

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE DERECHO

MENCION

INTERNACIONAL ECONOMICO.

**“DERECHO DE CORRECCION DEL MERCADO: DERECHO DE LA
COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL”.**

PATRICIA ALVEAR PEÑA.

2006.

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dra. Patricia Alvear Peña.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE DERECHO

MENCION

INTERNACIONAL ECONOMICO.

**“DERECHO DE CORRECCION DEL MERCADO: DERECHO DE LA
COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL”.**

PATRICIA ALVEAR PEÑA.

Quito, 2006.

INDICE

“DERECHO DE CORRECCION DEL MERCADO: DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL”

Propósitos y Contenidos de la tesis	7
Introducción	8

CAPITULO PRIMERO

DERECHO DE CORRECCION ECONOMICA

Evolución Histórica del derecho de corrección económica	10
El origen de la regulación de defensa de la competencia	12
Origen y evolución de la regulación contra la competencia desleal	14
El derecho antitrust americano	15
La Competencia Desleal y la protección de los consumidores	16
Actual visión de la regulación de defensa de la competencia y la regulación contra la competencia desleal	18
Alcance, Objetivo y ámbito de aplicación del derecho de corrección económica.	28

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACION COMUNITARIA Y ECUATORIANA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Análisis Histórico de la legislación comunitaria en el ámbito de defensa de la competencia	30
Análisis de la Decisión 608 de al Comisión del Acuerdo de Cartagena dictada el 29 de marzo de 2005.- Sus falencias	35

Posición Ecuatoriana frente a la decisión 608 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-	
Fundamento constitucional que promulga la defensa de la competencia	39
Acciones y procedimientos en contra de actos que falseen o distorsionen la libre competencia en la legislación andina y ecuatoriana. Procedimientos de ejecución	41

CAPITULO TERCERO

LEGISLACION COMUNITARIA Y ECUATORIANA SOBRE COMPETENCIA

DESLEAL

Análisis y desarrollo comunitario sobre la regulación contra la Competencia Desleal	57
La regulación de la competencia desleal y los derechos exclusivos de Propiedad Intelectual	61
La regulación de la competencia desleal de aquellos actos que no nacen de la violación de los derechos de propiedad intelectual	64
La Competencia Desleal como un mecanismo de corrección del tráfico económico.- Cláusula General prohibitiva y Supuestos concretos de competencia desleal.- Actuación de competencia que subyace a la enumeración de supuestos concretos en la legislación española y frente a la ecuatoriana	67
Fundamento Constitucional de la Regulación contra la Competencia Desleal y su vinculación con la Regulación de la Defensa de la Competencia.- Autonomía de la Regulación contra la competencia desleal.- Análisis de veto a la ley de Competencia presentada en Ecuador	74

Acciones y Procedimientos derivados de los actos de competencia desleal en la legislación ecuatoriana. Procedimientos de ejecución.....	77
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPITULO CUARTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Recomendación de promulgación de la ley de defensa de la competencia en el ámbito ecuatoriano como una necesidad de proteger a los consumidores y al sistema competitivo de mercado	82
Recomendación de dar autonomía a la regulación contra la “competencia desleal”, entendido como un mecanismos de corrección más del tráfico económico.....	84
Recomendación sobre la reforma de la Decisión 486 referente al capítulo de la Competencia Desleal y la Decisión 608.....	84

PROPÓSITOS Y CONTENIDO DE LA TESIS.- La presente tesis tiene por objeto analizar normas de corrección del tráfico económico enfocándose en la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL, (disciplinas jurídicas diferentes pero vinculadas) en el Ecuador; de tal forma que sea un mecanismo didáctico por el cual pueda difundirse la necesidad de apoyar y exigir la promulgación de leyes ecuatorianas que regulen en forma especializada estos temas de trascendencia para el desarrollo de nuestro nación.

Para tal efecto, la presente tesis contendrá una introducción que pretende ubicar el tema.

En el capítulo primero señalaré la evolución histórica del derecho de corrección económica, de la defensa de la competencia, y de la regulación contra la competencia desleal, refiriendo el derecho antitrust, la protección de los consumidores como la actual visión de éstas normas, para identificar su alcance, objetivos y ámbito de aplicación. El capítulo segundo analizará la legislación comunitaria y ecuatoriana sobre la defensa de la competencia, especialmente la Decisión 608 de la CAN; como el veto a la ley de Competencia presentada en Ecuador por la Diputada Susana González; para llegar a las acciones y procedimiento de ejecución en estos casos. En el capítulo tercero, analizaré la legislación comunitaria y ecuatoriana contra la Competencia Desleal, analizándolo como un mecanismo de corrección del tráfico económico. Se señalará su fundamento constitucional y su vinculación con la Defensa de la Competencia, pretendiendo demostrar la necesidad de la autonomía de la regulación contra la competencia desleal, para determinar las acciones y procedimiento de ejecución que procede. En el Capítulo Cuarto, se concluirá recomendando la promulgación de la ley ecuatoriana de defensa de la competencia y en otro cuerpo normativo la ley autónoma de regulación contra la “competencia desleal”, entendidos como un mecanismos de corrección más del tráfico económico.

INTRODUCCIÓN:

Dentro de las economías basadas en la libertad de empresa y la iniciativa económica, la libre competencia es una pieza básica del desarrollo económico. Sin embargo, históricamente se ha demostrado que la autonomía de la voluntad sin límite de los operadores en el ámbito del tráfico económico puede derivar en actuaciones incorrectas, abusivas y desleales, que distorsionan el mercado y perjudican a los competidores honestos, a los consumidores como al sistema competitivo mismo.

Es por ello que he considerado un tema de actualidad el realizar esta tesis con el fin de exteriorizar reflexiones y análisis sobre el derecho de corrección económica enfocándolo principalmente desde el derecho de la competencia y la regulación de la competencia desleal. Situación que espero permitirá ubicar conceptualmente el tema de la corrección del tráfico económico como una necesidad actual, histórica y social, y a su vez determinar las actuaciones mediante las cuales se exteriorizan estas actuaciones incorrectas como por ejemplo mediante el establecimiento de acuerdos entre sí de los competidores de no competir; de actuaciones de eliminación de la competencia como el abuso de posición dominante, las prácticas monopólicas, o mediante actuaciones incorrectas de mercado como la venta a pérdida, o por actuaciones agresivas a través del uso de cualquier recurso ilícito para captar clientela y obtener mayores beneficios económicos.

Contra el primero de los fenómenos surge la regulación de defensa de la competencia, que persigue garantizar un correcto funcionamiento del mercado en general, de cuya ley interna carece Ecuador a pesar de que recientemente por efecto de las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones número 608 y 616, vía derecho derivado o comunitario ha ingresado a ser parte de la legislación de nuestro país.

Contra el segundo de los fenómenos, surge la regulación contra la competencia desleal que busca salvaguardar los intereses particulares, concretos y la integridad de todos los concurrentes al mercado.

Sin embargo, se pretende establecer a lo largo de esta tesis que ambas disciplinas de intervención legislativa están centradas en la protección de un mismo bien jurídico que es la “competencia” y a través de ella se protege a los consumidores, los competidores, y a la sociedad en general, como así lo dice el tratadista argentino Sebastián Alfredo García Menéndez¹, a lo cual yo añadiría que con estas dos nuevas ramas del derecho de corrección económica se busca proteger además como bien jurídico: EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO y al sistema económico mismo.

¹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de desorganización del competidor”, Buenos Aires, Argentina. Ediciones Lexis Nexos, 2004, páginas 20, 21 y siguientes.

CAPITULO PRIMERO

DERECHO DE CORRECCION ECONOMICA.

Evolución Histórica del derecho de corrección económica.

Desde tiempos inmemoriales los hechos económicos han estado entrelazados con los jurídicos, siendo la normativa jurídica de determinada época un reflejo de las relaciones y sistemas económicos que imperantes en los diferentes momentos históricos. Sin embargo de ello, recién en el siglo XX, empieza a profundizarse sobre el “Derecho Económico”, el Derecho de intervención Estatal y el que mira a la corrección Económica, pretendiéndose dar varias definiciones de lo que es; de su objeto; como de su ámbito de acción, y naturaleza jurídica.

Dentro del derecho de corrección económica, el derecho de defensa de la competencia es el exponente nato de esta nueva rama del derecho que nace en los Estados Unidos como una legislación nacional. A partir de la primera guerra mundial (1914-1918) por influencia de la política económica tomadas por los Estados Unidos de Norteamérica se difundió en Europa mediante el fortalecimiento del nuevo rol del Estado como regulador del mercado mediante la intervención estatal con políticas económicas y normas de derecho que permitían la reactivación económica y el control del tráfico económico.

En México con la Constitución de 1917 también se incluyó un modelo estatal que “modificó aquel clásico que se refería exclusivamente a la organización del Estado, a la estructura del gobierno y a los derechos individuales”², y con ello se sentaron los pilares del desarrollo del derecho económico como una rama con un carácter económico y social. Luego es en Alemania entre 1917 y 1920 donde se introduce el término

² José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Quito, Ecuador, primera edición, Corporación Editora Nacional. página 11.

“WIRTSCHAFTRECHT”³ que significa derecho de la economía; y se resalta la gestión del Estado en el orden económico nacional, remarcándose la intervención estatal como un mecanismo de salida de la crisis de posguerra para la reactivación de la economía. En Francia, en 1936 y 1937 se aportó con las bases del derecho económico, estableciendo el sistema de desarrollo mediante la creación y configuración de las empresas de economía mixta⁴.

De esta forma se da el desarrollo de lo que hoy conocemos como “derecho económico”, con lo cual se identifica a un **“conjunto de normas que pertenece preponderantemente al derecho público y que tiene por objeto regular la intervención y participación del Estado en la economía”**,⁵ para **la corrección del tráfico económico** en beneficio de todos los participantes en el mercado. La intervención estatal que nació como un mecanismo de reactivación de la economía en época de crisis, pasó con su evolución, a ser también un elemento más de corrección del tráfico económico para evitar desviaciones y abusos en el mercado en perjuicio de la sociedad.

El derecho económico y el de corrección del tráfico económico como la Ley de Defensa de la Competencia, tiene formación reciente, a partir de la primera guerra mundial en el siglo XX, época desde la cual empieza a gozar de autonomía e independencia científica.

En el Ecuador a partir de la primera mitad del siglo XX, se dan varias normas de intervención estatal como consecuencia de la difusión de varias políticas de estado para el control de las relaciones económicas, mediante la expedición del Código del Trabajo (a ejemplo de México); la promulgación de normas que permitieron la creación del Seguro

³ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Quito, Ecuador, primera edición, Corporación Editora Nacional. página 11.

⁴ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Quito, Ecuador, primera edición, Corporación Editora Nacional. página 11.

⁵ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Quito, Ecuador, primera edición, Corporación Editora Nacional. página 29.

Social Obligatorio; el Banco Central del Ecuador; la Corporación Financiera Nacional; el Banco de la Vivienda; la Superintendencia de Bancos y Seguros; la Superintendencia de Compañías entre otras instituciones reguladoras; y el establecimiento de normas que apoyaron el sistema de fomento de la industria nacional. A finales del siglo XX (en la década de los noventa) se vuelven a expedir normas como la Ley de Mercado de Valores; e incluso en la Constitución de 1998⁶, que reflejan el desarrollo legislativo en normas de corrección del tráfico económico.

Sin embargo, en el Ecuador, poco se ha avanzado en la promulgación de una ley concreta que trate sobre el derecho de defensa de la competencia, a pesar de que en el título XII de la Constitución Política se trata del sistema económico, en donde se establece que el sistema nacional de la economía está basado en una economía social de mercado; pregonando la libre competencia. Por tanto a nivel constitución se prevé la intervención estatal para corregir el mercado a favor del bien común sobre los intereses particulares; pero no existe una real intervención estatal con norma interna que corrija los abusos y arbitrariedades de los agentes económicos en desmedro de los consumidores.

1.1. El origen de la regulación de defensa de la competencia.

Dentro del contexto anotado en el acápite anterior, el derecho de la competencia, que es el conjunto de normas que regulan la libertad de competir en forma honesta dentro del mercado, tiene como fuente más importante el derecho antitrust americano, que incorpora fundamentalmente tres leyes: La ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la comisión Federal de Comercio. “La primera incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio, y la monopolización. La ley Clayton, a su vez,

⁶ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Quito, Ecuador, primera edición, Corporación Editora Nacional. página 13 y 14.

declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y las llamadas cláusulas atadas, la adquisición de empresas competidoras y los directorios vinculados. Por último la Ley de la Comisión Federal de Comercio declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas”⁷

El derecho de la competencia nace en los Estados Unidos de América, con el derecho antitrust, que sanciona el monopolio en sí; pero luego se internacionaliza a partir de la Segunda Guerra Mundial en Europa, en donde se dictan normas anticompetitivas especialmente en Alemania, donde impulsó el desarrollo del derecho europeo de la competencia; y en Francia donde se aportó a este fin mediante la vía del desarrollo jurisprudencial. A partir de 1945 las legislaciones antimonopólicas fueron impuestas en varios países europeos, que a diferencia del derecho antitrust, prohíbe el abuso de posición de dominio y no el monopolio en sí; lo que permitió el surgimiento de normas internacionales en este sentido.

En el derecho europeo, constituye un aporte de gran importancia el Tratado de Roma suscrito en el año de 1957, que en sus artículos 85 y 86 que contienen las normas fundamentales del Derecho de la Competencia, (prácticas colusorias prohibidas el primero y el abuso de posición de dominio el segundo)⁸ en base de los cuales se ha ido desarrollando el derecho comunitario de corrección del tráfico económico y que ha servido de base para la armonización de las normas en esta materia a nivel europeo y un ejemplo a nivel mundial.

En los años 70, en las Naciones Unidas, se dan esfuerzos para sancionar códigos internacionales de conducta en materias vinculadas “al Derecho de la Competencia, tal como la transferencia de tecnología y la operación de empresas multinacionales”⁹, aprobándose un Código sobre Prácticas Restrictivas que busca impedir prácticas restrictivas

⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Buenos Aires Argentina, 2005, página 114 y siguientes.

⁸ Michel Waelbroeck, Aldo Frignani, “Derecho Europeo de la Competencia” Tomo I, página 11.

⁹ Guillermo Cabanellas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”. Buenos Aires Argentina, año 2005, página 75

al comercio internacional, pero que ha carecido en la práctica de un real valor por su falta de aplicación¹⁰.

En Ecuador, las normas de derecho de defensa de la competencia, se han dado por influencia de organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio, referidas a las prácticas antimonopólicas; dumping; las prácticas restrictivas de la competencia; y por vía de derecho derivado a través de normas dictadas por la Comunidad Andina, constituyendo **la Decisión 608 y 616**, las de mayor relevancia. En el ámbito de la legislación interna existe el reconocimiento del principio constitucional de defensa de la competencia en el artículo 244 de la Constitución Política del Estado; en el área de las telecomunicaciones como en el sector eléctrico se han implementado normas que pretenden regular la competencia en esta sección de mercado; sin embargo hasta la presente fecha carecemos de una Ley de Defensa de la Competencia ad hoc, a pesar de que han existido varios intentos porque se concrete la promulgación de este conjunto de normas.

1.2. **Origen y evolución de la regulación contra la competencia desleal.**

La regulación contra la competencia desleal nace por la presencia inevitable de actuaciones desleales de mercado, por la necesidad jurídica de poner límite a los actos que realizan los agentes en el tráfico económico, y por eso la regulación contra la competencia desleal, históricamente surge en los países capitalistas e industrializados en el siglo XIX en donde se presentó con más fuerza los efectos de actuaciones abusivas, como consecuencia de la consolidación del sistema capitalista, que puso en evidencia la necesidad de regular las actuaciones de empresarios que perjudicaban a sus competidores leales mediante

¹⁰ Guillermo Cabanellas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”. Buenos Aires Argentina, año 2005, página 76.

actuaciones incorrectas, permitidas por la autonomía sin límites de la voluntad de los competidores, que generó.

En un inicio esta disciplina nace con el fin de “proteger a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos que pudieran perjudicarles”¹¹ y “como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente de marcas”¹². De allí la estrecha vinculación que siempre ha existido entre la regulación contra “la competencia desleal y propiedad industrial”¹³

1.3. El derecho antitrust americano.

Mientras en el continente europeo se desarrollaba esta disciplina por la vía legislativa (Alemania) y jurisprudencial (Francia); vemos que en los Estados Unidos de América se generaban las normas de defensa de la competencia como las de competencia desleal por la vía jurisprudencial que ha sido y es el motor de cambio principal y de desarrollo de esta disciplina a partir del siglo XIX, con en el famoso caso “Amoskeag Mfg. Co. V Spear” dictada por el juez Duer, quién sentó las bases de la competencia desleal en este país¹⁴ y permitió que el desarrollo del derecho antitrust americano a su llegada a Europa luego de la segunda guerra mundial, produciendo un cambio en la concepción de esta disciplina, tan grande que se supera la teoría del daño concreto al competidor y se empezó a regular y sancionar la posibilidad y riesgo del daño y la afectación causado al empresario por desviación de la clientela de su empresa hacia el competidor por prácticas que no estaban

¹¹ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 14.

¹² Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 19.

¹³ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 19.

¹⁴ Sebastián Alfredo García, Competencia Desleal, Actos de desorganización del competidor, Buenos Aires, Argentina. Lexis Nexis, 2004, pagina 19.

dentro de los usos y costumbres mercantiles de la época; pero todavía no se vislumbraba en esta disciplina la protección de otros intereses de la sociedad ni de los consumidores.

Es tan sólo luego de la segunda guerra mundial, por la influencia del derecho “antitrust americano”, que se cambia este criterio y se determina que la competencia desleal no sólo tendrá por fin “la protección del empresario competidor sino la **protección del funcionamiento competitivo de mercado**”¹⁵; pues “el competidor no tiene ya el derecho de competir, sino la obligación de hacerlo, bajo reglas leales para mantener un sistema competitivo de mercado”¹⁶.

1.4. La Competencia Desleal y la protección de los consumidores.

A inicios de los años sesenta del siglo XX, “crece el movimiento de protección a los consumidores, con fundamento en que las empresas pueden cometer toda clase de abusos y engaños en contra de los consumidores”¹⁷; que son parte importante del sistema competitivo de mercado; pues sin los consumidores no funciona la economía de un país. Vinculando su protección a la protección del propio sistema competitivo. Surge, así el interés por proteger al público consumidor de engaños para que éste pueda optar libremente por un producto o servicio por la calidad y condiciones inherentes a las prestaciones ofrecidas; y la eficiencia empresarial de los empresarios; resultando como consecuencia de este planteamiento “el

¹⁵ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 16.

¹⁶ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 16,17 y siguientes.

¹⁷ Alberto Bercovitz, La regulación contra la competencia desleal en la Ley del 10 de enero de 1991, Madrid-España, Boletín oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, páginas 16m, 17 y siguientes.

reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de acciones por competencial desleal”¹⁸.

Por lo expuesto, cabe resaltar que en la actualidad se concibe conceptual y doctrinariamente que la regulación contra la competencia desleal debe tener por objeto la protección de intereses diversos, esto es la de todos los que participan en el mercado - proveedores de bienes y servicios y consumidores- como del funcionamiento correcto del sistema competitivo.

Este nuevo planteamiento afectó profundamente a toda la regulación en esta materia. Tan profundamente que cabe afirmar que según Alberto Bercovitz, se sigue denominando a esta rama del derecho *“Competencia Desleal por inercia histórica; porque por medio de esta regulación no sólo se reprime la competencia desleal en sentido estricto, sino que se imponen normas de actuación correcta a todos los que participan en el mercado ofreciendo bienes y servicios. Podría decirse que la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado”*¹⁹. *“... La prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”*²⁰.

Por lo expuesto, hoy no se puede hablar de la competencia desleal que afecta sólo a los empresarios o proveedores de bienes y servicios y por la violación de derechos de propiedad intelectual, como erradamente lo concibe la tendencia cooperativista consagrada por ejemplo en cuerpos normativos como la Ley de Propiedad Intelectual e incluso la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, sino debe abarcar a todos aquellos

¹⁸ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 16,17 y siguientes.

¹⁹ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 22.

²⁰ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Madrid – España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, página 22.

actos que atenten contra el sistema competitivo de mercado en general. Su ámbito de acción se ha ampliado a todas las actuaciones que desvirtúan el sistema competitivo de mercado; por lo que los actos de competencia desleal van más allá de la violación de los derechos de propiedad intelectual.

1.5. Actual visión de la Regulación de Defensa de la Competencia y de Regulación contra la Competencia Desleal

La evolución de los sistemas económicos basados en la libre competencia, como de las prácticas comerciales, publicitarias, de marketing entre otras, ha demostrado que los participantes en el mercado, directa e indirectamente se ven afectados por diversas actuaciones incorrectas de otros participantes en el tráfico económico, que afectan la fuente principal de desarrollo de éstas sociedades, “la libertad de competencia”, resultando por ello necesario regular la defensa de la competencia y sancionar aquellas actuaciones desleales que falseen la libre competencia, mediante una normativa adecuada.

La mayoría de países latinoamericanos, -siguiendo los avances mundiales- a excepción de Bolivia y Ecuador, han adecuado las normas contra la competencia desleal y promulgado La Ley de “Defensa de la Competencia”; que acorde a las nuevas tendencias en lo macro, es un instrumento más de la política económica y comercial de un Estado, que regula la corrección del tráfico económico, y en el plano de las libertades individuales es una forma de proteger el ejercicio del principio constitucional de “libertad de empresa”, dentro del mercado al impedir las trabas a la libre circulación de mercancías, sancionando las prácticas abusivas de comercio o acuerdos ilegales que limitan, falseen o dañen la competencia, en perjuicio de todos los participantes en el mercado desde el pequeño hasta el gran comerciante, el público consumidor, y el sistema competitivo mismo.

La Defensa de Competencia, debe ser entendida como una herramienta de apoyo y defensa fundamental de los empresarios y consumidores nacionales frente a grandes capitales que con un posicionamiento en el mercado nacional pueden afectar y de hecho afectan sensiblemente el mercado ecuatoriano, para luego llegar al abuso monopólico de servicios y productos. De allí la necesidad de apoyar la promulgación de una ley “ad hoc”, debidamente concebida, para dotar a los ecuatorianos de un mecanismo que permita romper la impunidad de actuaciones desleales que afectan al consumidor y a los comerciantes honestos. El Ecuador no puede seguir siendo tierra de nadie, donde no se legisle y menos se sanciona actuaciones colusorias prohibidas que en otros países del mundo se han considerado como ilegales desde hace más de 20 años.

Por influencia de las corrientes mundiales iniciados a mediados del siglo XX, se incorporó a nuestra legislación algunas declaraciones antimonopólicas, por la vía de tratados internacionales, (OMC, GATT, Tratados de la Comunidad Andina) y por la Constitución Política del Estado, la ley de Compañías, la Ley de Telecomunicaciones, la de Transporte Terrestre, e incluso el Código Penal; normas, que al momento resultan inconexas e insuficientes, pues no brindan el mecanismo real para defender al comerciante, al industrial y al público consumidor, frente a las nuevas formas de monopolio, y actuaciones comerciales incorrectas, por la ausencia de una normativa adecuada.

La Defensa de la Competencia, como analizaremos adelante, abarca varios tópicos que van desde la calificación de las concentraciones económicas, pasando por la regulación y sanción de actuaciones indebidas de mercado, como prácticas colusorias prohibidas, abuso de posición dominante, concentraciones monopólicas, y ayudas públicas que afectan el sistema competitivo y a los demás participantes en el tráfico económico,

llevando generalmente a la quiebra y destrucción de la competencia económicamente más débil.

1.- Por **“concentraciones monopólicas”**²¹, debemos entender aquellas prácticas que establecen el monopolio, mediante concentraciones de capital de compañías; de administración, y o de gestión que resultan de fusiones de compañías, de la toma de participaciones en su capital, de la compra de elementos del activo, mediante contratos, o por cualquier otro medio por el cual una compañía adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad, o parte de una o de otras varias empresas distorsionando la competencia.

2.- Por **prácticas restrictivas de la competencia o colusorias prohibidas**, se identifica a cualquiera de aquellas prácticas acordadas expresa o tácitamente (verbales o escritas) entre dos o más empresas que siendo independientes una de otra en la vinculación, en la propiedad o la administración, actúan de manera tal que impidan, restrinjan o falseen la competencia, en todo el mercado nacional o en parte de él.

Los carteles o acuerdos restrictivos de la competencia según la doctrina pueden ser horizontales o verticales.

Los acuerdos horizontales²² son aquellos celebrados entre dos o más empresas que se encuentran en la misma sección de mercado, o escalón del proceso productivo o comercial. Estos acuerdos se pueden exteriorizar por ejemplo a través de:

1.- Reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento;

²¹ Michel Waelbroeck, Aldo Frignani “Derecho Europeo de la Competencia” Tomo II, Capítulo IV, “Las concentraciones, páginas 1091, y siguientes. Primera Edición, Barcelo España, 1998.

²² Bercovitz Alberto, Rodríguez- Cano. “Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual”, Editorial Aranzadi, Navarra España. página 300, Segunda Edición.

2.- La fijación directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio en una misma sección de mercado entre competidores; como entendimientos sobre garantías, plazos de entrega, precios, etcétera. Esta prohibición es muy significativa frente a los contratos de adhesión utilizados por varias empresas cuando tienen cláusulas coincidentes (por ejemplo contratos de servicio de telefonía celular).

3.- La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico a las inversiones. Caen dentro de esta prohibición, por ejemplo, los entendimientos por los que se fijan cifras cuotas máximas de producción o de distribución a las empresas, o cuando limitan las calidades o las gamas de productos, o las inversiones para creación de redes de distribución o nuevas plantas de producción o para la investigación etc.

4.- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación, por los terceros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Se refiere a los contratos ligados, es decir que quien quiera comprar un producto debe comprar otro de diferente naturaleza.

5.- Licitación Colusoria, “Es el acuerdo entre proveedores del Estado que participan en licitaciones públicas”.²³

Estos acuerdos suponen a cargo de las partes meras obligaciones de hacer o de no hacer, sin implicar una modificación estructural ni un cambio en la gestión o en las relaciones de propiedad.

Cuando el acuerdo no provoca una modificación real en la organización de la gestión o en las relaciones de propiedad, sino únicamente una coordinación del comportamiento en

²³ Agustín Grijalva; Troya José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, Quito, Ecuador. página 25.

el mercado de empresas que se mantienen económicamente independientes, no nos hallaremos ante una concentración sino ante una práctica colusoria.²⁴

Los acuerdos verticales²⁵, consiste en el acuerdo entre dos o más empresas que están situadas en diferentes procesos de producción o de comercialización de un mismo producto o servicio, que tengan por fin falsear, restringir la competencia. Son las llamadas prácticas monopólicas restrictivas. Este tipo de acuerdos se exterioriza por ejemplo en:

- 1.-Imposición de productores sobre distribuidores en cuanto a **precios de reventa** o “prohibiciones de vender a determinadas personas o empresas”,²⁶ llamada la fijación de precio en la reventa.
- 2.- acuerdos de exclusividad que falseen la competencia;
- 3.- reparto de mercado,
- 4.- ventas condicionadas o vinculadas.

El derecho de libre empresa implica el derecho de acceder libremente al mercado y de competir en él; como la obligación de competencia leal, última que a su vez forma parte del orden público de la economía y es a la vez un derecho subjetivo. Este derecho subjetivo, si bien es protegido por el Estado; no puede ser absoluto y a nombre de él, violar otros derechos constitucionales que pertenecen al orden público como los sociales y económicos, de allí que cede ante las normas de policía que vigilan que este derecho subjetivo sea proporcionado, razonable, necesario y justamente en base a él y por él, debe regularse la intervención de todos los concurrentes al mercado en igualdad de condiciones para que puedan ejercer el derecho de libertad de empresa, en los términos leales y legales. Esta nueva visión del principio constitucional de libertad de empresa por tanto conlleva no sólo el

²⁴ Julio Pascual Y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”. Civitas Ediciones, Madrid España, Primera Edición 2002, página 89.

²⁵ ²⁵ Bercovitz Alberto, Rodríguez- Cano. “Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual”, Editorial Aranzadi, Navarra España. página 300, Segunda Edición.

²⁶ Agustín Grijalva, Troya José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, página 20.

derecho de competir sino la obligación de hacerlo para el mantenimiento del propio sistema competitivo de mercado.

Por tanto la voluntad de las partes encuentra límite en las normas policia que como la de defensa de la competencia sanciona las prácticas colusorias prohibidas, las concentraciones monopólicas que falseen la competencia y el abuso de posición dominante.

Es importante aclarar que no todo acuerdo entre empresas es prohibido o colusorio; por el contrario es permitido todas aquellas que no sean del tipo de las prohibidas y de las que falseen, restrinjan o distorsionen la competencia en el mercado nacional, o en una sección de él. Por tanto los acuerdos mercantiles de distribución; acuerdo de venta en común; acuerdo de agencia o de representación comercial; acuerdo de cooperación; acuerdo de distribución selectiva, son lícitos en tanto en cuanto no impidan o falseen la competencia.

Otro tipo de acuerdo que se permite es el económicamente beneficioso, cuando estos contribuyen a mejorar la distribución de producción de bienes y servicios o fomenta el progreso tecnológico o económico, y además de ello permite a los consumidores o usuarios participar equitativamente de los beneficios que estos acuerdos produzcan entre todos los participantes en el mercado.

Otro tipo de acuerdo permitido es el empresarial, o el de especialización, el acuerdo de franquicia, de investigación y desarrollo, de transferencia de tecnología, de marca, de patente, de normalización, entre otros, mientras estas no perjudican el sistema competitivo de mercado ni a los participantes en él.

Por tanto la libertad de empresa consagrado en el artículo 23 numeral 16 que dice: “La libertad de empresa, con sujeción a la ley”, se la respeta en tanto en cuanto esta comprenda la libertad de creación, de conservación, protección, trasmisión y extinción de la empresa, es decir de organizarla y competir con ella en un régimen de libre leal competencia que le permita la captación de clientes por su calidad, y con total libertad en la fijación de

precios y condiciones de contratación. Este derecho conlleva la obligación de competir en el mercado con prácticas leales, y en el plano de las libertades individuales es vinculante al del derecho a la propiedad; pero no es absoluto, pues el mismo, sucumbe ante el orden público y las normas de policía que vigilan el cumplimiento de los derechos constitucionales de segunda generación, como el derecho social y económico del cual son titulares no solo los empresarios sino cualquier ciudadano en cuanto tiene el potencial y el derecho de acceso al mercado.

Para la identificación de acuerdos colusorios es imprescindible identificar varios conceptos previos como son el del método analítico per sé y regla de la razón. El primero no requiere prueba alguna para su identificación pues la sola manifestación de este acuerdo (horizontales o acuerdos prohibidos absolutos), como la fijación de precios entre competidores, se lo prohíbe. El segundo se refiere a que solo serán prohibidos aquellos acuerdos que razonablemente se demuestre que afectan a la competencia y la restrinjan o falseen. (Acuerdos verticales o relativos).

Para determinar de si un acuerdo es colusorio o prohibido para el derecho de la competencia, es importante determinar que es un MERCADO RELEVANTE, así como lo que es un mercado específico en términos de producto y de área geográfica, y la sección de mercado en donde se dan los acuerdos que son restringidos por la ley de defensa de la competencia.

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE, constituye en la explotación abusiva por parte de una o más empresas, que tiene una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. La prohibición “es el abuso de esa posición de dominio”²⁷, que falsea la competencia en perjuicio de los demás concurrentes al mercado y

²⁷ Alberto Bercovitz, Rodríguez Cano, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi, Segunda Edición España, 2001, páginas 313 y 314.

del sistema competitivo mismo; por tanto, debe aclararse que ni “la existencia de la posición dominante, ni la adquisición de la misma, cuando es consecuencia de la dinámica competitiva del mercado”²⁸, se sanciona. Esta prohibición se exterioriza por: imposiciones directas o indirectas de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, no equitativas; tratamiento discriminatorio a terceros contratantes, que les ocasione una desventaja competitiva; imposición de contratos vinculados, a la adquisición principal; entre otros”²⁹.

Un ejemplo se daría en el hipotético de que exista una compañía que se dedique a la venta de productos de consumo masivo, que tenga una posición dominante en el mercado ecuatoriano, - lo cual no está prohibido- y que abuso de esta posición en perjuicio de los otros concurrentes al mercado o de una sección del mismo. Lo que está prohibido es el hipotético de que explote abusivamente con su posición de dominio a otros participantes en el mercado como proveedores, clientes o competidores, mediante actuaciones que no se habrían podido llevar a cabo si existiera una competencia efectiva; como por ejemplo la compra de productos fijando precios, plazos de pago, y condiciones de compra, pues esto afecta el comercio.

El Tribunal de Justicia Europeo ha desarrollado jurisprudencial y doctrinariamente el concepto de abuso de posición dominante, señalando que no necesariamente la posición de dominio sea el medio por el cual se produce el abuso, y por tanto para calificar el acto de abusivo, es necesario objetivamente determinar la existencia del abuso de posición de dominio.³⁰ La concepción objetiva del abuso de posición dominante nace de la sentencia Continental CAN, (UE), que aplicó *“el criterio subjetivo del abuso, según el cual era necesario que la empresa con posición dominante desplegara todo su poder económico para*

²⁸ Alberto Bercovitz, Rodríguez Cano, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi, Segunda Edición España, 2001, páginas 313, 314 y 315.

²⁹ Alberto Bercovitz, Rodríguez Cano, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi, Segunda Edición España, 2001, páginas 313, 314 y 315.

³⁰ Julio Pascual Y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa”, Civitas Ediciones, Primera Edición Madrid España 2002, página 43.

considerar que lleva a cabo un abuso”³¹. A partir de ésta sentencia se ha desarrollado ésta tesis, así vemos en la sentencia “IRIS SUGAR, 7-X-1999, que recuerda que el abuso de posición dominante se refiere a las actividades llevadas a cabo por una empresa con posición de dominio, con las que influye en la estructura del mercado en el que la competencia se encuentra debilitada, obstaculizando el mantenimiento en el mismo de la competencia aún existente o impidiendo que tal competencia se desarrolle, y todo ello recurriendo a métodos distintos de los que rigen una concurrencia normal basada en las prestaciones de los agentes económico”s.³²

Es importante resaltar el criterio de la Jurisprudencia Europea, mediante la cual se estableció que las empresas con posición de dominio tienen no sólo la obligación de ser competitivas sino además tienen una ESPECIAL RESPONSABILIDAD en el MANTENIMIENTO DE UNA COMPETENCIA NO DISTORSIONADA EN EL MERCADO, debiendo actuar con especial diligencia ya que por su misma situación se encuentra limitada la competencia.³³ Su conducta no puede impedir una competencia genuina.³⁴

El abuso de posición dominante puede exteriorizarse mediante:

- 1.- la imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
- 2.- Limitación de la producción, distribución o el desarrollo técnico en perjuicio de consumidores.
- 3.- Tratamiento discriminatorio a terceros contratantes, que les ocasione una desventaja competitiva.
- 4.- Imposición de contratos vinculados, a la adquisición principal. etc.

³¹ Julio Pascual Y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa”, Civitas Ediciones, Primera Edición Madrid España 2002, página 43.

³² Julio Pascual Y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa”, Civitas Ediciones, Primera Edición Madrid España 2002, página 44.

³³ Julio Pascual Y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa”, Civitas Ediciones, Primera Edición Madrid España 2002, página 45.

³⁴ Grijalva Agustín, Troya José Vicente, “Elementos para un derecho de la Competencia en Ecuador”, página 35.

El abuso de posición dominante, puede devenir de la concentración de varias empresas o no.

Las actuaciones antes referidas, son tan sólo algunas de aquellas que perjudican a los participantes en el mercado, principalmente a los pequeños, medianos empresarios, a los sectores productivos y al público consumidor, causando daño a su patrimonio e intereses, que deben protegerse mediante la Ley de Defensa de la Competencia y la regulación amplia contra la Competencia Desleal, que por su vinculación son las llamadas a proteger el sistema competitivo de mercado y a sus participantes; pues, si la Defensa de la Competencia, regula el correcto desarrollo de las actividades económicas en el mercado; la Competencia Desleal debe sancionar todas las actuaciones comerciales deshonestas, más allá de la protección a las distintas modalidades de propiedad industrial, que surgieron a partir del siglo XIX, y ampliando su protección a la de todos los que participan en el mercado -empresarios y consumidores- como del sistema competitivo, pasando entonces la prohibición de competencia desleal entre empresarios a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. La exigencia de competencia leal hoy es un del principio de corrección en el tráfico económico.

5.- La doctrina también trata como práctica incorrecta las ayudas públicas, a las empresas, (protecciones arancelarias, exoneraciones tributarias, subvenciones estatales etc) porque también desvirtúan la competencia en el mercado, al beneficiar a ciertas empresas destinatarias de las ayudas frente al resto de empresas competidoras. A este respecto en otras legislaciones se establece un análisis de las ayudas públicas pero hasta el momento prima el concepto estatal de ayuda a las empresas de cada territorio.

4.- **“Ayudas Públicas”**³⁵.- Es otro ámbito que abarca la defensa de la competencia, y se refiere a cualquier ayuda pública o estatal, mediante el cual se beneficia a determinado

³⁵ Alberto Bercovitz, Rodríguez-Cano, “Apuntes de derecho mercantil”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra España, 2001. pagina 324.

sector productivo en perjuicio de otros, y que fundamentalmente impida la libre competencia.

1.6. Alcance, objetivos y ámbito de aplicación del derecho de corrección económica.

Como se ha dejado explicado en este capítulo el derecho de corrección económica es derecho económico, y como tal abarca el conjunto de normas que tienen objeto la “regulación y participación del Estado en la economía”³⁶ con el fin de regular el tráfico económico y la actuación de todos los participantes en el en busca de la primacía del interés colectivo y social sobre el particular. Su alcance por tanto es amplísimo³⁷, pues va desde normas de carácter laboral o de la empresa hasta las de control como la de Instituciones del Sistema Financiero, por ello es necesario delimitar las normas que cumplen por excelencia la función de corrección del tráfico económico que a mi criterio son el conjunto de normas que hoy regulan y se conocen como la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA; las de REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL, y la LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, que en conjunto buscan proteger un mismo bien jurídico EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO, mediante la corrección del tráfico económico en beneficio de los participantes en el mercado para evitar el abuso y la distorsión del mercado.

En relación a su aplicación ésta debe ser dada por medio de instrumentos jurídicos establecidos en forma adecuada con una regulación especializada que determine no sólo el derecho subjetivo sino que marque el hilo conductor del derecho objetivo, estableciendo los mecanismos para su cabal ejercicio. Sin embargo mientras no se dicte una correcta ley

³⁶ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Universidad Andina, Quito- Ecuador 1998, pagina 29.

³⁷ José Vicente Troya, “Estudios de Derecho Económico”, Universidad Andina, Quito- Ecuador 1998, pagina 18.

nacional de defensa de la competencia como una específica de regulación contra la competencia desleal, este cometido tiene dudosa posibilidad real de aplicación a pesar de que existen normas más avanzadas dentro del derecho comunitario que por vía de derecho derivado son parte de nuestra legislación interna, la que resultará inaplicable sin la implementación de una ley ecuatoriana mediante la cual se determine el órgano interno que juzgará los actos que afecten la competencia, como una estructura clara que establezca el mecanismo de ejercicio de estas acciones.

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACION COMUNITARIA Y ECUATORIANA SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

2.2 Análisis y desarrollo histórico de la legislación comunitaria en el ámbito de defensa de la competencia.

Dentro del Derecho Comunitario Andino, encontramos lo que doctrinariamente se conoce como normas de derecho derivado, que son las normas comunitarias dictadas por la CAN de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional de los estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones; y dentro del mismo tema vemos que el principio tradicional de soberanía de los Estados ha sido sucedido por la cesión de competencia en ciertas áreas a favor de la Comunidad Andina de Naciones; así en el ámbito de la propiedad intelectual, encontramos un ejemplo de dicha cesión. Del Tratado de Creación de la Comunidad Andina, consta la obligación de los estados miembros de armonizar la legislación interna con la comunitaria; ejemplo de ello encontramos en el ámbito de la competencia comercial, de la prevención de las distorsiones económicas que afecten el mercado, y en caso de incumplimiento de un Estado miembro, dentro de la normativa comunitaria vemos previstas las acciones de incumplimiento.

Por lo expuesto, es interesante analizar cómo la legislación comunitaria y ecuatoriana tratan el tema de la defensa de la competencia y el de la competencia desleal; para lo cual partiré de la indicación de las normas que regulan por un lado la competencia desleal y por otro las de la defensa de la competencia, que al momento son dos disciplinas autónomas del derecho, que regulan la corrección del tráfico económico en el mercado dando las normas encaminadas a sancionar las actuaciones incorrectas como desleales y protegiendo las actuaciones leales de comercio, que deben mirar no sólo al interés particular

del comerciante, sino al interés público de protección al consumidor y el correcto funcionamiento del sistema competitivo, en una sociedad donde los monopolios, las concentraciones económicas y las actuaciones incorrectas de mercado perjudican al sistema competitivo mismo como a todos los operadores económicos.

Dicho lo cual, veremos que Ecuador reconoce, regula y garantiza la protección contra la competencia desleal –bajo la visión corporativista-, dentro de un marco jurídico que comprende normas internas, comunitarias e internacionales entre otras. En el ámbito interno, la Ley de Propiedad Intelectual en el Libro IV (artículos 284 al 287) contiene las normas contra la competencia desleal. En el ámbito comunitario, lo hace la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, (artículos 258 y siguientes), con normas que poseen un carácter supranacional por ser autónomas, coercitivas y parte integrante del ordenamiento nacional; son normas de derecho derivado que tienen efectos directos e inmediatos, pues prevalecen sobre el derecho interno de los Estados Miembros de la Comunidad Andina.

En el ámbito de la defensa de la Competencia que buscan prevenir y sancionar las distorsiones de mercado, Ecuador no tiene ninguna regulación interna “ad hoc” que norme la libertad de competencia, la corrección del tráfico económico, ni las actuaciones incorrectas de mercado, a pesar de que en el artículo 244 numeral tercero de la Constitución manifiesta que es obligación del Estado Ecuatoriano “*Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen*”³⁸. A diferencia de lo que ocurre en la legislación comunitaria que ha regulado en varios momentos y mediante varias decisiones, frente a las cuales como veremos más adelante Ecuador, no cumplió su

³⁸ Constitución Política del Estado, actualización a 3 de Enero de 2005, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. página 134.

obligación de armonizar la legislación interna, la que no consagra una legislación específica que regule las correcciones de mercado.

ANÁLISIS NORMATIVO

Del artículo 3 de la Decisión 563 (Codificación del Acuerdo de Cartagena), se desprende que para alcanzar los objetivos integracionistas de la Comunidad Andina, los Estados miembros entre los que se cuenta Ecuador, deberán emplear entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

“b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes”³⁹;

Del artículo 1 del mismo cuerpo legal se establece que uno de los objetivos del Tratado es el de facilitar un proceso de integración, con miras a la formación gradual de un mercado común.

Del Artículo 55 de la misma decisión se establece:

“La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.”⁴⁰

El Capítulo X del mismo cuerpo normativo trata sobre la COMPETENCIA COMERCIAL; y de la obligación de dictar las normas comunitarias que regulen y prevengan las prácticas que puedan distorsionar la competencia en la subregión.

“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

³⁹ Sistema Informático Fiel Magíster, Área Convenios Internacionales, Quito, Ecuador, actualizado a septiembre de 2005.

⁴⁰ Sistema Informático Fiel Magíster, Área Convenios Internacionales, Quito, Ecuador, actualizado a septiembre de 2005.

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”⁴¹.

Del artículo 113 de la misma decisión consta que *“El presente Acuerdo no podrá ser suscrito con reserva...”⁴²*

De estas normas comunitarias, se desprende que Ecuador ha cedido competencia a la Comunidad Andina, en el ámbito de la propiedad intelectual, dentro del cual se regula la competencia desleal, y en el de la competencia comercial. Así mismo se demuestra que tiene la obligación de armonizar la legislación interna con la comunitaria en estas materias, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano, el que obviamente debe tener reglas, y normas comunes.

En materia de propiedad intelectual nuestro país ha armonizado su legislación a la comunitaria, primero con la Decisión 344 que fue sustituida luego con la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que contiene normas de propiedad intelectual dentro de las cuales se encuentran aquellas contra la competencia desleal, cumpliendo Ecuador de esta forma su obligación de armonizar su legislación; sin embargo; hasta la presente fecha ha evadido su obligación jurídica de adecuar la normativa interna para la implementación de una ley de defensa de competencia, que regule la competencia comercial, las distorsiones de mercado para poder caminar hacia un mercado común con reglas y normas claras, como ya lo han hecho hace muchos años Colombia, Perú y Venezuela, y lo hará ya Bolivia con la Decisión 608.

⁴¹ Sistema Informático Fiel Magíster, Área Convenios Internacionales, Quito, Ecuador, actualizado a septiembre de 2005.

⁴² Sistema Informático Fiel Magíster, Área Convenios Internacionales, Quito, Ecuador, actualizado a septiembre de 2005.

La normativa comunitaria sobre corrección económica del mercado, se ha desarrollado desde la promulgación de la decisión 230 que trató sobre normas para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia; hasta llegar a la decisión 608 que es específica sobre el tema, como así podemos apreciar de las Decisiones como la:

- 281 que estableció que a más tardar el 31 de marzo de 1991, la Comisión, revisará las normas sobre competencia comercial establecidas en la Decisión 230;

- 283 que trata sobre las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios y que fue sustituida por las decisiones 456 y 457. Fue dictada el 21 de marzo de 1991

- 284, reguló las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la Competencia generadas por restricciones a las exportaciones.

- 285 reguló las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

- 454 mediante la cual se dictaron los lineamientos para la negociación multilateral sobre la agricultura en la organización mundial del comercio, la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios, y la coordinación ante dicha organización en materia de productos agropecuarios entre los países miembros. En esta decisión se trató de normas que pretenden regular algunas correcciones económicas del mercado en temas afines a la agricultura.

- 456 que trata sobre las Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de los países miembros de la Comunidad Andina. Se dictó sobre la base de la Decisión 283 y la propuesta 23 de la Secretaría General.

- 457 mediante la cual se dictó normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas por prácticas de subvenciones de importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina.

- 462 mediante la cual se dictó las normas que regulan el proceso de integración y liberación del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina. En esta decisión en el Capítulo VII, trata sobre la protección DE LA LIBRE COMPETENCIA en la sub región, así como las medidas para garantizar la competencia y enumera algunas prácticas anticompetitivas.

- 512 se reguló las medidas para el Comercio de Productos de la Cadena de Oleaginosas, dentro de lo cual se dictaron algunas normas sobre las distorsiones del mercado con relación a las cadenas de oleaginosas.

-El 29 de marzo de 2005, se dictó la Decisión 608 que contiene las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, mediante la cual se han establecido normas comunitarias “ad hoc” sobre la defensa de la libre competencia entendida como un mecanismo de corrección del tráfico económico. Es de lamentar, que en esta Decisión el delegado ecuatoriano solicitó el plazo de dos años para su aplicación en el Ecuador o cuando dicte la norma interna correspondiente, con lo cual se sigue relegando la obligación de armonizar la legislación en esta área.

- Finalmente el 15 de julio del año dos mil cinco, se dictó la Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones, mediante la cual se determinó la ***“Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador.”***⁴³

2.3 Análisis de la Decisión 608 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena dictada el 29 de marzo de 2005. - Sus falencias.

⁴³ Sistema Informático Magíster, Área Convenios Internacionales, e Histórico. Quito, Ecuador, actualizado a septiembre de 2005.

La suscripción del Acuerdo de Cartagena significó para Ecuador la inserción en la Comunidad Andina de Naciones; la incorporación a su legislación de normas de derecho comunitario de aplicación ineludible en el ordenamiento jurídico nacional; como la obligación de armonizar su legislación interna con la comunitaria.

La normativa comunitaria sobre corrección económica del mercado, comenzó con la Decisión 230 (normas para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia); hasta llegar a la Decisión 608, dictada el 29 de marzo de 2005, que contiene normas específicas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. Esta Decisión, recoge conceptos básicos de la regulación de defensa de la competencia concebida como un mecanismo de corrección del tráfico económico. Regula la acción de investigación de conductas incorrectas de mercado ante la Secretaría de la Comunidad, y ante el juez nacional con apoyo de una ley interna.

La Decisión 608, regula las conductas o actuaciones incorrectas del mercado pero no la calificación y control de concentraciones económicas, ni la sanción de aquellas indebidas. Norma, lo que doctrinariamente se denomina: CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA; PRACTICAS O CONDUCTAS COLUSORIAS PROHIBIDAS; y recoge otro tema relevante conocido como ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Sin embargo, nada establece sobre las “ayudas públicas” cuando no responden a la necesidad territorial y estatal de desarrollar y proteger a determinado sector y cuando desvirtúan la competencia de sus pares en el mercado, al beneficiar a ciertas empresas destinatarias de las ayudas frente al resto de empresas competidoras. No establece la prohibición del monopolio cuando acarrea efectos negativos en el tráfico económico; menos considera las diversas formas que pueden ingenjarse para disfrazarlo; denominadas “concentraciones monopólicas”. Tampoco concibe la creación de un

organismo que califique las concentraciones económicas como mecanismo previo a su realización, lo cual sí lo hacen otras legislaciones (europeas, mexicana, venezolana), ni establece la obligatoria notificación y calificación de las mismas, ante entes administrativos especializados y autónomos encargados de la aplicación de la ley de Defensa de la Competencia.

La Decisión 608, constituye un avance en la legislación comunitaria, pero es parcial e incompleta, por cuanto NO CONSIDERA UNA IMPORTANTE PARTE DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, AL DEJAR DE LADO LA REGULACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS; LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO E INTERNO QUE LAS CONTROLE Y EL ESTABLECIMIENTO DE SANCIONES POR CONCENTRACIONES ECONOMICAS INDEBIDAS. Frente a lo cual cabe recomendar la adaptación de una nueva decisión que abarque todos los temas que se abordan en materia de competencia, para que estas normas cumplan su objetivo: la corrección del tráfico económico del mercado.

Además de lo expuesto, caber indicar que la Decisión 608 en su Artículo 51 estableció, que este instrumento, entrará en vigencia en Ecuador el 27 de marzo de 2007, o si antes de este plazo se aprobase la ley nacional de competencia en el ámbito interno. Esto conlleva implicaciones graves para el país, pues con la demora en su aplicación dentro del territorio ecuatoriano, se suspenden los efectos directos e inmediatos de estas normas de derecho derivado en el Ecuador; se evade la obligación jurídica del Estado Ecuatoriano de armonizar la legislación interna a la andina; se obstaculiza la promulgación de normas claras que den mayor seguridad jurídica a la inversión nacional como extranjera en territorio ecuatoriano; incurre en la impunidad aquellas actuaciones ilícitas que lesionen los intereses de los concurrentes al mercado ecuatoriano; y se pone en franca desventaja a los

comerciantes, industriales y consumidores ecuatorianos o asentados en el Ecuador que al carecer de ésta herramienta jurídica, no podrán defenderse contra quienes realicen impunemente actuaciones colusorias de mercado en territorio ecuatoriano, frente a sus pares de otros países andinos, quienes no sólo podrán hacer uso de este instrumento jurídico en sus respectivos estados, sino podrían incluso instalarse en el mercado ecuatoriano haciendo uso de prácticas comerciales incorrectas que lesionen los intereses de los concurrentes a este mercado.⁴⁴

La irresponsable disposición constante del artículo 51 de la Decisión 608, fue derogada por la Decisión 616 dictada el 15 de julio del año dos mil cinco, denominada: “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”; mediante la cual la COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, consideró que es importante para el Gobierno del Ecuador gozar de los beneficios y compartir las obligaciones que impone la Decisión 608; y determinó que Ecuador a más tardar el 1 de agosto de 2005, debe designar interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608 y dispuso que ésta entre en vigencia en territorio ecuatoriano, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, lamentablemente en Ecuador los sujetos económicos afectados por actuaciones que falseen o afecten la libre competencia, no puedan ser efectivamente protegidos, a pesar de que por vía comunitaria se ha dictado la Decisión 608 y 616; por cuanto estas no pueden ser aplicadas efectivamente en territorio ecuatoriano, mientras no se dicte una Ley interna de defensa de la competencia que regule y determine la autoridad administrativa y judicial interna que conocerá sobre estos temas, ni el procedimiento o trámite a seguir.

⁴⁴ Patricia Alvear Peña, “Derecho Comunitario”, Revista Número 11. de la Cámara de Comercio de Cuenca; Julio de 2005, Cuenca- Ecuador, página 10 y 11.

De cara a lo expuesto, concluyo planteando dos preguntas para el análisis y reflexión ¿Debe constituir una prioridad del sector comercial e industrial ecuatoriano el exigir la promulgación de la ley interna de competencia que contemple tanto la regulación de actuaciones incorrectas de mercado, la calificación de concentraciones económicas, como la sanción de aquellas que falseen el mercado?. ¿Acaso el riesgo de no hacerlo, será el permitir en perjuicio de sus propios intereses, la consagración de la desigualdad de condiciones frente a sus pares a nivel regional por la imposibilidad de protegerse jurídicamente en nuestro propio mercado?

2.4 Posición ecuatoriana frente a la decisión 608 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.- Fundamento constitucional que promulga la defensa de la competencia.

De lo expuesto en el acápite anterior se demuestra que el artículo 51 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, es el reflejo de la falta de acierto y errada posición del gobierno ecuatoriano que participó en ésta Decisión, que aunque sesgada constituye un aporte para el desarrollo de la normativa de defensa de la competencia, pues en ella se demostró no sólo el incumplimiento del estado ecuatoriano de su obligación de armonizar la legislación interna a la comunitaria; sino su falta de interés respecto de este tema de interés nacional de vital importancia en los actuales momentos, pero sobre todo demuestra el desconocimiento del fundamento constitucional consagrado en el artículo 244 numeral tercero de la Constitución Política del Estado que consagra la defensa de la libre competencia al establecer que el Estado debe:

*“Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”;*⁴⁵

De lo referido se concluye que el gobierno ecuatoriano debió en cumplimiento del principio constitucional antes referido como de su obligación para con la Comunidad Andina, apoyar la entrada en vigor de la decisión 608 en el Estado Ecuatoriano, y además aportar con sugerencias necesarias para que se incorpore a ella, los temas de competencia como la calificación de concentraciones económicas y el tema de ayudas públicas que no fueron tratados. La posición ecuatoriana frente en este tema ha sido totalmente inexplicable y errada, lo que demuestra el retraso de más de 20 años que tiene el país en esta materia incluso frente a sus pares Andinos como Colombia, Perú y Venezuela que tienen la normativa interna adecuada que regula estos tópicos.

Tan equivocada fue la posición del delegado del gobierno ecuatoriano que mediante la Decisión 616 -referida en el acápite anterior-, se derogó lo dispuesto en el artículo 51 de la Decisión 608 y se determinó la entrada en vigor en forma inmediata de esta Decisión en territorio ecuatoriano con todos sus derechos y obligaciones, última que hasta el momento no se cumple por falta de promulgación de una ley interna de defensa de la competencia.

Es recurrente la actitud de negligencia de la delegación ecuatoriana en este tema pues no han actuado en forma correcta para proteger el mercado ecuatoriano de los abusos e irregularidades que al momento siguen en total impunidad, como también es irresponsable la actuación la de la legislatura ecuatoriana que no promulga una ley interna de defensa de competencia y esperemos que de hacerlo no traiga a la luz mamotretos jurídicos de poca utilidad sino un cuerpo normativo coherente y eficiente.

⁴⁵ Constitución Política del Estado, actualización a 3 de Enero de 2005, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. página134.

2.5 Acciones y procedimiento en contra de actos que falseen o distorsionen la libre competencia en la legislación andina y ecuatoriana. Procedimientos de ejecución.

Con relación a las actuaciones incorrectas de mercado la Decisión 608 establece sólo un procedimiento ante la Secretaría de la CAN y en caso de actuaciones que afecten la libre competencia en el ámbito andino; determinando que la autoridad interna competente será el juez nacional que así lo contemple cada legislación, la que al momento en Ecuador por falta de la promulgación de la ley de defensa de la Competencia, no se ha establecido cual es la autoridad administrativa y luego judicial ni el trámite correspondiente. Sin embargo, considero que la incorporación a la Decisión 608 y 616 a legislación interna por vía del derecho derivado, refuerza la necesidad de la promulgación inmediata de una buena ley de defensa de la Competencia y de otra que mire a la regulación ad hoc contra la competencia desleal, que se les otorgue jueces en instancia administrativa especiales que manejen correctamente el contenido de esta materia, así como jueces en instancia judicial que sean los competentes para conocer. Sin embargo y hasta que se dicte la ley interna de defensa de la competencia, veremos como queda en la impunidad actuaciones incorrectas de mercado y aquellas actuaciones desleales que van más allá de la violación de los derechos de propiedad industrial.

Ecuador al carecer de un cuerpo normativo adecuado que norme la defensa de la competencia no regula el procedimiento ni las acciones a seguir en contra de actuaciones que afecten o distorsionen la libre competencia y menos ha marcado el procedimiento de ejecución en estos casos. En conclusión a pesar de que por vía de derecho derivado se

encuentra incorporada en nuestra legislación los beneficios de la Decisión 608 y 616, al carecer de una norma interna que la regule, existe una falencia que deja en la impunidad las normas de derecho sustantivo que constan de la Decisión 608. Debe ser pues una exigencia de todos los sectores especialmente de los productivos la promulgación de una ley interna de defensa de la competencia acorde a los nuevos tiempos que incorpore la calificación de concentraciones económicas como todas las actuaciones prohibidas y colusorias.

CAPITULO TERCERO
LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y ECUATORIANA SOBRE COMPETENCIA
DESLEAL

UBICACIÓN DEL TEMA

La regulación contra la competencia desleal, nació como respuesta a determinadas necesidades históricas y en su evolución presenta tres momentos que tutelan diferentes bienes jurídicos a través del Modelo paleoliberal; el modelo profesional y el modelo social⁴⁶.

El modelo “Paleoliberal”, se presenta a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, como efecto de la consolidación de la revolución industrial y la ideología liberal decimonónica para proteger el derecho de propiedad industrial nacido del nuevo sistema económico y cuando existía una efectiva y grave vulneración de los derechos básicos de los competidores.

El desarrollo de esta rama del derecho en Francia (siglo XIX)⁴⁷, tiene su antecedente en la vía jurisprudencial en fallos civiles dictados sobre la base de la cláusula general de responsabilidad civil, la cual consistía en una protección del competidor cuyos derechos habían sido afectados por otro de sus pares. Así encontramos una referencia sobre la protección del secreto industrial, estableciendo sanciones a quién violaba un secreto industrial.

En Alemania se desarrolló por vía legislativa mediante la regulación de marcas y patentes en 1874, y en 1894 mediante la ley de protección de signos distintivos, con carácter

⁴⁶ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 9.

⁴⁷ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 11.

de tutela penal⁴⁸. Los tribunales alemanes como los de España no utilizaron el concepto de la responsabilidad civil, sino desarrollaron el concepto de protección contra el ilícito desleal en general, pero tipificando solo los ilícitos contra los derechos marcarios y de patentes.

En esta primera fase se da el desarrollo de la competencia desleal, caracterizada por la sanción del acto desleal desde la óptica de protección del empresario por el daño efectivamente realizado con dolo o culpa; por la necesidad de establecer la culpabilidad para estimar las pretensiones ejercidas frente a los actos desleales. Se consolida a partir de la suscripción de la revisión del Convenio de la Unión de París en Bruselas en 1900, que en su artículo 10 bis, incorporó una mención tangencial sobre la protección contra la competencia desleal.

En noviembre de 1925 se produce una nueva revisión del Convenio de París, en la Haya, que marca el inicio **del modelo profesional o corporativo**, concibiendo una cláusula general de deslealtad que fijo como criterio de valoración de la deslealtad la contrariedad a los “usos honestos en materia comercial e industrial”⁴⁹. Con ello se supera la tutela fragmentaria de las legislaciones nacionales y se apela a la prohibición del acto de competencia desleal en general. Comienza a considerarse que en la sanción “del comportamiento desleal en materia concurrencial se debe prescindir de la culpa y el dolo, ya que la antijuridicidad del acto es la base de la prohibición de cometer este tipo de ilícitos; pues se concibe que no es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor”⁵⁰.

⁴⁸ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 11.

⁴⁹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 12.

⁵⁰ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 13.

En esta etapa, la acción de cesación o de prohibición se establece ante el riesgo de afectación del acto; y empieza a notarse la autonomía de esta nueva disciplina por la limitación que supone la aplicación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual, por su “vinculación directa al elemento del daño”, “(es decir, la necesidad de que exista un daño concreto para que pueda activarse la protección legal)”⁵¹. El bien jurídico tutelado sigue siendo los derechos subjetivos del competidor o empresario, frente a actuaciones que pueden desviar o dañar la clientela. De esta protección a los intereses la clase profesional: de los empresarios, deviene el nombre del modelo profesional⁵² por su matiz corporativista, ya que el bien jurídico tutelado son las actuaciones desleales de los empresarios que pueden dañar a sus pares. Siendo el criterio delimitador de calificación de la conducta como desleal, la desviación del acto de competencia de los usos y costumbres mercantiles.

La intención de este modelo es proteger los intereses de los empresarios y solo indirectamente protege al consumidor, tanto en cuanto exista el riesgo de que éste como cliente pueda ser desviado o engañado y que esto afecte al competidor honesto; pero no se percibe la protección del interés colectivo de la sociedad ni del sistema competitivo de mercado, germen de los sistemas económicos que fundamentan su economía en la libre competencia.

En este modelo, la activación contra los actos desleales se da por el competidor afectado y por las asociaciones profesionales en defensa de sus asociados. Con ello se obvia la activación directa de los consumidores por vía de la iniciativa pública.

El modelo social, aparece luego de la segunda guerra mundial cuando las experiencias históricas sobre todo en Europa, demuestran la necesidad de ampliar la

⁵¹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 14.

⁵² Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 13 y 14.

protección jurídica hacia el “interés social”⁵³ para dirigir la tutela al interés público, dado en la protección del sistema competitivo y a los intereses de los consumidores como parte integrante y vital del mercado.

En cuanto a los criterios de valoración de la deslealtad, ya no se mide en función de la adecuación de los usos y costumbres comerciales, sino de los principios del ordenamiento y corrección económica como la tutela al consumidor y a la libre competencia.

Este modelo tiene su origen en Norteamérica con el derecho antitrust y se presenta en Europa luego de la posguerra, por influencia de la filosofía del “**estado social de derecho**”, que concibe la necesidad de una intervención estatal que regule el correcto desenvolvimiento del tráfico económico. La regulación contra la deslealtad se fundamenta en la protección de intereses individuales, pero sobre todo del interés público de defensa del sistema competitivo, basado en la economía social de mercado que al menos filosóficamente, prioriza el desarrollo social y colectivo sobre el individual. Con lo cual, se supera el criterio liberal de ultranza de autorregulación del mercado, fortaleciendo la intervención estatal como mecanismo para combatir el abuso económico y de los operadores del mercado; mediante la promulgación de normas de derecho de corrección económica, dentro de la cual se sitúa la regulación contra la competencia desleal. Es este momento, se concede activación legítima a las asociaciones de consumidores. Se propone la necesidad de la intervención Estatal en las relaciones económicas, reforzando la protección del sistema económico basado en la libre competencia y de los intereses de todos los operadores económicos.

En esta etapa la conexión entre la regulación contra la competencia desleal y la libre competencia es más estrecha y evidente, ya que ambas disciplinas aunque de diferente

⁵³ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 16.

manera buscan proteger un mismo bien jurídico: **EL SISTEMA COMPETITIVO DE MERCADO; LA CORRECCION DEL TRAFICO ECONOMICO; y la protección de los intereses de todos los operadores económicos.** Esta vinculación no significa sumisión o incorporación de la regulación contra la competencia desleal a la doctrina de defensa de la competencia y menos al derecho de propiedad intelectual; pues, el conjunto de normas que sancionan la competencia desleal por su especialidad y la articulación que adquiere en este momento, le permiten alcanzar su independencia como nueva disciplina del derecho, ya que su ámbito de acción va más allá de la violación de los derechos de propiedad industrial, como de los actos de abuso de posición dominante o de restricción monopólica.

En esta etapa se supera el criterio inicial de juzgar la deslealtad sobre la base de la contrariedad a los usos y costumbres mercantiles, por la subjetividad que impide establecer el criterio objetivo con el que debe juzgarse estos actos, por la afectación real que implica al mercado. Por ello, el criterio que rige para valorar un acto como desleal en el Modelo Social, es el de la buena fe objetiva, en base de la cual la doctrina española encabezada por Bercovitz, desarrollo la posición fundamentada en que el criterio más adecuado para delimitar la deslealtad no debe ser la referencia a la buena fe, -así se la defina como buena fe objetiva-, pues esta puede confundirse con la buena fe subjetiva, y por ello recomienda que el criterio delimitador del acto desleal sea el de las normas de corrección del tráfico económico, pues al hablar de la “buena fe” se hace referencia a la intencionalidad del acto o al conocimiento por parte del autor del ilícito; lo que para la competencia desleal es irrelevante, siendo de interés la protección del sistema competitivo mediante la tipicidad del acto de concurrencia desleal, y la adecuación a los parámetros y las reglas éticas económicas generalmente aceptadas por un determinado grupo social.⁵⁴

⁵⁴ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 61.

Por lo expuesto, el modelo social, consagra como criterio delimitador la afectación objetiva al sistema competitivo, mediante la prohibición general de actuar incorrectamente en el mercado y al establecimiento de supuestos concretos que tipifican actos específicos de deslealtad, como lo hace por ejemplo la legislación española.

En América Latina, algunos países han superado el modelo corporativista y pretenden incorporar el modelo social, mediante el concepto de delimitación del acto en función de la corrección del mercado. La legislación peruana, por ejemplo, al momento de evaluar un acto desleal, establece que competencia desleal es la contrariedad con la buena fe comercial, con el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, con las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas⁵⁵. Con lo cual se aleja de la definición general establecida en la normativa comunitaria consagrada en la Decisión 486 de la Comunidad Andina y establece un marco más amplio y objetivo de la regulación contra la competencia desleal.

El modelo social supera el criterio subjetivo de los usos y costumbres comerciales y la buena fe subjetiva, aportando al principio de seguridad jurídica y certidumbre respecto de la licitud o ilicitud de un determinado acto de competencia; así por ejemplo, en Alemania se ha llegado en forma concreta a establecer como desleal un acto cuando la ventaja objetiva del mismo se basa en la obstaculización de los competidores; como la afectación al mercado y sus participantes. La legislación española, en cambio alude al acto que objetivamente dañe el mercado. De allí la importancia de identificar y diferenciar el modelo corporativista con el modelo social, último que exterioriza los supuestos concretos de competencia desleal y el establecimiento de una cláusula general prohibitiva, que da certeza y seguridad jurídica.

⁵⁵ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 62

CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

La amplitud de los actos competitivos desleales ha marcado el rumbo de la autonomía de esta nueva disciplina, y esto se puede ver mediante la referencia a varias clasificaciones que los tratadistas han realizado y que según Sebastián García⁵⁶ son:

1. CLASIFICACION DE HEFERMEHL: (Asumida mayoritariamente por la doctrina alemana y parte de Suiza). Agrupa en cinco estamentos.

- a. Actos que implican captación desleal de clientes: actos de confusión de prestaciones, engaño, publicidad engañosa, publicidad molesta, la amenaza, la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación y la explotación de confianza, etc.
- b. Actos de obstaculización desleal de los competidores: violación de secretos, los actos de denigración, los de discriminación, el boicot, el dumping y la publicidad comparativa.
- c. Actos de explotación desleal de esfuerzo: imitación servil, aprovechamiento de reputación ajena y divulgación de secretos.
- d. Actos de obtención de una ventaja competitiva mediante violación de normas: violación de precios impuestos por ley, incumplimiento contractual, inducción a la violación contractual y la ruptura del vínculo de distribución.
- e. Actos de perturbación de mercado: Entrega gratuita de productos de prensa y el abuso de posición de dominio.⁵⁷

2. CLASIFICACION DE GHIDINI O DE LOS PERFILES FUNCIONALES DE LOS ACTOS CONCURRENCIALES⁵⁸: (extendida en la doctrina italiana) Establece la clasificación considerando las siguientes funciones de la empresa:

⁵⁶ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 72.

⁵⁷ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 73.

- a. Función distintiva: (confusión, abuso de signos distintivos y la imitación servil.
- b. Función promocional: (productos o servicios fundamentalmente), denigración, comparación desleal, publicidad engañosa y la apropiación de la fama de los productos o empresas.
- c. Función distributiva: o de libre acceso al mercado y distribución equitativa. Violación de derecho de exclusiva, maniobra de precios y boicot.
- d. Función de política de personal: transferencia desleal de dependientes y agentes.
- e. Función de investigación y desarrollo: abuso de secretos, competencia desleal de ex dependientes, competencia parasitaria y violación de normas públicas⁵⁹.

Ambas clasificaciones han sido consideradas como superficiales, por cuanto hacen la división desde los elementos fenomenológicos pero no de fondo.

3. CLASIFICACION SEGÚN LOS INTERESES AFECTADOS: (Emmerich y Menendez)⁶⁰, Esta clasificación presenta una sistematización y adecuación a los postulados del Estado social de derecho y al modelo social de la competencia desleal. Agrupan los actos de competencia desleal en función de los intereses afectados ya sea al consumidor, al competidor o al sistema mismo de mercado.

- a. El grupo que responde a la protección del empresario, consiste en la salvaguarda de su posición adquirida en el mercado, y frente ello, son actos de competencia desleal, la violación de secretos, imitación servil que no genera riesgo de confusión, la concurrencia parasitaria, la confusión, la incitación a ruptura de contratos y la apropiación ilegítima de cliente o de listas de clientes.

⁵⁸ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 73 y 74.

⁵⁹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 73 y 74.

⁶⁰ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 74 y 75.

- b. El grupo que responde a la protección del consumidor, consiste en los actos que buscan garantizar la autonomía de su decisión al momento de adquirir bienes y servicios y sería desleales frente a ellos, la publicidad insincera desleal, la publicidad comparativa desleal, la explotación de los sentimientos o pasiones del consumidor y la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación.
- c. El grupo de protección del mercado, mira el mantenimiento del orden competencial libre y no falseado, asegurando la corrección del tráfico económico. Frente a ellos los actos desleales son la discriminación, la venta a pérdida, el abuso de posición dominante y la obtención de ventajas mediante violación de normas⁶¹.

Esta clasificación, ayuda a entender las diferencias que pueden existir entre un acto y otro, pero los actos de competencia desleal no siempre son puros y afectan exclusivamente a unos intereses y no a otros, sino en términos generales afecta siempre a todos los participantes en el mercado y al interés público cuando afecta al sistema competitivo de mercado. Por tanto, un solo acto desleal, puede caer en los tres grupos antes señalados; y esto nos lleva a considerar que no haya uniformidad entre los doctrinarios respecto de que actos deben ser incluidos en cada uno de ellos. Frente a lo cual el tratadista español Menéndez, expone que la pertenencia de un acto desleal a este grupo se haría en función de las características mayormente marcadas del acto desleal.

4. CLASIFICACION DE ROUBIER- ASCARELLI⁶²: Divide los actos desleales en 4 grupos:

- a. Actos de confusión: que considera son aquellos mediante los cuales el competidor trata de confundir al consumidor sobre productos, servicios o el establecimiento. Confusión, engaño y la imitación desleal de prestaciones.

⁶¹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 74 y 75.

⁶² Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 76 y 77.

- b. Actos de denigración, que son los que buscan denigrar los productos, servicios o el establecimiento de un competidor por denigración y publicidad comparativa.
- c. Actos de desorganización interna del competidor: que son aquellos que buscan la desarticulación de la empresa del competidor y su eliminación dentro del mercado. Violación de secretos, supresión de signos distintivos, supresión de publicidad e inducción a la violación contractual.
- d. Actos de desorganización general del mercado: mediante los cuales se pretende la obtención de provechos desleales del desorden del mercado, mediante la venta a pérdida y la violación de normas⁶³.

Para SEBASTIAN ALFREDO GARCIA MENENDEZ las clasificaciones antes referidas son incompletas y propone la siguiente:

- a. **ACTOS DE DESORGANIZACION DEL COMPETIDOR⁶⁴**.- Identificando con ello a aquellos actos que desestabilizan la organización empresarial, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Violación de secretos, actos de inducción a la violación contractual, la discriminación y el boicot empresarial. Los actos de obstaculización, de agresión, de imitación que no generen confusión, la competencia parasitaria y los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, entre otros; y
- b. **ACTOS CONTRA LA COMPETENCIA EN EL MERCADO:** Son los que pueden afectar la relación del competidor con sus potenciales consumidores. Lucha por la clientela.

De lo expuesto, concluimos que no existe acuerdo en la doctrina respecto de la clasificación de los actos desleales, como tampoco respecto de las funciones de la prevención y represión de los mismos, en razón de la diferente visión que existe entre el

⁶³ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 76 y 77.

⁶⁴ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 78.

modelo social versus el modelo corporativo, pues en cada uno de ellos se regula para proteger bienes jurídicos diferentes. Sin embargo, esto deja claro que los actos desleales van más allá de aquellos relacionados con la violación de derechos de propiedad intelectual; y esto me induce a proponer una clasificación simplificada atendiendo a la visión del modelo social que supera el modelo corporativista, último que sigue la legislación ecuatoriana y que permitirá identificar más globalmente los actos desleales atendiendo a la naturaleza de los derechos afectados o con riesgo de afectación.

PROPUESTA DE CLASIFICACION SIMPLIFICADA:

- a. Los actos desleales que se dan por la violación de derechos de propiedad intelectual.
- b. Los que se configuran por actuaciones que van más allá de la violación de los derechos de propiedad intelectual y que miran al funcionamiento del sistema competitivo.

La regulación contra la competencia desleal desde su nacimiento tiene una vinculación con los derechos de propiedad industrial, diferenciándose hoy por el objeto que estas dos ramas del derecho tienen. Pues mientras la competencia desleal –bajo el modelo social- regula los criterios de comportamiento dentro de los cuales se debe desenvolver la actividad competencial y de mercado para proteger intereses diversos, el derecho de propiedad industrial protege el monopolio que mira a salvaguardar ciertos derechos subjetivos y de exclusiva. Por tanto, los actos de competencia desleal que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, como la confusión marcaria, la asociación del productor, la violación de secreto industrial, y otros que afectan a la capacidad distintiva de los signos; constituyen sólo una clase de actos desleales que pueden afectar el desenvolvimiento del mercado como a los participantes en él. En estos casos doctrinariamente se ha manifestado que ambas disciplinas han de ser aplicadas en forma integradora, que por su puesto si es una cuestión de marcas o patentes deberá atender el juez

de esta materia, sin perder de vista que en estos casos las reglas sobre propiedad industrial y competencia desleal han de ir de la mano para resolver este tipo de cuestiones⁶⁵.

La Competencia Desleal no solo abarca cuestiones de afectación de derechos de exclusiva sobre un nombre, símbolo o designación, sino que puede surgir del uso de palabras, marcas o símbolos que incluso sean de uso público y que no están alcanzados por la exclusividad otorgada a un sujeto concreto. Además, existen actos desleales que no nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo, todo acto u omisión que objetivamente lesione o pueda lesionar a los participantes en el mercado y al sistema competitivo. Por lo expuesto, se puede concluir que los actos desleales son todo acto que objetivamente lesiona o puede lesionar derechos de los consumidores, de los competidores o del sistema competitivo de mercado, incluso aquellos que no son regulados por la ley de propiedad intelectual o tipificados en la ley de defensa de la competencia como por ejemplo la venta a pérdida; la venta con obsequios; entre otros, por cuya especificidad deben ser reguladas en forma autónoma por la regulación contra la competencia desleal.

ELEMENTOS DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL:

Partiendo del hecho de que bajo la visión del Modelo Social los actos desleales van más allá de la violación de los derechos de propiedad intelectual y de los protegidos por la defensa de la competencia, y que son todo aquel acto que afecte objetivamente el mercado; es necesario identificar sus elementos para poder señalarlos y sugerir la tipificación de los mismos mediante la regulación de supuestos concretos y de una cláusula general prohibitiva. Para ello, considero acertada la identificación hecha por el tratadista argentino Sebastián

⁶⁵ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 32, 33 y siguientes.

García⁶⁶, quién expresa que son cuatro los requisitos esenciales de los actos desleales, a saber:

1. TRANCENDENCIA EXTERNA: se refiere a que el acto desleal, se da ya sea por acción o por omisión y debe manifestarse en el mercado, y tener efectos externos al operador económico que incurre en deslealtad con fines concurrenciales.⁶⁷

2. CARÁCTER OBJETIVO: se refiere a que la acción u omisión ilícita de competencia desleal, debe tener carácter objetivo, es decir que sin importar la intención de quién realiza un acto desleal, éste objetivamente afecte a su competidor, al consumidor y/o al sistema de mercado. Al respecto en España se ha sentado el siguiente criterio jurisprudencial: *“para que un acto sea de competencia desleal basta, con que se cumplan dos circunstancias: la inadmisibilidad moral de los medios utilizados y su idoneidad para desviar clientela ajena, independientemente de la intención del autor”*.⁶⁸

En el derecho norteamericano, también se recoge este elemento objetivo en el artículo 1 del Restatement (third) of Unfair Competition, *“donde al describir los principios generales de la materia, prescinde de la intención y se centra en la naturaleza de la conducta y el efecto probable que puede causar sobre el agraviado”*.⁶⁹

3. ILÍCITO PELIGROSO: este requisito consiste en catalogar y sancionar como desleal cualquier acto que pueda generar peligro en el mercado y/o a los participantes en él. Por tanto, no sólo el acto que objetivamente haya lesionado los intereses de los concurrentes al mercado o al sistema competitivo es sancionado sino aquel que amenace con generar daño. El ilícito de competencia desleal de esta forma se diferencia con el ilícito civil, que solo se activa cuando el

⁶⁶ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 48 y 49.

⁶⁷ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 49 y 50.

⁶⁸ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 51.

⁶⁹ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 51.

acto u omisión causa un daño efectivamente producido, mientras que el ilícito de competencia desleal se fundamenta en el ilícito del peligro inclusive.

4. NATURALEZA EXTRACONTRACTUAL⁷⁰: Este requisito consiste en establecer que un acto desleal nace de la violación del deber de comportarse leal y honestamente en el mercado y no de un contrato ni la violación de una relación contractual, aunque muchas de las veces pueden darse un acto desleal con la violación de las obligaciones adquiridas por contrato. Por ejemplo en el caso de la confidencialidad.

LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

El modelo social de competencia desleal desplazó el término empresario por operador económico (que incluye a los competidores como a los consumidores), y por tanto intervienen en los actos de competencia desleal, aquél que ocasiona o puede ocasionar daño al sistema competitivo y aquellos que pueden ser perjudicados por el acto desleal. En nuestro país en cambio, el sujeto interviniente en los actos de competencia desleal es quién lo comete y puede activarlas solamente los competidores o las asociaciones gremiales perjudicados por la deslealtad.

CONCLUSIÓN DE CRITERIOS VALORATIVOS.

Como hemos señalado, los criterios valorativos para delimitar la lealtad o deslealtad dependen del modelo que se siga legislativamente. Así, si se sigue el modelo corporativista, el criterio valorativo es la buena fe subjetiva y los usos y costumbres mercantiles, porque se

⁷⁰ Sebastián Alfredo García Menéndez, “Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor”. Lexis Nexis. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, página 53.

vincula a la protección de intereses subjetivos de los competidores lesionados o que pudieren ser lesionados por el acto desleal; criterio, que no permite tornar la regulación contra la competencia desleal en un conjunto de normas que ayudan a la corrección del tráfico económico. En cambio el modelo social mira a la protección de todos los operadores del mercado y del sistema competitivo mismo; donde el criterio valorativo y delimitador de la deslealtad es la buena fe objetiva y el encuadramiento del acto dentro de la tipicidad de los supuestos concretos de competencia desleal y/o de la cláusula general prohibitiva, con el fin de proteger el interés público de salvaguardar el sistema competitivo de mercado. De esta nueva óptica y objeto de protección jurídica, nace su autonomía como nueva disciplina jurídica que busca la intervención normativa para la corrección del tráfico económico, su relación obvia y lógica con el derecho de defensa de la competencia y su independencia total del derecho de propiedad intelectual.

3.1 ANALISIS Y DESARROLLO COMUNITARIO SOBRE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL.

Una vez establecida la evolución que ha tenido la regulación contra la competencia desleal, se analizará la normativa que al respecto existe tanto en la Decisión 486 como en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, las que, -a mi criterio- regulan la competencia desleal limitándola al ámbito de la propiedad intelectual, sin considerarla como un conjunto de normas que buscan regular la corrección del tráfico económico, mediante la tipificación y sanción de actuaciones desleales en el mercado conforme hoy se concibe; por cuanto, la competencia desleal es una de las prácticas incorrectas que distorsiona el mercado en beneficio de unos y en perjuicio de otros. Negándole así la autonomía que hoy ha adquirido.

Alberto Bercovitz,⁷¹ manifiesta que la regulación contra la competencia desleal, surge en el siglo XIX como consecuencia del liberalismo económico en los países desarrollados; con el fin de *“proteger sólo a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos que pudieran perjudicarles”*⁷²; y *“como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial”*.⁷³

Por influencia del derecho antitrust americano, en Europa el criterio fundamental para normar la competencia desleal, pasa a ser la protección del funcionamiento competitivo de mercado; y *“el competidor no tiene ya el derecho de competir, sino la obligación de hacerlo, bajo reglas leales para mantener un sistema competitivo de mercado”*.⁷⁴

En la segunda mitad del siglo XX crecen los movimientos pro consumidores, surge entonces el interés de proteger al público consumidor de engaños para que éste pueda optar libremente por un producto por su calidad y condiciones inherentes a las prestaciones ofrecidas; dadas por la eficiencia empresarial; resultando como consecuencia de este planteamiento el reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de acciones por competencia desleal⁷⁵. Esta protección se vincula a la protección del propio sistema competitivo.

Esta identificación de lo que hoy se interpreta por competencia desleal, nos plantea el hecho de que, la legislación comunitaria andina como la interna ecuatoriana, norman la competencia desleal desde una visión cooperativista como una expansión de la protección a las distintas modalidades de los derechos de propiedad industrial; sin darle, a esta nueva rama del derecho, la autonomía que ha adquirido en el modelo social, como instrumento de

⁷¹ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 13.

⁷² Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 13 y 14.

⁷³ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 13 y 19.

⁷⁴ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 14.

⁷⁵ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 16 y 17.

corrección del tráfico económico, que abarca actuaciones que van más allá de las derivadas de la propiedad intelectual y de la defensa de la competencia. De allí, la necesidad de reformular la regulación contra la competencia desleal, acorde a las nuevas necesidades de nuestra sociedad; y considerando fundamentalmente aquellos supuestos de deslealtad que han nacido de la evolución misma de las nuevas prácticas comerciales, que no necesariamente se vinculan a los derechos de propiedad intelectual.

Los actos de competencia desleal que se refieren a la violación de derechos de propiedad intelectual, (aprovechamiento de reputación ajena, confusión, asociación, violación de secreto industrial, entre otros), se encuentran normadas dentro de la ley de propiedad intelectual, como en la Decisión 486 de la Comunidad Andina; pero no regulan aquellos supuestos de deslealtad que sin nacer de la violación de derechos de propiedad intelectual, nacen de otras actuaciones incorrectas que se presentan en el tráfico económico, generalmente mediante la publicidad o por actuaciones comerciales deshonestas en contra de los competidores; los consumidores, y del correcto desarrollo del mercado.

La regulación contra la competencia desleal sanciona por principio todo comportamiento o práctica comercial incorrecta, cualquiera que fuere su forma de manifestación, y que objetivamente distorsione el mercado en perjuicio de los concurrentes a él.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina y la Ley de Propiedad Intelectual tienen el error de someter la regulación contra la competencia desleal a la sesgada, limitada visión y ámbito de protección de los derechos de propiedad intelectual, quedándose en el modelo corporativista, cuyo eje delimitador de la deslealtad se basa en la contradicción a los usos y costumbres mercantiles, y no tipifican en forma clara y articulada lo que doctrinariamente se denomina “supuestos concretos y cláusula general prohibitiva que subyace a los supuestos”, que son tratados en el punto 3.3. de este capítulo.

La regulación contra la competencia desleal, como en otras legislaciones, (española por ejemplo) busca sancionar todas las actuaciones comerciales deshonestas que afectan el normal desarrollo del mercado, mediante una legislación ad hoc; por lo que no debe ser tratada dentro de un capítulo de la ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 486 de la Comunidad Andina en forma limitada e insuficiente, **pues la competencia desleal es una disciplina autónoma e independiente de la ley de propiedad intelectual y los derechos que ella protege**, ya que tiene un ámbito de acción más amplio y protege el interés público que está por sobre los particulares; lo que amerita una articulación e instancias específicas que deben ser reguladas con la autonomía que merece esta nueva rama del derecho, mediante la promulgación de una ley contra la Competencia Desleal, como por ejemplo así lo ha hecho España, en donde se concibe una regulación sistematizada, que tiene por fin la protección del sistema competencial en interés de todos los participantes en el mercado y la prohibición de los actos desleales, mediante una cláusula general prohibitiva y algunos supuestos concretos, con la ampliación de su competencia a todos aquellos actos de competencia desleal que van más allá de la violación de los derechos de propiedad intelectual y de la defensa de la competencia.

Además la activación de las acciones contra los actos desleales en nuestra legislación está limitada a los competidores efectivamente afectados por la deslealtad y por asociaciones gremiales que tengan interés legítimo en proteger a sus miembros⁷⁶. Es relevante también reformar esta limitación, ampliando el mecanismo de acción a cualquier otra persona que participe en el mercado, incluso las asociaciones de consumidores, aclarando que la ley no queda supeditada a la existencia de una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo del acto desleal, como ya se concibe así mismo en la legislación española.

⁷⁶ Artículo 287 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, Normativa sobre Propiedad Intelectual, Primera edición, Febrero de 2003, Quito, Ecuador. página 72.

3.2. LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

En atención a la conexión que desde su nacimiento ha tenido la regulación contra la competencia desleal con la propiedad industrial; es importante establecer la diferente función de protección jurídica que cada una de estas ramas del derecho tienen; a saber el derecho de propiedad industrial protege los derechos subjetivos de los titulares de los derechos de exclusiva y monopolio que restringe la competencia dentro de un marco legal; mientras que la regulación contra la competencia desleal establece la definición y sanción de los actos desleales que afectan la leal y libre competencia y pretende proteger intereses públicos más allá de los particulares o subjetivos que podrían ser afectados por los actos de competencia desleal, pues mira a la protección del sistema competitivo de mercado y a la regulación y corrección el tráfico económico, con lo cual el bien jurídico a proteger no son los derechos de exclusiva o subjetivos sino el mercado mismo y los diversos intereses de todos los operadores en el tráfico económico. La regulación contra la competencia desleal complementa al derecho de propiedad intelectual y tiene un ámbito de acción en el mercado y en el comercio mucho más amplio que los que se regula bajo las normas que protegen la propiedad industrial.

Sin embargo de la distinción, muchas de las veces se daría una colisión entre ambas ramas del derecho; pues la violación de un derecho marcario podría suponer no solo la lesión de un derecho subjetivo del titular de la marca sino también un acto de engaño y abuso que afecte a los consumidores y obviamente el normal desenvolvimiento del mercado. En cuyo caso, deben ser analizados a la luz de ambas ramas del derecho; y si afectan derechos subjetivos deben ser juzgados por el juez marcario; pero si afecta intereses

del mercado, puede y de hecho debería activarse la acción de competencia desleal por cualquier persona natural o jurídica e incluso de oficio por una autoridad especial que conozca la afectación en el mercado de los actos de competencia desleal.

Como hemos visto, en nuestra legislación los actos de competencia desleal regulados en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, como en la Ley de Propiedad Intelectual se activan desde la óptica corporativista de afectación a los derechos de los competidores vinculado a los actos derivados de la violación de derechos de propiedad intelectual. En cambio, en la legislación española se regula con un cuerpo normativo diferente y se sujeta a un juez especial que conoce de los supuestos concretos de competencia desleal y la cláusula general prohibitiva.

Los actos de competencia desleal que violan derechos de propiedad intelectual y que constan del artículo 285 de la Ley de Propiedad Intelectual y 259 de la Decisión 486, establecen que son actos de violación de secretos industriales o comerciales; los *“capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa; las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle.*

Estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas; nombres comerciales; identificadores comerciales; apariencias de productos o establecimientos;

presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot.

Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido.”⁷⁷

Resumiendo lo antes expuesto podemos concluir, que los actos competitivos desleales que nacen por la afectación de derechos de propiedad intelectual pueden agrupar en las siguientes categorías:

Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de reputación ajena.

Supuestos de Actos de engaño

Supuestos por denigración y comparación.

Supuestos por violación de secretos.

Estos actos, son sólo algunos de los actos competitivos desleales, y se encuentran poco delimitados jurídicamente en nuestra legislación y no tienen una estructura que los articule a un verdadero sistema de acciones para reprimir y sancionar los actos calificados como desleales en el desarrollo de la lucha competitiva. Por lo expuesto, resulta prudente considerar que desde la función y ámbito material de protección de las normas de propiedad intelectual, no se puede afrontar ni resolver adecuadamente todos los problemas prácticos

⁷⁷ Artículos 285 de la Ley de Propiedad Intelectual, Normativa sobre Propiedad Intelectual, Business Software Alliance, página 71 Impresión SOBOC GRAFIC, Quito Ecuador.

que se dan en el mercado donde se exteriorizan las prácticas desleales, y es a través de una normativa y regulación concreta que se puede establecer un verdadero sistema de normas, donde se articulen los actos calificados como desleales en el desarrollo de la lucha competitiva, que puede superarse las falencias conceptuales y legislativas que existe en la actual ley de propiedad intelectual como en la decisión 486 de la Comunidad Andina sobre competencia desleal.

3.3. LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DE AQUELLOS ACTOS QUE NO NACEN DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Con fundamento en lo expuesto en el punto anterior, y entendiendo que la regulación contra la competencia desleal en el Modelo Social⁷⁸, es un mecanismo de corrección del tráfico económico, que sanciona por principio general todo comportamiento o práctica comercial incorrecta que sé de en cualquier sección del mercado, cualquiera que fuere su forma de manifestación y que objetivamente lo distorsionen en perjuicio de los concurrentes a él; es coherente concluir que existen actos desleales que van más allá de la afectación de los derechos de propiedad intelectual, pues la competencia desleal se presenta mediante un sin número de formas y que se da especialmente con las nuevas estrategias de marketing, publicidad y prácticas comerciales, entre las que se puede mencionar “la inducción a la infracción contractual”⁷⁹ que opera cuando se induce a un trabajador, proveedor, clientes u otras personas vinculadas al empresario a infringir los deberes contractuales que ha haya adquirido con la competencia.

⁷⁸ Sebastián García Menéndez, “Competencia Desleal Actos de desorganización del competidor”, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, primera edición 2004, páginas 16 y 32

⁷⁹ Artículo 14 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 507.

Otra forma de competencia desleal se exterioriza mediante la violación de normas por un competidor, muy especialmente cuando le permite obtener una posición de ventaja frente al resto de competidores que cumplen con sus obligaciones legales y perjudica a los competidores y o usuarios. Es el caso de los vendedores informales que no declaran sus impuestos como los comerciantes formales; o que venden productos sin registro sanitario.

Otra actitud desleal es la “venta a pérdida”⁸⁰ cuando se dirige a perjudicar a un participante en el mercado o busca quebrar al competidor o forzarlo a abandonar el mercado.

Son actos desleales también aquellos que afectan a todos los participantes en el mercado, como los actos de engaño, cuando inducen a la compra de la clientela mediante falsedades u omisiones de una presentación que induce a error; mediante la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o mediante la omisión de las verdades, sobre características de las prestaciones que se ofrecen. Muchos de los actos de competencia desleal se instrumentan a través de la publicidad engañosa, discriminatoria, superlativa, sugestiva, comparativa, entre otras. Se daría por ejemplo en el supuesto de que se vendan fármacos sin determinar los efectos secundarios del mismo; o se ofrezcan tratamientos omitiendo los riesgos de los mismos; o se realicen operaciones sin necesidad de hacerlo, etc.

Otro acto de competencia desleal es la “venta con obsequios, primas, regalos o supuestos análogos”⁸¹ a quién haga la adquisición de cualquier bien o servicio, cuando afectan sensiblemente el comportamiento del mercado, o cuando la forma en que se ofrece hace pasar a segundo término el precio y las características del producto que hay que

⁸⁰ Artículo 17 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 508.

⁸¹ Artículo 8 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 505.

adquirir para obtener la prima. Esto ocurre por ejemplo cuando la prima consiste en la participación en sorteos con premios espectaculares, de tal forma que la adquisición del producto al que la prima se vincula pasa a segundo término en la decisión de muchos consumidores.

Otro supuesto de competencia desleal constituyen las conductas agresivas frente a la clientela, cuando ésta intimida a los clientes potenciales y les forzó a realizar alguna operación comercial.

Los supuestos concretos de competencia desleal referidos, son tan sólo algunas de las formas y clases en que la deslealtad se presenta en el mercado y que van más allá de la afectación de los derechos subjetivos que protege la normativa de propiedad industrial, frente a las cuales, al momento por falta de normativa “ad hoc” tanto en el ámbito interno como comunitario, poco se puede hacer para parar y sancionar el daño que pueda causar al sistema competitivo y a los participantes en él, por lo que no sólo debemos difundir estas nuevas ramas del derecho económico sino además debemos exigir la promulgación de instrumentos de corrección del tráfico económico, como la Ley de Defensa de la Competencia y la regulación amplia contra la Competencia Desleal, que permitan el ejercicio efectivo de nuestro derecho de defensa en contra de actuaciones incorrectas, desleales y abusivas que falsean el mercado; que al no ser reguladas y sancionadas debidamente, seguirán marcando el camino de la lacerante impavidez cotidiana, que secuestra nuestro desarrollo y futuro.

3.4. LA COMPETENCIA DESLEAL COMO UN MECANISMO DE CORRECCION DEL TRAFICO ECONOMICO.- CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA Y SUPUESTOS CONCRETOS DE COMPETENCIA DESLEAL.- ACTUACIÓN DE COMPETENCIA QUE SUBYACE A LA ENUMERACIÓN DE SUPUESTOS CONCRETOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y FRENTE A LA ECUATORIANA.

De lo expuesto se evidencia que el actual papel que la regulación contra la competencia desleal tiene dentro del modelo social es el de la protección de intereses diversos, de los operados en el mercado –competidores y consumidores- y del correcto funcionamiento del sistema competitivo, para que no se vea distorsionado por actuaciones incorrectas, y por ello constituye un mecanismo de corrección del tráfico económico.

El término Competencia Desleal para designar este conjunto de normas que regula los actos desleales como establece Bercovitz, se conserva por inercia histórica⁸². Por ello manifestó que “en la actualidad se considera que la regulación contra la competencia desleal tiene por objeto la protección de intereses diversos, esto es, la de todos los que participan en el mercado -empresarios y consumidores- además de proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando que se vea distorsionado por actuaciones incorrectas”⁸³.

Esta nueva visión afecta profundamente toda la regulación en esta materia, tanto que se afirma que se sigue denominando “Competencia Desleal” por inercia histórica, pues esta no sólo reprime la competencia desleal en sentido estricto, sino que se imponen normas de actuación correcta a todos los que participan en el mercado ofreciendo bienes y

⁸² Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 22

⁸³ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 22.

*servicios. Por ello podría decirse que la protección contra la competencia desleal ha pasado a ser la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado”⁸⁴; y continúa “... la prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”.*⁸⁵

Por lo expuesto, dentro del modelo social la competencia desleal ha ampliado su ámbito de acción a la regulación de todas las actuaciones que desvirtúan el sistema competitivo de mercado. Por ello, no cabe pensar que los problemas de deslealtad y de la corrección del tráfico económico se los puede afrontar desde la óptica de protección de la ley de propiedad industrial o solo desde la defensa de la competencia; pues el conjunto de prácticas competitivas desleales, deben ser articuladas por un sistema de normas y acciones específicas para reprimir y sancionar los actos desleales que se dan en la lucha competitiva.

La nueva misión de la regulación contra la competencia desleal que sanciona las actuaciones incorrectas de mercado, hace que se la ubique dentro del derecho económico, dentro del cual es el llamado a dar normas de corrección del tráfico económico, junto con la defensa de la competencia y las leyes de defensa del consumidor.

Bajo la óptica del modelo social, la competencia desleal para que cumpla su misión de corrector del tráfico económico debe regularse en forma articulada mediante la tipificación de supuestos concretos que son debidamente detallados y una prohibición general de actuar incorrectamente en el mercado mediante el establecimiento de una cláusula general prohibitiva como se lo hace por ejemplo en la legislación española en La ley del 10 de enero de 1991, donde en el capítulo II denominado Actos de competencia desleal, establece la cláusula general y enumera los actos desleales de: Confusión, engaño,

⁸⁴ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 22 y 23

⁸⁵ Alberto Bercovitz y otros, “La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industrias de Madrid. España 1992, página 22, 23 y 24.

obsequios, primas y supuestos análogos, denigración, comparación, imitación explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y venta a pérdida.

CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA Y SUPUESTOS CONCRETOS DE COMPETENCIA DESLEAL

La regulación contra la competencia desleal bajo el modelo social, es regulada en forma específica y articulada, como vemos en el modelo español que por su desarrollo vale tomar en consideración; donde se enumera a partir del artículo 6 al 17⁸⁶, los actos desleales en forma detallada y que son:

1. - Actos de confusión⁸⁷, que se divide en actos de confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno, y el riesgo de asociación por parte de los consumidores. Este acto desleal se ha desarrollado dentro de la línea de protección de los derechos de propiedad intelectual.

2. - Actos de engaño,⁸⁸ dentro del cual se reputa desleal toda utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de verdades y cualquier otro tipo de práctica que por circunstancias en que tenga lugar sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige. Este acto afecta a todos los participantes en el mercado, pues el engaño puede inducir a la compra mediante falsedades u omisiones de una presentación que

⁸⁶ Artículo 6 al 17 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 504 a 517.

⁸⁷ José María de la Cuesta, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial d ela Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 35 y siguientes.

⁸⁸ Mercedes Vergez, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial d ela Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 51 y siguientes

induce a error; mediante la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdades, sobre características de las prestaciones que se ofrecen.

3. - La venta con obsequios, primas, regalos, ventajas o supuestos análogos⁸⁹ a quién haga la adquisición, cuando afectan sensiblemente el comportamiento del mercado, como cuando la forma en que se ofrece hace pasar a segundo término el precio y las características del producto que hay que adquirir para obtener la prima, por ejemplo cuando la prima consiste en la participación en sorteos con premios espectaculares, de tal forma que la adquisición del producto al que la prima se vincula pasa a segundo término en la decisión de muchos consumidores.

4. - Actos de “Denigración o descrédito” de los productos, prestaciones o servicios competidores o del propio competidor; que generalmente se da mediante publicidad denigratoria o comparativa usando ataques directo o indirecto a sus competidores.

5. - Actos de imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, sobre todo la servil, o la imitación sistemática, o que pueda generar riesgo de asociación.

6. - Explotación de reputación ajena, en beneficio propio o ajeno de las ventajas de reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Es también desleal el empleo de signos distintivos ajenos, lo cual cae dentro de la protección de los derechos de propiedad industrial.

7. - Violación de Secretos,⁹⁰ esta es una modalidad clásica de aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Es desleal la divulgación o explotación del secreto empresarial ajeno; como lo es la adquisición del mismo por medio de espionaje y que busque obtener provecho propio. Para la existencia de este acto desleal es preciso que concurren dos requisitos: a.-

⁸⁹ Mercedes Vergez, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 51 y siguientes

⁹⁰ Eduardo Galán Corona, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 91 y siguientes.

La existencia de un secreto empresarial digno de protección; y b. La divulgación o explotación del mismo que constituyan o sean consecuencia de una actuación incorrecta.

8. - La Inducción a la infracción contractual de trabajadores, proveedores, clientes y otras personas vinculadas con la competencia para que infrinjan los deberes contractuales que han contraído con su competidor; como cuando un empleado ha suscrito un pacto de no-competencia; y pasa a ejercer su profesión en otra empresa distinta que es competidora de la anterior.

9. - La violación de normas por un competidor, cuando le permite obtener una posición de ventaja frente al resto de competidores que cumplen con sus obligaciones legales (Es el caso de los vendedores informales que no declaran sus impuestos como los comerciantes formales);

10. - La venta a pérdida⁹¹ cuando se dirige a perjudicar a un participante en el mercado, ya sea desacreditando la imagen de los productos o servicios, o simplemente para quebrar al competidor o forzarlo a abandonar el mercado.

11. - Las conductas agresivas frente a la clientela, cuando intimidando a los clientes potenciales les forzó a realizar alguna operación comercial, como cuando se ofrece solvencia financiera frente a otra específica institución financiera aludiendo insolvencia.

12. - Las ventas agresivas, cuando se trata de obtener la elección del consumidor en base criterios diferentes a la eficiencia determinadas por la relación calidad, precio y se centra su atención sobre otros particulares irrelevantes, pudiendo también producir error.

13. - **CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVO.-** Cualquier otro supuesto de competencia desleal no identificado es concebido en una cláusula general prohibitiva, la que sanciona en términos generales todos aquellos actos desleales que puedan causar daño al sistema competitivo, como a operadores económicos. Esta cláusula concibe la legislación

⁹¹ Ricardo Alonso Soto, "La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991", Boletín Oficial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 81 y siguientes

española en el artículo 5 de la Regulación contra la competencia desleal, la que subyace a todos los supuestos concretos como veremos más adelante.⁹²

CLASIFICACION DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

Una vez explicados someramente cada uno de los supuestos desleales, podemos seguir la clasificación dada por Alberto Bercovitz⁹³, que establece que se los puede agrupar en 4 estamentos:

1. - Aprovechamiento del esfuerzo de otros particulares en el mercado:

- confusión,
- aprovechamiento de reputación ajena;
- imitación de prestaciones ajenas.
- Sustracción o explotación de secretos empresariales ajenos.

2. - Ataques directos a otras empresas participantes en el mercado: se presentan a través de:

a.- La Denigración.- es desacreditar al competidor.

Por ejemplo a través de la publicidad denigratoria; cuando alude a la nacionalidad, raza, ideología de su competidor; porque estas circunstancias cae dentro de la esfera de la intimidad personal.

⁹² Artículo 5 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 504.

⁹³ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 29 y siguientes

b.- Inducción a la infracción contractual.

c.- Venta a pérdida, dirigida a perjudicar a un participante en el mercado.

3. - Los actos que inciden en general en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado, impidiendo su correcto funcionamiento.

a.- Los actos de engaño que perjudican a todos los que participan en el mercado, (competidores y consumidores. Por ejemplo mediante la publicidad engañosa, o la publicidad superlativa.

b.- Los obsequios, primas, regalos o supuestos análogos.

c.- La venta a pérdida

d.- Abuso de situación de dependencia económica.-

e.- Violación de normas.-

f.- Conductas agresivas frente a la clientela.-

4. - La publicidad comparativa, se da cuando se compara dos productos o dos empresas.

Por sí no es ilícita, y puede hacerse siempre que cumpla con los requisitos de realidad, objetividad y nivel técnico adecuado, (pues ilustra al consumidor en su derecho de opción.

MODELO DE COMPETENCIA QUE SUBYACE A LA ENUMERACIÓN DE SUPUESTOS CONCRETOS.

Además de los supuestos concretos de competencia desleal, la doctrina española, señala que tras cada supuesto y la cláusula general de competencia desleal subyace un modelo de competencia que delimita el modelo de competencia frente al cual existe la prohibición general de actuar incorrectamente en el mercado⁹⁴, y por ello todo acto para que

⁹⁴ Alberto Bercovitz, “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991”, Boletín Oficial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, España. 1992. páginas 30 y 31.

sea leal dentro del modelo competitivo de un Estado social de mercado debe tener las siguientes características:

- a.- claridad y diferenciación de las ofertas a los consumidores y competidores.
- b.- actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo. Eso implica que las ofertas que se hacen deben ser el fruto de su propio esfuerzo y por eso no puede tratar de aprovecharse del prestigio de los otros participantes en el mercado.
- c.- Los operados cumplan con la legalidad vigente.
- d.- a los operadores económicos se les prohíbe la arbitrariedad y abuso en el mercado.
- e.- Finalmente el principio más importante, la exigencia de garantizar la libertad de decisión de los consumidores.

3.5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL Y SU VINCULACION CON LA REGULACIÓN DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.- AUTONOMIA DE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL.- ANÁLISIS DEL VETO A LA LEY DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR.

El fundamento constitucional por el que se establece la necesidad de normar la competencia desleal dentro del Estado social de mercado, que propone la corrección del tráfico económico mediante la estructuración de normas de policía como la ley defensa de la competencia y la regulación contra la competencia desleal, se encuentra en el artículo 244 de la Constitución Política del Estado que establece:

Artículo 244. “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.

3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.”⁹⁵

De esta norma constitucional se desprende la vinculación de la defensa de la competencia con la regulación contra la competencia desleal, pues ambas buscan la protección del sistema competitivo y son parte del derecho de corrección del tráfico económico. De allí, tal vez, surge el error de concebir a la regulación contra la competencia desleal como una parte de la defensa de la competencia; lo cual, como hemos insistido a lo largo de esta tesis, no es procedente en razón de que el ámbito material y el objeto de cada una de ellas es diferente, aunque se complementen para regular la corrección del tráfico económico.

ANÁLISIS DEL VETO A LA LEY DE COMPETENCIA PRESENTADA EN ECUADOR

La necesidad de promulgar una ley de competencia en Ecuador, es cada vez más imperiosa. Al respecto ha existido varios intentos para su promulgación, siendo el más serio

⁹⁵ Ediciones Legales, sistema informático Fiel Magíster. Sección constitucional actualización a enero de 2006.

el proyecto de ley número 22 660 denominada LEY DE PROTECCION DE LAS LIBERTADES ECONOMICAS presentada por la Diputada Susana González en el año 2001, con el apoyo del Banco Mundial y varias universidades del país. Contenía una estructuración técnica, mediante la cual pretendía crear una dependencia especial en instancia administrativa que conozca sobre estos temas; establecía un procedimiento a seguir; y regulaba lo que es la calificación de concentraciones económicas; las actuaciones de abuso de posición de dominio; los acuerdos horizontales; los verticales entre otros. En este proyecto, se hizo referencia a la ley de propiedad intelectual estableciendo que si el ejercicio de estos derechos afecta la competencia serían juzgadas por la ley de competencia. Acertadamente, **no incorporan ninguna referencia a la regulación contra la competencia desleal**, lo cual técnicamente es correcto. Este proyecto pretendía regular en forma ad-hoc la defensa de la competencia, y lo hizo de mejor manera que la Decisión comunitaria 608 y 616 de la Comunidad Andina, con mayor claridad técnica- jurídica respecto de esta materia; sin embargo de lo cual, en instancia ejecutiva fue rechazada por razones todavía oscuras y de poca explicación lógica, ya que su presencia beneficiaría fundamentalmente al sector empresarial honesto y permitiría el establecimiento de reglas claras en el mercado ecuatoriano.

Luego de este intento, a través del MICIP se presentó una nueva propuesta de ley de defensa de la competencia, la que al igual que el último proyecto de ley propuesto en el Congreso, dejan de lado un tema vital en el derecho de la competencia que es la regulación de las concentraciones económicas, y no reúnen los requisitos técnicos necesarios para que esta nueva disciplina del derecho tenga una articulación normativa eficiente. En estos dos proyectos, a la competencia desleal se la separa de la normativa de propiedad intelectual, pero –a mi criterio- se comete el mismo error de no respetar la autonomía de la regulación contra la competencia desleal por incluirla como un acápite de la ley de defensa de la

competencia, sin respetar la independencia que estas dos ramas del derecho tienen y sus diferencias que vienen dadas por su ámbito material como por la forma en la que regulan la corrección del tráfico económico; ya que si la ley de defensa de la competencia regula las concentraciones económicas; los abusos de posición dominante y su afectación macro al sistema competitivo; la regulación contra la competencia desleal regula la protección de los operados económicos desde su afectación por los actos desleales e incorrectos de mercado que son diferentes a las concentraciones económicas y al abuso de posición dominante y que vincula los actos de abuso del capital fundamentalmente contra el más débil en la relación económica y que incluso muchas de las veces puede darse en forma aparentemente leal y jurídica como el caso de las concentraciones económicas y fusiones empresariales.

El error deviene de la falta de conocimiento global sobre el derecho de corrección económica, y la necesidad de su regulación en un Estado social de mercado, en el que se requiere la intervención estatal mediante varios cuerpos normativos autónomos; siendo principalmente la ley de defensa de la competencia; como la regulación contra la competencia desleal, y la ley de defensa del consumidor; la triangulación correcta que permiten estos fines. La ley de defensa de la competencia y la regulación contra la competencia desleal buscan proteger un mismo bien jurídico: EL SISTEMA COMPETITIVO DE MERCADO, pero lo hacen de formas diferentes, siendo por ello dos instituciones jurídicas diferentes.

3.6.ACCIONES Y PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION.

Tanto en el libro IV de la Ley de Propiedad Intelectual como en los artículos 258 y siguientes de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, se establecen las normas contra la competencia desleal pero en forma limitada. En el artículo 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, se establece cuales son las acciones a seguir por actuaciones de competencia desleal que son las medidas preventivas o cautelares, las acciones de tutela administrativa y el inicio de acciones ante el Tribunal Contencioso Administrativo por falta de juzgados especiales de propiedad intelectual, quienes por la disposición transitoria décima de la ley de propiedad intelectual conocen de los asuntos de propiedad intelectual dentro de las cuales se encuentran en nuestra legislación los actos de competencia desleal.

El texto del Art. 287 es como sigue: *“Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares.*

Las medidas a que se refiere el inciso anterior podrán ser solicitadas también por asociaciones gremiales o de profesionales que tengan legítimo interés en proteger a sus miembros contra los actos de competencia desleal”⁹⁶.

De lo expuesto se desprende que la legitimación para ejercer estas acciones las tienen SOLO LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PERJUDICADAS POR EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL, es decir sólo los competidores; lo cual rompe con el criterio de ilícito preventivo que tiene la regulación contra la competencia desleal, y deja de lado la protección del interés público que es la afectación o posible afectación del sistema competitivo de mercado y de todos los operadores económicos.

Del segundo párrafo vemos que la legitimación activa también se limita a los gremios y asociaciones profesionales solo cuando tengan legítimo interés en proteger a sus miembros, con lo cual se deja de lado la protección del sistema competitivo y sobre todo a

⁹⁶ Ley de Propiedad Intelectual, Normativa sobre Propiedad Intelectual. Business Software Alliance. Quito Ecuador, página 72.

los consumidores y la activación directa por parte de ellos. Esta visión, es típica del modelo corporativista de la competencia desleal, la cual está ya fuera de los actuales logros y alcances de esta regulación; y debe ser reformada para obtener la protección jurídica que el modelo social busca y se da en otras legislaciones más adelantadas en este tema.

Las falencias de la legislación ecuatoriana anotadas es un reflejo de que adolece de una regulación concreta y específica contra la competencia desleal y su sumisión e inclusión dentro del derecho de propiedad intelectual o de la regulación de defensa de la competencia.

La legislación española establece que están legitimados para ejercitar las acciones que prevén los ordenamientos europeos, y que van desde la simple declaración del acto desleal, pasando por la cesión o eliminación de los efectos que él produce; la rectificación, la publicación de la sentencia o incluso el resarcimiento del daño.

Estas acciones están reguladas en el caso español mediante la Regulación contra la Competencia Desleal dictada el 10 de Enero de 1991, que se promulgó acorde al modelo social y buscando proteger los intereses diversos como son las de los operadores económicos: competidores y consumidores y el sistema competitivo de mercado, estableciendo en forma detallada los supuestos concretos de competencia desleal y una cláusula general prohibitiva de competencia desleal que tiene por línea demarcatoria del acto desleal todo acto “contrario a la buena fe objetiva”⁹⁷. En este cuerpo legal en su artículo 18 se establece:

“Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1º Acción declarativa de la deslealtad del acto si la perturbación del mismo subsiste.

2º Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica.

⁹⁷ Artículo 5, Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 504.

3º Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.

4º Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5º Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.

*6º Acción de enriquecimiento injusto que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.*⁹⁸

En apoyo de la ley de Competencia Desleal española viene la Ley General de Publicidad la que sanciona también la publicidad desleal.

La legitimación activa en la legislación española, se establece en el artículo 19 de la ley de Competencia Desleal, y pueden ser:

Desde la óptica de la legitimación activa individual, puede ser cualquier competidor o consumidor individual que sea perjudicado o pueda ser perjudicado por el acto desleal. Mientras que la acción de enriquecimiento injusto solo podrá ser ejercitada por el titular de la posición violada.

Desde la óptica de la legitimación activa colectiva, pueden activar las acciones las asociaciones profesionales; las asociaciones de consumidores.

La legitimación pasiva, está regulada en el artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal, y establece que pueden dirigirse las acciones enumeradas en el artículo 18 ya referido, “contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia

⁹⁸ Artículo 18 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 508.

desleal o haya cooperado a su realización. No obstante la acción de enriquecimiento injusto solo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento...”⁹⁹

En el artículo 21 de la ley referida se establece un año para la prescripción de la acción de competencia desleal, desde el momento en que se ejecuto o se tuvo conocimiento del acto, pero tres años desde la fecha en que se realizó el acto desleal.¹⁰⁰

De lo expuesto se concluye que las acciones y procedimientos por las actuaciones desleales en nuestra ley interna como comunitaria, son limitadas por responder al modelo corporativista, por lo que urge adecuar la normativa de competencia desleal al modelo social en un cuerpo normativo ad hoc, en el que conste articuladamente el conjunto de normas que sancionen y tipifiquen los actos desleales, como establezcan las acciones y procedimientos contra ellos, frente a lo cual parecería que es prudente tomar en consideración el modelo español, que ha optado por regular la institución específica denominada **COMPETENCIA DESLEAL**.

⁹⁹ Artículo 20 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 509.

¹⁰⁰ Artículo 21 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, “Código de Comercio y Legislación Mercantil” Madrid España, Editorial Tecnos, Decimaséptima Edición Actualizada a septiembre de 2001, página 509.

CAPITULO CUARTO:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. RECOMENDACIÓN DE PROMULGACION DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL AMBITO ECUATORIANO COMO UNA NECESIDAD DE PROTEGER A LOS CONSUMIDORES Y AL SISTEMA COMPETITIVO DE MERCADO.

En esta investigación, se ha resaltado que el derecho económico, abarca todo el conjunto de normas que tienen por objeto la intervención Estatal en la economía de un Estado con el fin de regular el mercado y la actuación de los participantes en él, en busca de la primacía del interés colectivo y social sobre el particular. La ley de defensa de la competencia; como la regulación contra la competencia desleal; y, la ley de defensa del consumidor, cumplen por excelencia la función de correctores del tráfico económico y pretenden proteger aunque de diferente manera un mismo bien jurídico: EL SISTEMA COMPETITIVO en beneficio de los participantes en el mercado, para evitar el abuso y la distorsión del mercado.

Se ha demostrado, que en el artículo 244 de la Constitución Política del Estado, consta el fundamento constitucional mediante el cual el Estado Ecuatoriano dice ser un estado social de derecho; y, coherente con ello en su numeral tercero se obliga a *“Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”*¹⁰¹ A pesar de lo cual, hasta el momento, Ecuador carece de un cuerpo normativo adecuado que regule la defensa de la competencia como los procedimientos y acciones a seguir en contra de

¹⁰¹ Sistema Informático Legal Fiel Magíster, de Ediciones Legales. Área Constitucional, actualizado a septiembre de 2006.

actuaciones que afecten o distorsionen la libre competencia, y/o a los consumidores desde la óptica de operadores económicos que actúan en el mercado.

Se ha analizado las razones por las que en Ecuador los sujetos económicos afectados o que puedan ser lesionados por actuaciones que falseen o afecten la libre competencia, no puedan ser efectivamente protegidos, a pesar de que por vía comunitaria se ha dictado la Decisión 608 y 616; por cuanto estas no pueden ser aplicadas efectivamente en territorio ecuatoriano, mientras no se dicte una Ley interna de defensa de la competencia que regule y determine la autoridad administrativa y judicial interna que conocerá sobre estos temas, como el procedimiento o trámite a seguir.

Por lo expuesto, cabe concluir que es una prioridad de la sociedad ecuatoriana, la promulgación del cuerpo normativo que busque proteger los intereses de todos los operadores económicos y del sistema competitivo del mercado. Razón por la que, debe exigirse la promulgación de la ley interna de defensa de la competencia que incluya tanto la regulación de actuaciones incorrectas de mercado, la calificación de concentraciones económicas, como la sanción de aquellas que falseen el mercado para evitar daños al sistema competitivo de mercado y los intereses de todos los operados económicos, dentro de los cuales se sitúan los consumidores, que son parte del vital del sistema competitivo.

Dentro de este contexto, se han expuesto las razones que justifican la necesidad de promulgar dentro del Ecuador, la ley de defensa de la Competencia, para evitar la impunidad que existe en el mercado ecuatoriano, para que mediante este instrumento jurídico de corrección del tráfico económico, en forma adecuada se establezca una regulación especializada que proteja el sistema competitivo, a los consumidores y empresarios que son presas del abuso de capital y de los actos de incorrección en el mercado, mediante la promulgación de una ley que no sólo establezca el derecho subjetivo sino que marque el hilo conductor del derecho

objetivo, estableciendo los mecanismos para su cabal ejercicio; que permita la regulación del tráfico económico dentro del mercado ecuatoriano.

4.2. RECOMENDACIÓN DE DAR AUTONOMIA A LA REGULACION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL, ENTENDIDO COMO UN MECANISMO DE CORRECCION MAS EL TRAFICO ECONOMICO.

Del estudio realizado en el capítulo tercero de esta tesis, se ha pretendido demostrar que las normas de competencia desleal, tienen independencia y son diferentes de las normas de defensa de la competencia y de la ley de propiedad intelectual, por cuanto, cada una de ellas tienen un ámbito material y un objeto diferente; constituyendo tres disciplinas o ramas del derecho diferentes que como tales deben ser reguladas por su especificidad. Por ello, cabe recomendar que no se la regule desde la óptica corporativista y la visión de la ley de propiedad intelectual, ni que se regule la competencia desleal dentro de la ley de defensa de la competencia como erradamente hoy consta del proyecto de ley presentado en el Congreso. La Ley contra la Competencia Desleal debe ser regulada en un cuerpo normativo autónomo como se lo ha hecho en otros países por ejemplo España, que desde 1991, norma la competencia desleal, mediante una Ley específica de Regulación contra la competencia desleal bajo la estructura de un sistema que detalla los supuestos concretos de deslealtad y una cláusula general prohibitiva, a los que subyace un modelo de competencia de protección al sistema competitivo de mercado, para que sea un instrumento más de corrección del tráfico económico.

4.3. RECOMENDACIÓN SOBRE LA REFORMA A LA DECISION COMUNITARIA 486 REFERENTE AL CAPITULO DE COMPETENCIA DESLEAL Y LA REFORMA A LA DECISION COMUNITARIA 608 QUE CONTIENE NORMAS DE COMPETENCIA.

En este trabajo se ha resaltado que la regulación contra la competencia desleal es una institución jurídica que ha alcanzado su autonomía de la ley de propiedad intelectual como de la ley

de defensa de la competencia, razón por la cual cabe concluirse recomendando la reforma de la Decisión 486 de la Comunidad Andina como de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, por cuanto siguen el modelo corporativista de competencia desleal, razón por la cual deben ser reformadas y extraerse de ellas las normas referentes a la competencia desleal que a mi criterio deben ser estructuradas y articuladas en forma independiente acorde al modelo social de competencia desleal, tratado en el capítulo tercero de esta tesis, para que prohíba las actuaciones incorrectas de mercado y apoye la protección de los operadores económicos como del sistema competitivo de mercado.

Con relación a la Decisión 608, que contiene normas de competencia, del capítulo segundo de este trabajo, se desprende que ésta, constituye un avance en la legislación comunitaria sobre la materia, pero es parcial e incompleta, por cuanto NO CONSIDERA UNA IMPORTANTE PARTE DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, AL DEJAR DE LADO LA REGULACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CONCERTACIONES ECONÓMICAS; LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO E INTERNO QUE LAS CONTROLE Y EL ESTABLECIMIENTO DE SANCIONES POR CONCENTRACIONES ECONOMICAS INDEBIDAS. Frente a lo cual, cabe recomendar la adaptación de una nueva decisión que abarque todos los temas que se abordan en materia de competencia, para que estas cumplan su objetivo: la corrección del tráfico económico del mercado, mediante una adecuada estructura normativa.

Por las razones expuestas, considero pertinente recomendar la promulgación de dos cuerpos normativos autónomos a nivel interno en el Ecuador el primero que contenga las normas sobre competencia y el segundo que regule la competencia desleal; así mismo es recomendable la reforma de las normas comunitarias que tratan sobre la materia; para que en forma conjunta y articulada regulen la protección del sistema competitivo de mercado, como los intereses de todos los operadores económicos que son los sujetos que activan el mercado; y por ello, debe visualizarse como una meta inmediata de los sectores legislativos y

académicos del país la profundización en estos temas para llevar adelante una propuesta que debe contener tres puntos conjuntos y vinculados entre si que son:

1.- Realizar una propuesta normativa sobre una Decisión Comunitaria, que supere la Decisión 608 y la 616; como la presentación de un Proyecto de Ley Interna que regule en forma específica y ad-hoc la defensa de la competencia, en donde se incluya la calificación de concentraciones económicas y las prácticas abusivas o prohibidas; que supere el contenido del actual proyecto de ley; que debe ser observado por los sectores legislativos del país y rechazado por los sectores académicos por las grandes inconsistencias técnicas que posee el referido proyecto de ley.

2. - Realizar una propuesta normativa sobre la promulgación de una Decisión Comunitaria que contenga en forma específica y autónoma la regulación contra la competencia desleal así como de una Ley Interna que enmarquen la competencia desleal dentro del modelo social desde la óptica de la corrección del mercado, estableciendo en forma articulada la enumeración y descripción de los supuestos concretos de competencia desleal y una cláusula general prohibitiva, a los que subyace un modelo de libre competencia; ampliando la activación frente a la deslealtad de los consumidores y sus asociaciones; siguiendo el ejemplo de otras legislaciones más adelantadas en el desarrollo de esta disciplina.

3. - Realizar una propuesta mediante la cual se proponga y promueva la reforma de la Decisión 486 de la Comunidad Andina como de la Ley de Propiedad Intelectual, mediante la cual se deroguen los capítulos sobre COMPETENCIA DESLEAL que erradamente al momento se encuentran consideradas dentro de estos cuerpos legales.

Dra. Patricia Alvear Peña.