia de parte interesada.

En cuanto a su procedimiento será necesaria la expedición de la reglamentación correspondiente –la cual hasta la fecha de investigación aún no ha sido realizada– y además se caracteriza por su naturaleza temporal, al estar sujeta a un término de

---

<sup>147</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de Diciembre del 2016, art. 575 y siguientes.

caducidad<sup>148</sup> por ser concebida como una medida que requiere la adopción de acciones jurisdiccionales o de una tutela administrativa.<sup>149</sup>

**3) Uso indebido de derechos de propiedad intelectual en la internet<sup>150</sup>.**- Se trata de una acción administrativa, concebida como una variación de la tutela administrativa que podrá ser ejercida principalmente por un titular de un derecho marcario cuando el signo distintivo de su propiedad sea utilizado de mala fe para registrar, comercializar o utilizar un nombre de dominio en internet,<sup>151</sup> además que cumpla con lo siguiente: a) cuando el signo distintivo sea similar o idéntico a una marca u otro de derecho de

<sup>148</sup> Ibíd. Artículo 582.- **Caducidad de las medidas en frontera.**- Transcurridos diez días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión de la operación aduanera sin que el demandante hubiere iniciado la acción principal o sin que la autoridad nacional competente hubiere prolongado la suspensión, la medida se levantará y se procederá al despacho de las mercancías retenidas. Se considerará cumplido este requisito por el inicio de una acción de tutela administrativa, una acción civil o de ser el caso un proceso penal, a elección del accionante.

<sup>149</sup> En cuanto a la sanción que se pueda adoptar en las acciones de medidas de frontera En cuanto a la sanción que la SENADI podrá imponer en caso de verificarse una infracción en contra de un titular de derechos será una multa de 1,5 SBU hasta 142 SBU, además con la posibilidad de adoptar o mantener las medidas cautelares previstas en el Código de Ingenios.

<sup>150</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de Diciembre del 2016, art. 584 y siguientes.

<sup>151</sup> Con relación a los nombres de dominio, conforme lo indica Javier A. Maestre en el mundo real existen varios medios que son utilizados de forma análoga, todos ellos regulados por diferentes normas jurídicas, así: en el caso de las personas físicas se tienen obligatoriamente un régimen de nombres y apellidos; las personas jurídicas de su parte tienen razones sociales y denominaciones objetivas; en el mundo comercial y empresarial se van a presentar signos distintivos que se emplearan bajo las figuras de las marcas, nombres comerciales, lemas o rótulos de establecimientos, todos ellos protegidos desde la visión de la propiedad industrial y la competencia desleal fundamentalmente.

Bajo esta lógica, no es complejo pensar que las compañías o los operadores económicos en general que están en la RED pretendan *nombres de dominio* que sean simples de recordar o relacionados con los productos o servicios que ofertan. Razón por la cual, es aún más razonable que esos operadores económicos tengan un legítimo interés en oponerse al registro de nombres de dominio que sean similares o que presenten una alta similitud, que provoquen un aprovechamiento indebido de la reputación en el mercado, impidiendo su correcta identificación en internet.

Por todo lo indicado, el sistema de nombres de dominio, consiste en una base de datos que se relaciona con las direcciones numéricas IP - direcciones de los equipos conectados en la Red- con los nombres de dominio que utilizan caracteres más cercanos a los usuarios.

Bajo la explicación del citado Autor, los nombres de dominio surgen por la tarea de ayudar a las personas para lidiar con los "*fríos números de las direcciones IP*", utilizando nombres más cercanos a las personas, siendo más fáciles de recordar que las cifras numéricas antes utilizadas. A esto, si se añade que si las letras de la dirección a considerar guardan relación con el nombre "real" o identificación comercial, la facilidad de recordar la dirección en el futuro será mayor.

Por lo tanto, y a criterio personal los nombres de dominio pueden convertirse en una parte apreciable del activo patrimonial de cualquier operador económico, debido a su presencia en el mercado. Para conocer más del tema Véase en Javier A. Maestre, "El Derecho al Nombre de Dominio", 20 de Noviembre 2018, <http://www.maestreabogados.com/wp-content/uploads/2014/11/libro-el-derecho-al-nombre-de-dominio.pdf>.

propiedad intelectual reconocido en el país, o; b) cuando dicho nombre de dominio sea capaz de causar dilución en una marca notoriamente conocida en el país.

En esta acción administrativa, el legislador inclusive ha dado parámetros para encuadrar un concepto indeterminado como el de la mala fe a través del cumplimiento de diferentes factores –relacionados con actuaciones desleales– siendo estos: 1) que la intención de quién registro el dominio sea la de desviar a los consumidores de quien es titular de una marca, lo cual podría perjudicar su reputación o con la intención de beneficiarse de su ilegítimo uso, de desprestigiarla o simplemente de aprovecharse de un signo reconocido en el país; 2) si el uso del nombre de dominio busca a través de la confusión con el signo distintivo lograr un beneficio económico o material, y; 3) el haber proporcionado información falsa para la obtención del registro del nombre de dominio.

En este caso la sanción de confirmarse la mala fe en el uso del nombre de dominio será la orden por parte de la SENADI para cancelar el uso en la internet de la identificación utilizada u ordenar la transferencia de dicho nombre de dominio al titular del derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, es preciso indicar que la autoridad ecuatoriana en materia de derechos intelectuales únicamente tendrá competencia para sustanciar este tipo de acciones administrativas cuando quien haya realizado el registro de un nombre de dominio se encuentre domiciliada en el país.

Para terminar, el presente capítulo parte de una conclusión preliminar, y es que la normativa que regula las prohibición de conductas desleales en el mercado debe obligatoriamente tutelar los derechos del consumidor y del competidor honesto, quienes deben tener todos los recursos legales así como administrativos para accionarlos en caso de la vulneración a sus derechos.

Conforme se ha analizado, incluso tomando como referencia los criterios de organismos internacionales -como la OMPI- se ha determinado de forma clara que las legislaciones especiales en materia de propiedad industrial e intelectual no son suficientes para tutelar los intereses de los consumidores y de los operadores económicos, por esta razón es necesaria la presencia de normas que regulen la competencia desleal para propender a tener un mercado saneado de posibles externalidades.

Conscientes de la necesidad de la normativa que sanciona los actos concurrenciales prohibidos por afectar a la lealtad que debe primar entre los competidores, se analizaron diferentes sistemas de protección, desde aquellos que conforme la tendencia francesa procuran una protección desde el derecho común, el cual tendrá una respuesta en el régimen del código civil bajo la figura de la responsabilidad extracontractual hasta aquellos sistemas en los que –como en el caso ecuatoriano- prima la existencia de una legislación especial, que toma como referencia criterios constitucionales relacionados al régimen de desarrollo para justificar la intervención del Estado en la sanción de este tipo de conductas.

Fue analizada la posibilidad de la presencia de un sistema híbrido en el cual se presentan estos dos sistemas de protección, realidad que esta presente en el caso de los Estados Unidos de América.

Es importante destacar que la legislación ecuatoriana sobre esta materia especifica una protección a favor de los operadores económicos exclusivamente en dos circunstancias: a) Cuando los actos de deslealtad producen una afectación al interés general o bienestar de los consumidores, y; b) cuando sus efectos pueden encasillarse en vulneraciones en materia de propiedad intelectual.

En ambos casos nos remitiremos a la aplicación de la normativa especial relacionada con la protección de estos derechos.

En la vía administrativa no existe mecanismo alguno que tutele los derechos de los operadores económicos frente actuaciones de competencia desleal que no perjudiquen al bienestar general, la eficiencia económica o a los derechos de los consumidores y que tampoco se encuadren en la vulneración de derechos en materia de propiedad intelectual.

Por lo tanto, los operadores económicos del mercado tienen la única opción de acudir al ámbito jurisdiccional para sancionar este tipo de conductas, cuyas especificidades y obstáculos deben ser analizados en la última parte de esta investigación, esto pese a que siempre debieron ser consideradas las finalidades que tenía la competencia desleal como rama del derecho, así como también los intereses que debe tutelar, es decir los derechos de los consumidores, el interés general para lograr una efectiva competencia y desde luego la tutela a los intereses de los comerciantes.



## Capítulo Tres

### La protección jurisdiccional de los operadores económicos frente a actos de deslealtad en el mercado

#### 3. La tutela judicial efectiva como un derecho de los operadores económicos.

El Ecuador ha sido definido como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, estas características se levantan sobre el respeto estricto a derechos y garantías fundamentales entre las que se encuentra la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25<sup>152</sup> y desarrollada además en normativa secundaria,<sup>153</sup> cuya aplicación es obligatoria en materia de competencia desleal.

El fundamento axiológico del derecho a la tutela judicial efectiva es el valor mismo de la justicia. Su búsqueda va más allá de la simple resolución de conflictos, pues orienta a la conformación misma de la estructura del Estado. El derecho a la tutela judicial efectiva concebido en la forma antes indicada se constituye en la *piedra angular* de nuestro sistema de protección de derechos, pues estos no tendrían sentido alguno si no estuvieran plenamente garantizados. Además la tutela judicial efectiva

---

<sup>152</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008, art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

<sup>153</sup> Como referencia tenemos Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial 444, Suplemento, 9 de Marzo del 2009, art. 23.- **Principio de tutela judicial efectiva de los derechos.**- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles. Así, en principio, se conceptúa al derecho tutela judicial efectiva como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.

permite materializar o visibilizar los otros derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual las altas cortes ecuatorianas lo conciben como un derecho-garantía que se debe aplicar a todo procedimiento.<sup>154</sup>

Por la incidencia de su investigación sobre este tema es obligatorio referirnos adicionalmente a lo indicado por Vanesa Aguirre,<sup>155</sup> quien ha manifestado que en el ámbito de la tutela judicial efectiva en relación a su ejercicio se lo concibe como aquel derecho que le permite a cada ciudadano tener la posibilidad de exigirle al Estado la prestación de la administración de justicia –como servicio público–, provocando que dicha intervención estatal, por medio de un proceso, deba cumplir con condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos, con plenas potestades jurisdiccionales, que se traducen en la aplicación del derecho por parte de los jueces que administran justicia. Por lo tanto, indica la citada autora, este derecho requiere que el Estado haga lo necesario para garantizar su ejercicio e implementar los procedimientos administrativos o jurisdiccionales correspondientes, sea desde el ámbito normativo o mediante el establecimiento de órganos pertinentes para el correcto alcance de esta garantía. Además indica:

Aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental básico, no requiere indispensablemente de desarrollo legislativo porque es de aplicación inmediata, es innegable la necesidad de que muchos de sus contenidos se instrumenten mediante normas que regulen su ejercicio (por ejemplo, la interposición de recursos, el emplazamiento, los requisitos de la sentencia, etc.). Entonces, como derecho de prestación, de configuración legal, solo puede ejercerse por los cauces previstos por el legislador. Y ello es de suma utilidad al momento de delimitar el concepto, justamente para evitar el problema de su excesiva invocación. No atenta contra el derecho que el legislador determine la oportunidad, motivos y legitimación para el ejercicio de cada uno de los derechos y garantías derivados de la tutela judicial efectiva. V. gr., que un recurso pueda deducirse únicamente dentro del término establecido por la ley, no conculca el derecho a impugnar una decisión jurisdiccional, sino que ordena y racionaliza su ejercicio, para evitar su uso indiscriminado.<sup>156</sup>

El objetivo de este derecho fundamental es finalizar toda intromisión ilegítima que sufre un titular de derechos, permitiéndole una reposición del ejercicio del derecho a favor de aquel ciudadano que se ha visto privado de ejercerlo. De esta forma será

---

<sup>154</sup> María Elena, Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en el Ecuador*, 1 era. ed. (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 48-49.

<sup>155</sup> Vanesa, Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos” *Revista de Derecho, número 14* (Quito, 2010), 6-20.

<sup>156</sup> *Ibíd.* 20.

obligación de las autoridades jurisdiccionales el adoptar todas las medidas que sean necesarias para la efectiva verificación de un derecho y adicionalmente adoptar los mecanismos necesarios para evitar futuras intromisiones. Entre estas medidas, y a criterio de Pérez Royo “...pueden figurar las medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a aplicar la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar daños y perjuicios”<sup>157</sup>.

La resolución de todo inconveniente que implica la violación de un derecho debe seguir un orden lógico, que parte del establecimiento de los hechos controvertidos y de estos cuales se encuentran debidamente probados. Sobre los segundos, se debe determinar cuál es el derecho aplicable partiendo desde las normas constitucionales –de ser aplicables– y la normativa legal secundaria vigente para comprender su real sentido y alcance, con el objetivo de solucionar el conflicto que pudo haberse dado<sup>158</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha desarrollado el contenido de esta garantía fundamental, así en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, en el caso Masacre Plan Sánchez se concibe a la tutela judicial efectiva como:

... El ejercicio de la jurisdicción protectora de derechos humanos, que entra en la escena cuando se ha violado un derecho fundamental en agravio de determinada persona, el sistema al que esa jurisdicción pertenece pretende diversos fines: restablecer el orden jurídico quebrantado, restaurar la paz y la tranquilidad social sobre la base de la libertad y la justicia, evitar la autodefensa y reparar el daño ocasionado a la víctima. ... Lo que me interesa es destacar la necesidad de proveer a la víctima o a sus derechohabientes, en su caso, de una tutela judicial efectiva, que se traduzca, una vez cometido el agravio, en determinada reparación razonable, que reduzca las consecuencias de la violación y mitigue los males que ésta ha causado. Esa reparación debe tener fundamento en la justicia y, más aún, en la equidad...<sup>159</sup>

Las altas cortes ecuatorianas también han desarrollado el contenido de la tutela judicial efectiva<sup>160</sup>, que está ligada a la prohibición de generar indefensión en cualquier

---

<sup>157</sup> Javier, Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed. (Madrid: Marcial-Pons, 2010), 312-13.

<sup>158</sup> Rafael, Oyarte, *Debido Proceso*, 2 ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 416-7.

<sup>159</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 29 de Abril del 2004”, *Caso Plan de Sánchez contra el Estado de Guatemala*, 29 de Abril del 2004 (<https://www.fielweb.com/Index.aspx?29abf6id>). Fecha de revisión: 15.08.2018

<sup>160</sup> Véase en Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en Expediente no. 015-16-SEP-CC, 13 de Enero del 2016; Caso no. 1112-15-EP. Además en Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 0034-09-SEP-CC de 9 de diciembre de 2009; Sentencia 0004-13-SEP-CC de 21 de marzo de 2013. Véase en: (<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/004-13-SEP-CC.pdf>).

ciudadano que haya sufrido la vulneración de derechos. Bajo este aspecto general deberemos analizar si los intereses de los operadores económicos están debidamente tutelados en su integralidad o en ciertos casos se impone la necesidad de aplicar la normativa general –entiéndase Código Civil- para repeler los actos de deslealtad cometidos en el mercado, lo que conlleva a visibles dificultades pues la citada normativa no cuenta con las especificidades contenidas en la legislación relacionada a la competencia desleal.

### **3.1 La posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional frente al cometimiento de actos desleales contemplada en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.**

Del analizado artículo 25 de la LORCPM<sup>161</sup>, se desprende que las prácticas desleales no requieren acreditar conciencia y tampoco voluntad, debiendo ser consideradas como cuasidelitos según lo dispuesto en el Código Civil. Las actuaciones desleales, además para su calificación como tales no requerirán haber generado un daño efectivo siendo suficiente demostrar que dicho daño potencialmente pudo llegar a darse.

En cuanto a la sanción que debe imponerse frente al cometimiento de este tipo de actuaciones, es la propia norma antes citada<sup>162</sup> la que reserva el derecho a favor de los operadores económicos afectados para poder solicitar las indemnizaciones por los

---

Fecha de revisión: 15.08.2018; referencia además en Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 117-14-SEP-CC, Caso No1010-11-EP y Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, del 4 de diciembre del 2013. Sentencias en las que se indica que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene relación a garantizar el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso de la parte peticionaria, la observancia de procedimientos mínimos. *“Por lo que no contar con una garantía que tutele el derecho al debido proceso en sede jurisdiccional implicaría restarle importancia a este derecho-garantía y como tal, dejar en indefensión a las personas que dentro de un proceso jurisdiccional, vean sus derechos vulnerados, permitiendo al Estado también cumplir con las obligaciones contraídas por el mismo al ser signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*

<sup>161</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 25**: La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley...

<sup>162</sup> *Ibíd.* **Artículo 25** ...Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.

daños y perjuicios ocasionados. Estos valores serán completamente independientes a las sanciones administrativas impuestas en base a los procedimientos establecidos en la propia ley.

Con estos criterios normativos, se evidencian dos circunstancias: a) los actos de competencia desleal, para efectos de definición así como de aplicación del derecho común serán considerados como cuasidelitos, por lo tanto son una fuente de obligaciones reconocidas legalmente; y, por otro lado, b) independientemente de la sanción administrativa, existe la posibilidad del resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado en contra de intereses particulares. En este último caso será importante entender si esta posibilidad se encuentra abierta o no a cualquier operador económico o únicamente en aquellos casos en los que se hubiera expedido una sanción administrativa.

En este sentido, la postura recogida en la LORCPM no es clara en determinar la posibilidad que tenga un agente económico para fundamentar una acción en base a las regulación especial de competencia desleal, cuando dicho acto no implique una afectación en materia de derechos de propiedad intelectual y tampoco hubiere intervenido la entidad pública que reprime este tipo de conductas.

En principio, toda actuación que configure una infracción a la LORCPM mediante el cometimiento de conductas desleales genera inmediatamente la obligación de responder por los daños y perjuicios que se hubieran cometido, esto bajo un criterio de reparación. La responsabilidad civil busca que el infractor mediante la sanción impuesta coloque a la víctima en la situación patrimonial en la que se encontraba previo al cometimiento del acto prohibido<sup>163</sup>.

Conforme lo indicado, las prácticas desleales, son concebidas como cuasidelitos por ende ubicadas en cuanto a su regulación dentro de la teoría general de las obligaciones. Los cuasidelitos son considerados como actos ilícitos cometidos con culpa. Se diferencian del delito civil pues en estos últimos debe existir la actuación dolosa de quien los comete.

Es claro entonces que los cuasidelitos, son definidos por el Código Civil como una fuente de obligaciones, que se presentan como consecuencia de un accionar que

---

<sup>163</sup> Oswaldo, Santos Dávalos, *¿Hacia dónde va el derecho de competencia ecuatoriano*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 165-8.

produjo un daño, hecho ilícito identificado por la ausencia de intención. Ahora, la caracterización de los actos de competencia desleal como cuasidelitos ya han merecido una fuerte crítica fundamentada en la forma de redacción del citado artículo 25. Así Oswaldo Santos Dávalos indica:

... El legislador categorizó a las prácticas desleales como cuasidelitos...El error en la técnica legislativa empleada es claro. No es lo mismo *no exigir* que exista la intención de causar un daño que *exigir que no exista*. Los cuasidelitos civiles *exigen que no haya intención*, mientras que las prácticas desleales, en realidad, *no la exigen*. No puede haber cuasidelito si se tuvo la intención de causar daño.

En pocas palabras, la conclusión a la que se llegaría interpretando de manera estrictamente literal la norma de marras, es que las conductas ilícitas cometidas con la intención de causar daño no podrían ser consideradas prácticas desleales, lo que resulta claramente absurdo. Interpretando la normativa valiéndonos del método lógico concluimos que el legislador, insisto, quiso que no se requiera de intención para que se configuren las prácticas desleales. El legislador habría debido decir simple y llanamente que no se requiere la intención de causar daño para cometer una práctica desleal. Considerar que por ese motivo las prácticas desleales deben ser cuasidelitos fue inadecuado y constituye una equivocación que no tiene justificativo alguno...<sup>164</sup>

Criterio plenamente compartido, que implica una profunda reflexión sobre lo peligroso que resultaría realizar una interpretación exclusivamente literal de nuestra LORCPM, más aún cuando resulta evidente la deficiencia de conceptos jurídicos y de técnica legislativa de quienes construyeron este cuerpo legislativo.

Frente a esta realidad, es obligatorio realizar una interpretación sistemáticamente de nuestra legislación de competencia desleal, pues conforme indica el citado autor de no hacerlo “asombrosamente” y de manera falaz se podría concluir que un acto de deslealtad en el mercado, en el cual se hubiere demostrado la plena voluntad del agente económico infractor de provocar un perjuicio en contra de su competidor no tendría fundamento para su sanción –al menos no en la jurisdicción civil– pues esa conducta no se encuadraría en la definición que equivocadamente se presenta en nuestra Ley.

La responsabilidad asumida de quien comete un acto de competencia desleal bajo la concepción del derecho civil debió recoger legislativamente un régimen general mediante el cual la definición de este tipo de conductas sean sancionadas considerando únicamente el nexo causal entre el daño ocasionado y la obligación de reparación material por parte de quien lo cometió, siendo indiferente para la configuración de este

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*

ilícito concurrencial la actuación maliciosa – dolosa- o negligente -es decir culposa- del infractor.<sup>165</sup>

Superada la deficiencia conceptual de la norma analizada, otro aspecto que debe ser considerado al momento de evaluar la posibilidad de sustanciar actos de competencia desleal en la vía jurisdiccional, es la manera diferente de considerar la aplicación de la prescripción.

La legislación especial, en este aspecto no brinda un apoyo de tutela para los operadores económicos en su posibilidad de buscar un resarcimiento a sus intereses privados en aquellos casos en los que no hubiere mediado una resolución del órgano de control. Esta afirmación, se fundamenta en la misma LORCPM, específicamente según lo dispuesto en su artículo 71:

**Responsabilidad civil.**- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y **prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.**<sup>166</sup>(lo resaltado me pertenece)

El análisis de esta norma, obligatoriamente exige comprender la ubicación del artículo transcrito que conforme a la Ley especial se encuentra en la sección que regula la *prescripción* extintiva de derechos, es decir, la prescripción en su carácter negativo que implica la extinción tanto de las acciones contempladas en el ordenamiento jurídico como de los derechos que le asisten a las diferentes personas, como consecuencia directa de la falta de ejercicio por parte del titular de derechos.<sup>167</sup>

Por lo tanto, la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados a los intereses particulares por el cometimiento o verificación de conductas desleales, deberán ser presentados ante el juez de lo civil, vía sumaria<sup>168</sup> conforme la aplicación

<sup>165</sup> Véase en Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 25 de Junio del 2005, art. 2229.

<sup>166</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013, **art. 71.**

<sup>167</sup> Luis, Parraguez Ruiz, *El régimen jurídico de los bienes*, 1 ed. (Quito:Iuris Dictio, 2016), 357.

<sup>168</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, en Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de Mayo del 2015, art. 332 numeral 1.

del Código Orgánico General de Procesos<sup>169</sup>, acogiendo el derecho común y existiendo para dicha acción dos panoramas previos y con efectos diferentes en cuanto a la prescripción:

1) Aquella acción judicial que parta de la ejecutoria de una resolución administrativa sancionatoria impuesta por la SCPM, en cuyo caso el plazo para la aplicación de la prescripción comenzará a computarse desde el momento en que dicha resolución adquiera firmeza.

En este caso la consideración del tiempo para la aplicación de la prescripción podrá prolongarse inclusive más allá del momento en el que se agotaron todos los recursos en la vía administrativa, esto significa hasta que se tenga una sentencia ejecutoriada en sede contenciosa administrativa que ratifique la actuación de la administración pública. Desde esa fecha, conforme al artículo transcrito el operador económico tendrá 5 años para exigir la indemnización de los daños y perjuicios a los que tuviera derecho.

2) La otra posibilidad se presenta cuando únicamente exista una afectación a intereses privados que no vulneren prerrogativas en materia de propiedad intelectual y tampoco atenten en contra de la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores.

En esta circunstancia bajo la aplicación del régimen común, es decir bajo el amparo de las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, debe tenerse presente el artículo 2235 del Código Civil,<sup>170</sup> que ordena que el tiempo máximo para la presentación de acciones por el daño o dolo cometido prescriben en cuatro años, que serán computados desde el momento del cometimiento del acto como tal.

Esta distinción en la aplicación de la prescripción a criterio personal atenta en contra de los intereses de los operadores económicos cuando no interviene la SCPM, pues los actos de competencia desleal que pueden ser perseguidos por el derecho común obligatoriamente deben implicar un daño patrimonial, que seguramente será perceptible cuando el acto ilícito llegue a conocimiento del afectado, hecho que no necesariamente

---

<sup>169</sup> Afirmación que no puede ser considerada como absoluta. Pues del desarrollo del presente trabajo de investigación que es desarrollado en líneas posteriores puede presentarse el caso que las reclamaciones de daos y perjuicios sean sustanciadas en vía ordinaria.

<sup>170</sup> Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 25 de Junio del 2005, art. 2235: que ordena “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”

coincidirá con el momento en el que la conducta ilícita haya iniciado. Sin embargo en aplicación a la norma referida, el tiempo de prescripción será computado desde el momento en que se perpetró el acto, aunque este quizá en el mercado aún sea imperceptible.

Esta deficiencia e injustificada distinción en cuanto a la prescripción regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puede ser superada siguiendo los criterios de la legislación española,<sup>171</sup> la cual ante todos los casos de competencia desleal establece que los criterios para contabilizar el tiempo en el cual es oportuno presentar las diversas acciones, deberá considerar el momento en el que el legitimado activo tuvo conocimiento del operador económico que realizó el acto de competencia desleal o el momento de la finalización de la conducta como tal.

### **3.2 La protección de derechos de los operadores económicos ante actos de competencia desleal que no cumplen con los requisitos de procedibilidad contemplados en la normativa especial.**

El límite de la competencia leal es una conducta que se contraponga a las costumbres aceptadas en el comercio, la industria o el ámbito profesional, promoviendo el “estándar” de un empresario que desarrolle su actividad económica basado en su actuar decente y correcto. La intervención dentro del mercado debe ser correcta y respetando el comportamiento leal que debe primar entre los operadores económicos, pues si la competencia está contaminada por el engaño, la fuerza o por inducir de forma

---

<sup>171</sup> España, *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*; Boletín Oficial Español, número 10, 11 de enero 1991, Capítulo IV, Acciones derivadas de la competencia desleal, artículo 35: “Prescripción. Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.”

Es importante manifestar indicar que el criterio relacionado al conocimiento del cometimiento de la infracción ha sido también reconocido en la legislación ecuatoriana, así en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, textualmente lo acoge en su artículo 468 cuando ordena: “**Prescripción de la acción por el uso no autorizado del signo distintivo.**- La acción contra un uso no autorizado de un signo distintivo declarado notoriamente conocido prescribirá a los cinco años contados desde la fecha en que el titular del signo tuvo conocimiento de tal uso, salvo que éste se hubiese iniciado de mala fe, en cuyo caso no prescribirá la acción.”

injustificada a los consumidores se pueden perjudicar sus intereses y de los demás competidores.<sup>172</sup>

De acuerdo a lo desarrollado en los capítulos anteriores es concluyente –y a criterio personal lamentable– que la normativa especial no tutele en la totalidad los derechos de los operadores económicos en el mercado, cuando los actos de competencia desleal impliquen únicamente una afectación a intereses particulares.

Esta deficiencia legislativa, genera una forma restringida de abarcar el sistema de protección frente a las actuaciones desleales que se presenten en el mercado, pues no solo que atentan a la naturaleza jurídica misma de esta rama del derecho, sino que además en nuestro país se ha perdido una importantísima oportunidad de propender a una competencia leal entre todos los competidores –no solamente entre los más importantes–, es decir un mercado más adecuado en cuanto a su funcionamiento.

Es claro, que la tutela judicial efectiva como garantía fundamental debe ser protegida, asegurando a todo titular de derecho no únicamente la prohibición de denegación de justicia sino además otorgarle todas las herramientas o acciones necesarias para su protección.<sup>173</sup> Así, conforme a lo desarrollado se puede afirmar que en la legislación ecuatoriana no existe un procedimiento administrativo que proteja al operador económico cuyos intereses se vieron vulnerados por actos de competencia desleal produciendo efectos que no perjudicaron al interés general o infringieron un derecho de propiedad intelectual.

Ahora, es la vía jurisdiccional el único mecanismo que sirve a los operadores económicos para tutelar sus derechos frente a actos desleales que afecten únicamente a sus intereses particulares. Estas conductas deben ser sancionadas mediante la aplicación de la cláusula general de deslealtad, sin que sea necesario el análisis de la dimensión económica de su afectación. Opción repito, que se presenta ante la imposibilidad de acudir a sede administrativa, es decir ante la Superintendencia o SENADI.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Enrique, Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1 ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 1043-4.

<sup>173</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008, art. 426: ... Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

<sup>174</sup> Patricia Alvear Peña y Blanca Gómez de la Torre, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*, (Quito: V&M Gráficas, s/a), 100.

Esta circunstancia acarrea una serie de consecuencias que afectan a los agentes económicos que han sido perjudicados por comportamientos de deslealtad en el mercado, siendo quizá una de las principales y más criticables las de limitar –sin justificación alguna- la posibilidad de adoptar medidas preventivas para evitar el perjuicio ocasionado en contra del infractor y que resultan ser altamente eficientes para disminuir el riesgo de un daño mayor, principalmente la posibilidad de solicitar el cese de la conducta desleal cuando no ha ocurrido todavía daño en casos de competencia desleal no vinculados con infracción de derechos de propiedad intelectual. En cambio, en la vía administrativa existe una amplitud de opciones que otorgó el legislador para combatir a las actuaciones desleales, que pueden ir desde la orden de cese en la conducta hasta cualquier tipo de medida para precisamente prevenir la consumación de los perjuicios que se puedan generar.

En lo que respecta a este tema, resulta pertinente nuevamente citar a María Elena Jara quien indica:

En realidad, la posición adoptada por la LORCPM, si bien racionaliza la intervención de la Superintendencia del ramo, coloca el conjunto de valiosos recursos previstos en la mencionada ley (por ejemplo, las medidas preventivas previstas en el art. 62 LORCPM, entre las que se destacan la cesación de las conductas dañosas), únicamente al servicio de los casos en los cuales puede existir afección al mercado. Para casos de menor trascendencia económica, que son los que con mayor frecuencia se producen día a día, debe recurrirse a los jueces ordinarios, al amparo de las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, que como hemos visto, pueden resultar insuficientes sobre todo para prevenir los daños que pueden producirse en actos de competencia desleal.<sup>175</sup>

Sin embargo, este perjuicio procesal en contra de todos aquellos operadores económicos cuyos intereses privados se hubieren visto afectados por actos de deslealtad concurrencial, podrían superarse si el propio legislador hubiera aplicado un similar criterio de construcción normativo a lo sucedido en materia de propiedad intelectual. Así, en el Código Orgánico General de Procesos, específicamente en su artículo innumerado posterior al artículo 133, regula las *providencias preventivas* aplicables exclusivamente a aquellos casos relacionados a la propiedad intelectual. Lo que encuadraría perfectamente también en nuestra materia de análisis.

---

<sup>175</sup> María Elena, Jara Vázquez, *La protección contra la competencia desleal en la Ley orgánica de regulación y control de poder del mercado*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 223.

Ahora, a más del inconveniente para la adopción de medidas preventivas en los casos que implican actuaciones desleales que no superen la regla de *mínimis*, se ha generado dudas en cuanto a la aplicación de la normativa especial en estos casos. De conversaciones informales con autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales en materia civil y mercantil, fueron comunicados criterios relacionados a que las normas especiales de competencia desleal deben ser aplicadas exclusivamente cuando la SCPM haya intervenido, es decir cuando se presente la afectación al interés general, a la eficiencia económica o a los derechos de los consumidores.

De esta manera, –a criterio de las mencionadas autoridades– su competencia frente a actos presentados como desleales, les permitiría sustanciar estos procesos bajo normas exclusivamente del derecho común, es decir bajo las consideraciones del Código Civil relacionadas a la responsabilidad extracontractual o incluso contractual, sin que tengan que fundamentar sus resoluciones en la LORCPM y en su respectivo reglamento. No se han podido encontrar todavía sentencias en esta materia, expedidas después de la entrada en vigencia de la Ley especial.

La limitada cantidad de doctrina ecuatoriana que ha tratado el tema planteado, indica que esta falta de certeza de la LORCPM en actos de insignificante afectación económica, ha provocado que no sean regulados los aspectos procesales de deslealtad que perjudican a los intereses de los particulares, a manera de ejemplos podríamos mencionar los frecuentes actos de engaño que varios operadores económicos de escasa presencia en el mercado implementan en sus estrategias para promocionar sus servicios, las mismas que tienen como finalidad atraer a clientes. En estos casos, dichas estrategias no afectan los intereses de los consumidores en cuanto a su prestación pero se contraponen directamente con los derechos de sus competidores como cuando se hace alusión a que se otorga servicios técnicos autorizados o con estándares de certificación que no son reales.

Otra forma de actuación desleal, que muchas veces no implica afectación al interés general o al de los usuarios puede darse por la violación de secretos empresariales de operadores económicos relacionados a su información comercial o financiera. La configuración de este ilícito concurrencial puede presentarse a través de la vulneración de este tipo de información confidencial de la cual depende la actividad

económica de un competidor, tal es el caso de la lista de proveedores o las condiciones de venta para la adquisición de materia prima.

Si los secretos empresariales son vulnerados, existirá un beneficio específico a favor del operador económico deshonesto –independiente de un presencia en el mercado-, pese a ello no se le podrá iniciar una acción específica o de prevención, pues necesariamente se deberá configurar un daño patrimonial, adicionalmente se tendrán que probar el nexo causal entre el ilícito concurrencial y el perjuicio pecuniario generado. Situación que afecta a la real tutela de derechos del competidor que se ve afectado por este tipo de conductas.

Es decir, la normativa ecuatoriana es deficiente en buscar la protección de todos los intereses de operadores los económicos, siendo únicamente los actos de deslealtad agravados aquellos que son abordados y ni siquiera de una forma autónoma, pues se los ha regulado de manera complementaria a la protección de la defensa de la competencia. En conclusión, la ley ecuatoriana pierde efectividad en cuanto a su aplicación y se concentra en sancionar actos de afectación macro, sujetos a la intervención SCPM.<sup>176</sup>

Con lo indicado, la protección judicial de los intereses particulares de los operadores económicos requerirá la necesaria constancia o certeza de un daño sufrido, es decir, de un perjuicio económico que pueda ser valorable y que el mismo sea consecuencia del cometimiento de un acto de deslealtad comercial.

En este sentido la doctrina civilista exige que la evaluación de un perjuicio económico debe ser realizado desde la afectación moral generada al perjudicado o desde los daños y perjuicios que pudo haber sufrido un competidor. Para efecto del tema tratado, debemos concentrarnos exclusivamente en la segunda posibilidad pese a que eventualmente un acto de competencia desleal podría conllevar también al cometimiento de un daño moral.

La afectación patrimonial que puede generarse por el cometimiento de ilícitos concurrenciales requiere la existencia de dos condiciones que deben presentarse: a) La efectiva materialización de los perjuicios producidos y b) el establecimiento del monto de los perjuicios que se lleguen a ocasionar o el denominado lucro cesante, que produjo

---

<sup>176</sup> Sara Patricia, Alvear Peña, *Derecho de corrección económica en el proceso subregional andino*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 265-7.

el deudor o –en nuestro caso– el operador económico por su desleal actuación en el mercado.<sup>177</sup>

Estos elementos del daño patrimonial en la práctica resultan ser de difícil apreciación y deben ser sustanciadas en proceso ordinario conforme al derecho adjetivo,<sup>178</sup> vía procesal que resulta ser más compleja y dilatada en el tiempo que la vía sumaria contemplada para las acciones indemnizatorias conforme el artículo 71 de la LORCPM, es decir aquellos que sean posteriores a un trámite administrativo sancionador.

Bajo la perspectiva analizada, Osvaldo Santos Dávalos<sup>179</sup> plantea la interrogante acerca de si ¿es necesario un pronunciamiento previo de la superintendencia para reclamar los daños y perjuicios ocasionados?. Es el propio autor quien plantea las diferentes razones por las cuales se debería dar una respuesta positiva o negativa a la pregunta presentada para su discusión:

1.- La razón positiva para alinearse con la actuación previa de la SCPM es que al parecer fue esa la intención del legislador al construir el artículo 71 de la LORCPM, pues de otra manera sería complejo entender la razón por la cual en la citada norma se establece un plazo de prescripción que se contabiliza desde el momento de la firmeza del acto administrativo expedido por esa entidad de control. Además indica que esta exigencia previa al parecer resulta ser completamente coherente si lo que se busca es evitar contradicciones en cuanto a las apreciaciones realizadas por la autoridad jurisdiccional y la administrativa.

2.- La razón negativa para indicar que el pronunciamiento no es necesario – criterio defendido por el citado autor– está dividido a su vez en dos argumentos: a) La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil es diferente a la administrativa, así indica que una infracción a la LORCPM puede no dar paso a una sanción de tipo administrativo, por ejemplo cuando la conducta no afecta a la eficiencia económica, pero sí genera una sanción civil, como cuando ese mismo comportamiento, sin sanción administrativa ha generado daños a otro competidor. b) El segundo argumento, es la

---

<sup>177</sup> Hernán Coello García, *Obligaciones*, 2 ed. (Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera, 2010), 111.

<sup>178</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, en Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de Mayo del 2015, art. 289.

<sup>179</sup> Osvaldo, Santos Dávalos, *¿Hacia dónde va el derecho de competencia ecuatoriano*, en María Elena, Jara Vázquez editora, *Derecho Económico Contemporáneo*, 1 era. ed. (Quito: Corporación Editora Nacional 2017), 165-8.

obligatoriedad de realizar una interpretación lógica al artículo 71 de la LORCPM y necesariamente sistemática, pues a su decir si la intención real del legislador hubiera sido el requerir una resolución administrativa previa así lo hubiera regulado expresamente, como de hecho se lo ha requerido frente a otros tipos de acciones principalmente en el derecho penal.

A estos criterios debería sumarse un nuevo argumento para defender la tesis planteada, si existiera una especie de requerimiento de prejudicialidad en el sentido de que los daños y perjuicios únicamente puedan ser reclamados en casos de competencia desleal aceptados o sancionados por la SCPM, produciría que todas las situaciones que no sean conocidas por el citado órgano de control o si se quiere no calificadas como conductas ilícitas, generarían una franca limitación a la garantía constitucional de acceso a la justicia.

Por lo expuesto, resulta lógico y constitucional el indicar que no es necesario el pronunciamiento previo de la Superintendencia para iniciar una acción de daños y perjuicios, amparados en el régimen común de la responsabilidad extracontractual y cuando es demostrable el daño patrimonial sufrido, siendo plenamente compatible con la conceptualización de lo que es un acto de competencia desleal según la normativa especial.

Este criterio, fue incluso sustentado en unos de los casos más relevantes en materia de competencia desleal, así la entonces Corte Suprema de Justicia en la resolución número 437-96 sustanciado entre Termelec C. Ltda. en contra de CFR y JMR, expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil dedujo un criterio completamente válido:

TERCERA: Según el artículo 1480 del Código Civil, son fuentes productoras y generadoras de obligaciones, entre otras las que el mismo precepto precisa, los delitos y cuasidelitos, es decir los hechos ilícitos, que como enseña Acuña Anzorena –Actos Ilícitos- son los “actos hermanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho o una norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, y quede producir un daño obliga a repararlo”... El hecho ilícito impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprobable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los artículos 2241 y 2256 del Código Civil, al estatuir respectivamente, que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización y que por regla general todo daño pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta. La prohibición de la competencia ilícita noción amplia y genérica que cobija las variedades específicas de competencia desleal o competencia prohibida, como lo tiene resuelto la

doctrina y la jurisprudencia, se encuadra dentro de la responsabilidad delictual o aquiliana –extracontractual.<sup>180</sup>

La responsabilidad extracontractual subjetiva, se presentará a criterio del máximo órgano jurisdiccional, cuando existe la hipótesis de que el surgimiento de la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado se fundamenta en el actuar voluntario del sujeto o que al menos actuó con culpa, debiendo presentarse los siguientes requisitos: a) la existencia de un hecho, es decir necesariamente de un acto de voluntad; b) un perjuicio, la necesaria presencia de un daño a los intereses de un titular de derechos; c) presencia de dolo, conceptualizadas civilmente, como la intención de causar el daño o simplemente culpa, entendida como el error en la conducta de una persona que podía evitarse de haber sido más cuidadoso en su actuación; y d) la necesaria verificación de una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio ocasionado, siendo esto la conexión entre el hecho dañoso en relación con el infractor.

Por otro lado, la Corte Nacional de Justicia ha indicado que la responsabilidad civil extracontractual, bajo la cual se sancionan los actos de competencia desleal deben presentar los siguientes requisitos: 1) el resultado dañoso, y; 2) el vínculo de causalidad material entre el resultado y el sujeto a quien se le hace responsable. Desde mi visión, este segundo requisito es la parte más importante para sustentar la teoría del caso en nuestra materia, por la carga probatoria que esto implica.

En todos los casos, la vía para poder lograr un resarcimiento económico es a través de la acción civil de la indemnización de los daños y perjuicios, que hará exigible cualquier tipo de responsabilidad.

Con fundamento en el análisis a la doctrina, jurisprudencia y legislación especial, se evidencia que la posibilidad que tienen los operadores económicos para tutelar sus derechos en aquellos casos que no se cumpla con la *regla del mínimis* contenida en la normativa especial o que no impliquen una afectación en derechos consagrados en el régimen de propiedad intelectual, tendrá su respuesta en el Código Civil, sin que esto pueda ser un obstáculo para argumentar los daños sufridos en una conducta desleal regulada en la ley especial, es decir en la LORCPM.

---

<sup>180</sup> Ecuador Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia de Casación” en *Juicio Ordinario No. 437-96*, 7 de Noviembre del 1996.

Bajo estas consideraciones, el sometimiento obligatorio al derecho común exigirá que los competidores actúen usando medios legítimos, exentos de fraude o de cualquier otro tipo de vicio, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual.

La responsabilidad en materia de competencia desleal, podrá encuadrarse frente a situaciones que impliquen el incumplimiento de contratos celebrados entre quienes son o podrían convertirse en competidores. Así, nuestra ley establece como prácticas desleales por ejemplo aquellas que implican una vulneración de un contrato relacionado a la divulgación o explotación de información a la que se haya tenido acceso legítimamente, pero con el deber de reserva. Así también, se establece como un ilícito concurrencial la inducción a la infracción contractual. Por lo indicado, se impone la necesidad de ejecutar todas las convenciones celebradas entre operadores económicos con total buena fe, esto significa no únicamente sujetarse a lo que las diferentes estipulaciones expresan, sino además a todo aquello que emane de las obligaciones asumidas, a las ordenadas por la Ley o incluso por la costumbre.<sup>181</sup>

Ante la ausencia de contrato, es decir frente a la mayoría de conductas tipificadas como desleales en la LORCPM y en concordancia con las teorías analizadas en el capítulo primero, aplicando el derecho común afirmaremos que ante la falta de vínculo convencional deberá aplicarse la regla general, por la cual todo aquel que haya producido un daño a otra persona que pueda imputársele por malicia o negligencia en su conducta está obligado a su reparación.<sup>182</sup>

Es importante mencionar el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia, en el proceso seguido por Prophar S.A. contra la Compañía Merck Sharp & Dhome (Inter American) Corporation, en el cual se juzgó un acto de competencia desleal bajo la actuación de una autoridad jurisdiccional competente en materia civil y mercantil, aplicándose el derecho común y por tanto fue necesaria la verificación del daño cometido, el nexo causal debió estar debidamente probado y por último estos dos elementos debían ser producto del actuar negligente del operador económico

---

<sup>181</sup> Véase en Ecuador, *Código Civil* (2005); en Registro Oficial, Suplemento No. 46 (25 de Junio del 2005), Libro Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 25 de Junio del 2005, art.1562.

<sup>182</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XXXIII, Delitos y Cuasidelitos, art. 2229 inciso primero.

sancionado. Únicamente con la configuración en conjunto de todos estos elementos, se ordenó el pago de los daños y perjuicios ocasionados en contra del infractor.<sup>183</sup>

<sup>183</sup> Véase en Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. “Sentencia de Casación” en *Juicio Ordinario* no. 215-2014, 10 de Noviembre del 2017. Resolución que en sus aspectos generales indica: ...El delito y el cuasidelito son fuentes de las obligaciones, por lo tanto, quien hace daño por efecto del hecho ilícito tiene la obligación de indemnizar a la víctima. En el caso en resolución, el problema surge debido a la cancelación de la venta de un bien inmueble de propiedad de MERCK, edificación que se la utilizaba como planta industrial para la industria farmacéutica y con la “nueva propietaria” tendría el mismo destino, después de varios meses de negociación con NIFA, destacando que jamás se produjo un contrato entre las partes, pues se encontraban en un estado previo a la firma del contrato, lo que en la doctrina se conoce como tratos preliminares, y que según la accionante NIFA por las prácticas anticompetitivas de la compañía MERCK para no celebrar el contrato, le ocasionó como consecuencia daños y perjuicios.... No se sanciona *per se*, entonces la finalización de las negociaciones que correspondió a la compañía demandada, sino el hecho de que dichas negociaciones no tuvieron la transparencia suficiente, que no reflejaron información apropiada. Tuvieron las negociaciones durante todo su curso una apariencia de avance irreal propiciado por la accionada y por supuesto, ese comportamiento resulta punible *dentro del universo de cuasidelitos* (Artículo 2214 C. C.) que está plenamente definido en nuestra legislación civil por contravenir la obligación de conducirse con buena fe (Artículos 721 y 1562 C. C.)... A la sazón y como elemento configurador del daño, se encuentra que en la relación precontractual hay una conducta antijurídica de la demandada MERCK, que obliga a este Tribunal de Casación a señalar la obligación de dicha compañía a resarcir un daño efectivamente ocasionado. Existiendo plena verificación de tal conducta, se ha comprobado asimismo que el daño ha sido cierto y apreciable. Encontrándose evidencia del daño por la ruptura injustificada de las negociaciones con la prueba que obra de autos, existiendo normas que son suficientes para establecer la punibilidad del comportamiento de la demandada MERCK, encontrando la existencia de un nexo causal directo entre los actos de la compañía emplazada y el daño ocasionado, congruente con los requisitos que la doctrina exige para que el daño sea resarcible, dado que: “El perjuicio precontractual debe contener los requisitos que la doctrina exige a los daños en general para que sean resarcibles. Puede decirse, por consiguiente, que el daño debe ser cierto (o sea, debe haber certidumbre sobre su existencia misma), debe ser ocasionado por la parte negociante, o por sus auxiliares a título de culpa, dolo o simple mala fe, y el actuar ilícito debe haber violado un derecho subjetivo perteneciente al damnificado. Aparte de ello, debe encontrarse ligado por una relación de causalidad adecuada con el hecho que determinó la responsabilidad del agente.”, y en base a la amplia información aportada al proceso sobre los efectos de la conducta antijurídica que se ha descrito con absoluta claridad, se resuelve el problema jurídico esbozado de manera motivada, y ajustada a los principios de reparación integral del daño que determinan los artículos 2214 y 2229 del Código Civil... Entonces el artículo 2214 del Código Civil determina que quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a indemnizar. El artículo 2229 del referido cuerpo legal, señala que por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Y el artículo 1572 del citado código señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Al respecto, considero pertinente citar los argumentos desarrollados por la Corte Nacional mediante el voto de mayoría: “...La competencia se encuentra otorgada a los jueces en razón del territorio, la materia, los grados y las personas. En el caso en concreto, la accionada MERCK señala que este proceso debió ser conocido por los Tribunales Contencioso Administrativo, por cuanto el tema a tratar es un asunto exclusivamente de competencia desleal, argumento con el cual no concuerda este Tribunal de Casación como se desarrollará en líneas posteriores, partiendo además que la demanda ha sido presentada “por concepto de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, y con el objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK le ocasionaron”, en base a los artículos 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política del Estado de 1998, 2214 y 2229 del Código Civil, la compañía accionante no ha fundamentado su acción en las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina referentes a la libre competencia, y que al respecto, la compañía actora refiere que no eran aplicables las normas supranacionales de la Comunidad Andina. Los daños y perjuicios se encuentran regulados en la legislación ecuatoriana por el Código Sustantivo Civil, el procedimiento para reclamarlos ha sido tratado por el Código de Procedimiento Civil, el trámite es el ordinario (Arts. 59, 395

En cuanto a la competencia para el conocimiento de este tipo de acciones, es importante considerar el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia, principalmente por las dudas que se han presentado en esta investigación, así el citado órgano jurisdiccional acerca de la petición de la accionada razona explicando que la compañía MERK argumentó que el proceso en cuestión debió haberse sustanciado por un Tribunal Contencioso Administrativo fundamentado en que el tema a desarrollarse era un asunto exclusivamente de competencia desleal. Argumento rebatido expresamente por la Sala que conoció este caso, pues indicó que la demanda tenía como fundamento el reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el cometimiento de un ilícito de carácter civil y cuyo objetivo era la reparación de este daño, que de hecho fue ocasionados por las prácticas anticompetitivas que MERCK ocasionó.

---

y siguientes C. P. C.) o el verbal sumario (828 y sigts C. P. C.), dependiendo la posición del derecho a ser declarado o resarcido (liquidación de daños y perjuicios), por consiguiente, el juez competente para conocer este tipo de procesos es el juez civil. En consecuencia, no existe falta de aplicación de los artículos 346.2 del Código de Procedimiento Civil; 76.7.k) de la Constitución; 11 del Código de Procedimiento Civil; 284 y 294 de la Ley de Propiedad Intelectual; Disposición Transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual; 217.6 del Código Orgánico de la Función Judicial como se alega... En nuestro país, al tiempo de la presentación de la demanda por NIFA S. A., hoy PROPHAR S. A., la competencia desleal se encontraba regulada por la Ley de Propiedad Intelectual, en el Libro IV, y así también, en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, no obstante esta normativa no era suficiente para controlar, sancionar, evitar prácticas desleales y en si las distorsiones del mercado. Sin embargo las Decisiones de la Comunidad Andina en general no otorgaron el control necesario, ni en nuestro país existía una normativa legal referente al tema, o sanciones, dejando muchas conductas de competencia en la impunidad. Las Decisiones 608 y 616 no podían ser aplicadas por cuanto no existían autoridades administrativas ni judiciales competentes para conocer estos temas, ni tampoco los procedimientos; era necesaria una ley interna que regule estos temas por lo que más tarde fue expedida la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, como queda anotado.” 24-25-44. De su parte el Voto Salvado, planteado por el Dr. Paúl Iñiguez Ríos en relación a la posibilidad de sustanciar los actos de competencia desleal en sede civil merece una negativa fundamentada en que la anterior Ley de Propiedad Intelectual, bajo los siguientes términos: “...Que hasta el año 2005 no existió en el Ecuador regulación alguna en materia de Derecho de libre competencia, y por ello, es indudable que los jueces de lo civil, en primera y segunda instancia carecieron de competencia por lo que debieron declarar la nulidad del proceso...La Ley de Propiedad Intelectual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 294 otorgaba competencia a los jueces y tribunales distritales de propiedad intelectual para conocer las controversias sobre esa materia. Sin embargo, la disposición transitoria quinta de esa ley, establecía que hasta que sean creados los juzgados y tribunales de propiedad intelectual, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerían sobre las causas de tal materia. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, se atribuye la competencia a las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes de Justicia Provinciales para la resolución de las controversias en materia de propiedad intelectual. Por lo cual, señala que la represión de competencia desleal es materia de la Ley de Propiedad Intelectual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 284 ibídem. En consecuencia, los jueces de segunda instancia fueron incompetentes para conocer la causa en razón de la materia...”

A criterio de la Corte Nacional de Justicia los actos de competencia desleal pueden tener un fundamento fáctico en las distintas conductas tipificadas en la ley especial, pero de manera obligatoria deberán cumplir con todos los requisitos exigidos para demostrar la responsabilidad civil en la cual se ha infringido conforme lo ordena el derecho común, debiendo ser por lo tanto este el fundamento legal para la reclamación por el perjuicio a los intereses privados sufrido por los operadores económicos.

Como se ha evidenciado, la normativa especial en materia de competencia desleal no es un mecanismo de tutela íntegro y suficiente a favor de los operadores económicos que actúan en el mercado. La legislación especial pensada, estructurada, concebida para propender el saneamiento de conductas inadecuadas en el mercado, está enfocada principalmente para tutelar el bienestar general a través de la intervención Superintendencia de Regulación y Control de Poder del Mercado, mientras que en el caso de la afectación a los intereses particulares de los operadores económicos la normativa sobre competencia desleal será únicamente un soporte de la legislación civil que sanciona el actuar que ha producido un daño a otra persona.

Los ambiciosos objetivos de la normativa ecuatoriana, se verían consolidados de una forma efectiva si se adoptaría la lógica del sistema español -que sirvió de fundamento para la construcción de nuestra legislación-, cuya tutela frente a la competencia desleal abarca un mecanismo directo y principal mediante acciones en la vía civil y adicionalmente sanciones administrativas.

Esta concepción del mecanismo procesal permite que los competidores afectados acudan de manera directa al ejercicio de acciones recogidas en la vía civil pero amparados en la normativa especial con la finalidad de lograr el cese de las actuaciones anticoncurrenciales y el respectivo resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Es más, el propio ordenamiento jurídico civil español adoptó la posibilidad de solicitar medidas cautelares, diligencias preliminares o las mismas acciones judiciales para tutelar de manera efectiva los derechos de los operadores económicos.<sup>184</sup>

La Ley de Competencia Desleal española en su artículo 32<sup>185</sup> regula todas las acciones que puedan adoptarse contra los actos de competencia desleal, siendo estas las

---

<sup>184</sup> José Antonio, Vega Vega, *Acciones*, en Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra: Aranzadi, 2011), 850-851.

<sup>185</sup> España, *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*; Boletín Oficial Español, número 10, 11 de enero 1991, Capítulo IV, Acciones derivadas de la competencia desleal, artículo 32: Acciones. 1. Contra

acciones declarativas de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de reiteración futura, acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios cuando la conducta desleal ha sido cometida con dolo o culpa del agente e incluso la acción de enriquecimiento injusto.

Es evidente que a partir de la entrada en vigencia de la LORCPM la legislación ecuatoriana intentó eliminar todas aquellas conductas desleales que afecten a la eficiencia económica del mercado. Sin embargo conforme a lo analizado, el derecho de la competencia desleal obliga a tutelar de manera más efectiva e integral los derechos de los competidores.

Por último debemos indicar que en este capítulo, ha sido necesario abordar el contenido de la garantía de la tutela judicial efectiva, la misma que permite materializar los demás derechos reconocidos dentro del sistema jurídico, observando que incluso a nivel de la jurisprudencia se lo conciben como un derecho-garantía que se debe aplicar a todo procedimiento, sin exclusión alguna.

Con este parámetro general, se ha determinado que los intereses privados de los operadores económicos no se encuentran debidamente abordados y protegidos en su integralidad frente a actos de competencia desleal. Por ahora la activación de reclamos relacionados al cometimiento de actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a intereses de privados requiere de la aplicación del derecho común.

Con estas consideraciones, si bien es cierto la normativa especial, es decir la LORCPM no regula los casos específicos de afectaciones a los intereses propios, esto no es un óbice para que su normativa no sirva como un fundamento legal más aún para

---

los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1.ª Acción declarativa de deslealtad. 2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. 2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

sustentar los hechos fácticos denunciados. Esto sin embargo exige superar la interpretación literal del cuerpo normativo citado, para generar una interpretación sistemática en su integridad.

Sin embargo, pese a la posibilidad sustentar una acción en base al Código Civil y a la LORCPM, existen varias instituciones jurídicas que no se aplicarán o de aplicarse lo hacen en términos radicalmente diferentes. En este sentido es evidente lo que sucede con la prescripción, de la vía de sustanciación del proceso para exigir el pago de los daños y perjuicios, la limitación para plantear medidas preventivas en actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los operadores económicos. Esto conlleva a afirmar que la legislación ecuatoriana es deficiente para generar una protección íntegra a los derechos de los operadores económicos.

Identificados los problemas en este capítulo, se ha planteado como propuesta analizar e intentar incorporar el sistema recogido en la legislación española, el cual resulta ser completamente adecuado y pertinente para proteger el derecho de los agentes económicos, pues en la citada normativa se dan varias opciones de acciones, incluyendo la indemnizatoria por daños y perjuicios a sustanciarse en instancia civil pero acogiendo las instituciones del derecho de competencia desleal.

## CONCLUSIONES

Es imprescindible empezar las conclusiones de la presente investigación, planteando nuevamente la interrogante que motivó este trabajo: el procedimiento regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente ¿tutela de manera efectiva los derechos de todos los operadores económicos del mercado frente a conductas catalogados como actos, hechos o actividades de competencia desleal?

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado desde su publicación generó una serie de expectativas al regular una materia que hasta el año 2013 únicamente había sido tratada por normativa comunitaria y por nuestra antigua Ley de Propiedad Intelectual. Esta expectativa estuvo centrada por el interés de los diferentes operadores económicos y de los consumidores que consideraban que sus derechos estarían debidamente protegidos en el mercado ante conductas deshonestas e ilícitas.

A lo largo de esta investigación, hemos estudiado de forma pormenorizada las opciones que nos otorga tanto la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, en lo que respecta a los procedimientos recogidos para la protección de esta rama del derecho, obteniendo las siguientes conclusiones:

1.- Identificar aquellas conductas de competencia desleal, cuyo cometimiento afectan a la eficiencia económica, al bienestar general, o a los derechos de los usuarios o consumidores –sin que existan criterios suficientemente claros para determinar estas situaciones–, son aquellos que han merecido toda la atención normativa para su cese y sanción. Ante este tipo de conductas, tendrá plena competencia la Superintendencia de Control y Poder del Mercado para adoptar todas las medidas preventivas reconocidas en la Ley especial que tienen como objetivo evitar de manera anticipada que se produzcan daños en contra del mercado, en contra de los intereses de los consumidores y desde luego de los operadores económicos. Así también tendrá plenas facultades para establecer sanciones administrativas en contra de los competidores que hubieren actuado de una manera desleal.

2.- Es importante indicar que las decisiones de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado prevalecen sobre las decisiones de la autoridad nacional en materia de propiedad intelectual en materia de competencia desleal, pues de existir actos

anti concurrenciales que atenten a esta clase de derechos, cuyos resultados signifiquen un perjuicio al interés general serán conocidos y sancionados administrativamente por la SCPM de manera exclusiva.

3.- En los casos en los que interviene la SCPM los intereses particulares de los operadores económicos se encuentran protegidos, pues la Ley especial les otorga en vía sumaria la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que hubieren sufrido como consecuencia de la práctica de actos de competencia desleal, valoración que será independiente de la sanción administrativa impuesta

4.- Pese a lo íntegro y completo de la regulación en cuanto a la protección de las conductas desleales que atentan en contra de la eficiencia económica y del correcto funcionamiento del mercado, este trabajo se ha centrado en determinar qué sucede con la gran cantidad de actos comerciales que a diario son afectados por presencia de comportamientos desleales, pero cuyo cometimiento no tiene incidencia alguna en contra de los derechos de los consumidores ni tampoco son capaces de afectar al mercado. Es decir, cuando el efecto nocivo de los mismos se concentra exclusivamente en un perjuicio en contra de los intereses particulares de los operadores económicos.

5.- Ante la circunstancia indicada existen dos posibilidades. La primera, que hace referencia aquellos actos desleales que hayan sido cometidos mediante la vulneración de derechos de propiedad intelectual. En este caso en sede administrativa deberán ser sustanciados los reclamos ante la SENADI en base al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Adicional a ello y con fundamento en la misma normativa citada se tendrá una vía jurisdiccional expedita para la protección de sus derechos, la cual cuenta inclusive con providencias preventivas propias y especiales reconocidas en el propio Código Orgánico General de Procesos.

6.- La segunda posibilidad, se presenta frente a la máxima de que toda vulneración de derechos en materia de propiedad intelectual implica la existencia de un acto de competencia desleal, pero no toda conducta de deslealtad en el mercado significa atentar contra derechos de propiedad intelectual. Como muestra de lo afirmado y a manera de ejemplo se pueden considerar los actos de denigración.

De esta forma se constató la existencia de actos desleales que atentan exclusivamente a los intereses particulares de los operadores económicos, los cuales no tienen vía administrativa alguna para tutelar sus intereses, y a quienes se les reconoce

únicamente la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional y al amparo del derecho común exigir el reconocimiento de el daño patrimonial sufrido.

7.- El tratamiento diferenciado de este tipo de conductas se origina en una carencia importante en cuanto a la técnica legislativa y al entendimiento mismo de la naturaleza jurídica de la competencia desleal. En esta situación, uno de los obstáculos más importantes que tendrían los operadores económicos en la protección de sus derechos es la falta de acceso a ese abanico importante de opciones de medidas preventivas reconocidas en el artículo 62 de LORCPM para evitar la afectación a sus intereses. Impedimento injustificado que no presenta sustento alguno y que más bien denota una clara afectación en cuanto a garantías fundamentales, entre las que podríamos mencionar el derecho de igualdad.

8.- Ante la ausencia de vía administrativa, la opción jurisdiccional es la única que ampara a los competidores frente a actos desleales que afectaron exclusivamente a sus intereses. Surge entonces el siguiente inconveniente pues el legislador ha indicado que este tipo de conductas deberán ser tratadas como cuasidelitos, conforme la definición del Código Civil. Esta decisión legislativa es criticable al igual que deficiente, pues esta institución del Derecho Civil se caracteriza por ser un hecho ilícito, culpable pero sin la intención de dañar. Esto implica que de hacerse una interpretación literal a la norma de la LORCPM (artículo 25) se tendría como resultado que toda conducta desleal cometida con dolo no encuadraría en la protección otorgada por la ley especial, lo cual debe ser superado a través de una interpretación sistemática e integral de la normativa especial.

9.- Otra de las tensiones identificadas, es referente a las dudas de los operadores de justicia al momento de adoptar la LORCPM cuando se presente a su conocimiento el cometimiento de una conducta desleal en el mercado y que afecte a la competencia. Un criterio que fue percibido entre jueces y sin tener sentencias expedidas a partir de la publicación de la Ley especial que aclararen el particular, es que este tipo de requerimientos buscan exclusivamente la reparación de daños y perjuicios, debiendo sustanciarse exclusivamente con fundamento en el Código Civil.

Tal criterio trae una serie de implicaciones prácticas. La primera relativa a la vía en la cual debe sustanciarse. Según el artículo 71 de la LORCPM deberá ser en vía sumaria, sin embargo el derecho común exige que sea realizada en vía ordinaria. El

criterio de los administradores de justicia debería considerar, que si bien se discutirá sobre el hecho ilícito y el nexo causal que produce el perjuicio patrimonial ocasionado, esto no obsta que la conducta podrá encuadrarse perfectamente en la definición de una práctica desleal conforme la Ley especial de la materia. Por lo tanto, considero que no existe contradicción y tampoco objeción en fundamentar una demanda por daños y perjuicios ocasionados por una conducta anticoncurrencial que tenga como fundamento legal la LORCPM, lo que implica sustanciarlo en la vía dispuesta para el efecto y además citar al derecho común para el resarcimiento patrimonial.

10.- Otro de los inconvenientes identificados en esta investigación, es la aplicación de la prescripción extintiva de derechos. En este caso existe nuevamente una injustificada diferencia entre los casos que afectan al interés general y aquellos en los que se discute únicamente los intereses de los particulares. Así para los primeros, conforme lo dispuesto en la normativa especial la prescripción de la acción del resarcimiento de daños y perjuicios se generaría en 5 años computados desde la ejecutoria de la resolución administrativa. Para los casos de afectación exclusiva de los intereses particulares, el tiempo de prescripción deberá someterse a lo dispuesto en el artículo 2235 del Código Civil, según el cual el tiempo de prescripción será de apenas 4 años, siendo lo más grave, que este plazo será contabilizado desde la *perpetración del acto*, momento desde el cual debe computarse esta fecha. Reitero que en mi criterio, esta es una distinción injustificada que promueve un trato desigual frente al mismo ilícito y menoscaba la tutela judicial efectiva.

11.- Un aspecto adicional que ha merecido análisis es la necesidad de una especie de prejudicialidad para el requerimiento de las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados, requerimiento que se traduciría en la obligatoriedad de tener en firme una resolución administrativa favorable de la SCPM. Este criterio podría generarse de una peligrosa interpretación literal así como falaz del artículo 71 de la Ley. La LORCPM, no limita en lo absoluto el derecho de cualquier operador económico para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado el cometimiento de una conducta desleal. El establecer como requisito previo la existencia de una resolución administrativa para proceder al reclamar de derechos en vía jurisdiccional resultaría ser completamente atentatoria a derechos y garantías fundamentales.

12.- Frente a todas estas incógnitas que se han generado desde la entrada en vigencia de la LORCPM y que esperan resoluciones de las autoridades jurisdiccionales competentes, se han propuesto dos alternativas para superarlas: 1) A nivel del derecho adjetivo, específicamente del Código Orgánico General de Procesos, el legislador debería dar un similar tratamiento al otorgado en materia de propiedad intelectual, es decir se debería incluir providencias preventivas especiales que miren y atiendan esta rama específica del derecho, con lo cual se fomentaría precisamente la característica de *prevención* reconocida por la naturaleza jurídica de la competencia desleal y 2) Ya que el modelo español, fue una de las bases para la construcción de nuestro sistema normativo en materia de competencia, lo ideal hubiera sido acoger íntegramente la posibilidad reconocida por esa Ley en cuanto a las acciones regidas y sometidas por la normativa especial, que se caracteriza por tutelar de forma directa los intereses de los operadores económicos en todos los casos, sin consideración del efecto que estos puedan tener en el mercado.

13.- Este trabajo, no pretenden dar respuestas absolutas. Sí busca generar un debate serio y profundo sobre la competencia desleal y su desarrollo en la realidad jurídica ecuatoriana, así como del respeto a la tutela judicial efectiva.



## Bibliografía

- Aguirre Guzmán, Vanesa, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Revista de Derecho*, no. 14 (2010).
- Alesandri, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Ediar, 1983.
- Alvear Peña, Patricio y Blanca, Gómez de la Torre, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. Quito: V&M Gráficas, s/a
- , “Competencia Desleal y Competencia en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado”. 13 de Noviembre 2018. <http://lexadvisorecuador.com/wp-content/uploads/2017/02/Patricia-Alvear-Derecho-Empresarial.pdf>.
- Ávila Santamaría, Ramiro, ed., *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito:Abya-Yala, 2011.
- , ed., *La Constitución del 2008. Análisis desde la Doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos , 2008
- Barona Vilar, Silvia, Competencia Desleal, *Tutela Jurisdiccional Tomo I y II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Bernal Pulido, Carlos y Jorge Fabra Zamora ed., *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Bertone, Luis Eduardo y Guillermo Cabanellas de la Cuevas, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires: Heliasta, 2003.
- Broseta Pont, Manuel y Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid: Tecnos , 2008.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención 1 y 2*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- CAN *Codificación Del Acuerdo De Integración Subregional Andino, Acuerdo De Cartagena, Decisión 563*, 5 de septiembre del 2003.

CAN, *Codificación del Régimen común sobre propiedad industrial Decisión 486*, 2 de Febrero del 2001.

Coello García, Hernán, *Obligaciones*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera

Colombia, *Ley 256*, Diario Oficial No. 42692, 8 de Enero de 1996.

Corte Constitucional Colombiana. “Sentencia de 24 de Marzo del 2010” Caso demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9,11,12,13,22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de competencia, caso número C-228/10, 24 de Marzo del 2010, párr. 7, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>.

Darnaculleta i Gardella, M. Merce, *La Competencia Desleal*. Madrid: Iustel, 2007.

De Vrocy, Michel, “El liberalismo económico y la crisis”, *Lecturas de Economía*, número 70 (2009).

Ecuador. *Código Civil*, en Registro Oficial No. 46 Suplemento, 25 de Junio del 2005.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de Mayo del 2015.

Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de Marzo del 2009.

Ecuador. *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 899 Suplemento, 9 de Diciembre del 2016.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008.

Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en Expediente no. 015-16-SEP-CC, 13 de Enero del 2016; Caso no. 1112-15-EP.

Ecuador, Corte Constitucional. “Sentencia” No. 0004-13-SEP-CC de 21 de marzo de 2013.

Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia de Casación” en *Juicio Ordinario No. 437-96*, 7 de Noviembre del 1996.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. “Sentencia de Casación” en *Juicio Ordinario* no. 215-2014, 10 de Noviembre del 2017.

- Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1425 Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial No. 9 Suplemento, 7 de Junio del 2017.
- Ecuador. *Ley de Propiedad Intelectual*, Registro Oficial 426, Suplemento, 28 de Diciembre del 2006
- Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, ; Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de Octubre del 2013.
- Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado, Expediente SCM-CRPI-2015-072, 15 de Abril del 2016.
- Ecuador. La Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, *Resolución No.011 Expídanse los métodos de determinación de mercados relevantes*, en Registro Oficial No. 885, 18 de Noviembre del 2016.
- Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado, *Expediente SCM-CRPI-005-2017*, Caso NESTLÉ S.A., Comisión de resolución de Primera Instancia, 15 de junio del 2017.
- Emparanza Sobejano, Alberto, *El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Madrid: Civitas, 2000.
- España, *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*. Boletín Oficial Español, número 10, 11 de enero 1991.
- Gacharná, María Consuelo, *La Competencia Desleal*. Bogotá: Temis, 1982.
- García Menéndez, Sebastián Alfredo, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor*, Buenos Aires: LexisNexis, 2004.
- Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional , 2012.
- Guzmán Brito, Alejandro, “La Buena Fe en el Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29 (2002).
- Loma-Osorio, Diego, cord. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2013.
- Jara Vázquez, María Elena, ed. *Derecho Económico Contemporáneo*. Quito: Corporación Editora Nacional 2017.
- , *Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina*, “Protección jurídica contra la competencia desleal en los

- países de la Comunidad Andina”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%C3%B3n.pdf>.
- ., María Elena, *Tutela arbitral efectiva en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2017
- Maestre, Javier A, “El Derecho al Nombre de Dominio”, 20 de Noviembre 2018, <http://www.maestreabogados.com/wp-content/uploads/2014/11/libro-el-derecho-al-nombre-de-dominio.pdf>.
- Martínez Sanz, Fernando, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Tecnos, 2009.
- Massaguer, José, *Nuevo Derecho a la Competencia Desleal*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Menendez, Aurelio. *La Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1988.
- Monsalve-Caballero, Vladimir & Rodado-Barreto, Diana Paola, “La integración de la Buena Fe Objetivo en la etapa de formación de los contratos de consumo” *Revista Científica Pontificia Universidad Javeriana*, no. 122 (2011).
- Morral Soldevilla, Ramón dir., *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- Novak Talavera, Fabián, “Los Principios Generales del Derecho La Buena Fe y el Abuso del Derecho”, *Revista Agenda Internacional Instituto de Estudios Internacionales*, volumen 4 (1997).
- Neme Villarreal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales concepto”, *Revista de Derecho Privado Universidad de Externado de Colombia*, no. 17 (2009)
- OMPI. *Protección sobre la competencia desleal. Análisis de la situación actual*. Ginebra:1994  
[ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO\\_PUB\\_725s.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/WIPO_PUB_725s.pdf).
- Otero García-Castrillón, “El Alcance extraterritorial del derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidenses, comunitaria y española”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 212 (2001).
- Oyarte, Rafael, *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

- ., Rafael, *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos“ Sentencia de 29 de Abril del 2004”, *Caso Plan de Sánchez contra el Estado de Guatemala*, 29 de Abril del 2004 (<https://www.fielweb.com/Index.aspx?29abf6id>).
- Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.
- Palau Ramírez, Felipe, *Descuentos Promocionales*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- Parraguez Ruiz, Luis, *El régimen jurídico de los bienes*. Quito:Iuris Dictio, 2016.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial-Pons, 2010.
- Posner, Richar A., *El análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de cultura económica, 2013.
- Riofrío Martínez- Villalba, Juan Carlos y Marcelo Marín. Sevilla, ed., *Régimen de Competencia digestos ecuatoriano*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho administrativo económico*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Rodríguez Cano, Alberto Bercovitz, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Aranzadi, 2011.
- Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*. México:Mc Graw Hill, 2010
- Sánchez Calero, Fernando y Juan, Sánchez Calero *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid: McGRAW-HILL, 2004.
- Serra Rojas, Andrés *Derecho Económico*, México: Porrúa, 2012.
- Sanjuán y Muñoz, Enrique, *La valoración de daños en los supuestos antitrust*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Tato Plaza, Anxo, Pablo Fernández Carballo-Calero y Christian Herrera Pretus, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: La Ley, 2010.
- Tato Plaza, Anxo, *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996
- Tribunal Supremo de Estados Unidos de América. “Resolución 334 219 de los EEUU 10 de mayo de 1948”, *Caso Mandeville Island Granjas v. American Crystal Sugar*, 10 de mayo de 1948. (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/219/case.html#242>).

Vicent Chulia, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.