



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

“REGULACIÓN Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA
DESLEAL EN EL ÁMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”

**Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de
Abogada**

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus Aplicaciones

Caracterización técnica del trabajo:

Investigación

Autora:

CARLITA EMILIA CEVALLOS CÁCERES

Director:

AB. MSC. JORGE VLADIMIR NÚÑEZ GRIJALVA

Ambato - Ecuador

Diciembre 2017

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

“REGULACIÓN Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN
EL ÁMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus Aplicaciones



BIBLIOTECA

Autora:

CARLITA EMILIA CEVALLOS CÁCERES

Jorge Vladimir Núñez Grijalva, Ab. Mg.
CALIFICADOR

f.

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Mg.
CALIFICADOR

f.

Mayra Cristina Mena Mena, Ab. Mg.
CALIFICADORA

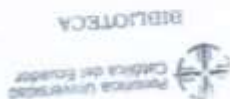
f.

Diego Gonzalo Coca Chanalata, Dr. Mg.
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

f.

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr. Mg.
SECRETARIO GENERAL PUCESA

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
SECRETARÍA GENERAL
PROCURADURÍA



Ambato - Ecuador
Diciembre 2017

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, Carlita Emilia Cevallos Cáceres, portadora de la cédula de ciudadanía No. 0504291303, declaro que los resultados obtenidos en el proyecto de titulación y presentados en el informe final, previo a la obtención de Abogada, son absolutamente originales y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto, y luego de la redacción de este documento, son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.



Carlita Emilia Cevallos Cáceres

0504291303



AGRADECIMIENTO

*A Dios, por su infinito amor y su constante bendición
sobre mi vida.*

*A las personas que han llenado mi existencia de amor,
inspiración, alegría, y fortaleza, que me han apoyado
incondicionalmente y me han permitido ser quien ahora
soy, Pavel, Ximena, Paula y Tarsis.*

*A esta institución, que ha sido un pilar fundamental en
mi formación como profesional, a mis compañeros y
maestros de quienes cada día he aprendido algo nuevo.*

*Al Doctor Jorge Núñez Grijalva, quien ha guiado el
desarrollo de esta investigación, que con su dedicación
y paciencia ha dejado en mí una huella de
profesionalismo y entrega.*

DEDICATORIA

*A Yolanda, el ángel que me amo
incondicionalmente aquí en la tierra y ahora me
bendice desde el cielo.*

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo analizar la regulación y control penal de la competencia desleal en marcas registradas en el Ecuador, entendiendo a esta problemática como el conjunto de actos contrarios a las prácticas honestas, pues este fenómeno ha tomado gran fuerza en la realidad jurídica ecuatoriana, desencadenando la necesidad de regular y controlar penalmente esta problemática. El análisis se realiza aplicando metodológicamente un enfoque crítico-propositivo de carácter cualitativo, con una metodología bibliográfica documental y la aplicación de entrevistas. Los resultados apuntan a la comprobación de la pregunta de estudio, determinando la falta de regulación y control penal de la competencia desleal en el ámbito de marcas registradas en el Ecuador pues existe una insuficiencia normativa en cuanto al tema, pues la legislación ecuatoriana deja un enorme vacío legal que genera impunidad, vulnerando los derechos económicos de la sociedad y el mercado, generando la necesidad de brindar un tratamiento jurídico eficaz para la problemática.

Palabras Claves: competencia desleal, marcas registradas, regulación, control, derechos.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the regulation and legal control of unfair competition in registered trademarks in Ecuador, understanding this problem as the set of acts that are contrary to honest practices. This phenomenon has gained momentum in Ecuadorian legal reality unleashing the need to regulate and legally control this problem. The analysis is carried out by methodologically applying a qualitative critical proactive approach using bibliographical documentary methodology and the application of interviews. The results point to the validation of the study question, determining the lack of regulation and legal control of unfair competition in the area of registered trademarks in Ecuador since there is inadequate legislation regarding this topic due to the fact that Ecuadorian legislation leaves a huge legal void that creates impunity as well as the violation of the economic rights of society and the market, thus creating the need to provide efficient legal treatment of this problem.

Key words: unfair competition, registered trademarks, regulation, control, rights.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	3
1.1. Antecedentes:.....	3
1.2. Descripción del problema:	4
1.3. Preguntas básicas:	6
1.4. Objetivos:.....	7
1.4.1. General.....	7
1.4.2. Específicos	7
1.5. Pregunta de Investigación:.....	7
1.6. Estado del arte:.....	8
1.7. Variables	15
1.7.1. Variable Independiente.	15
1.7.2. Variable Dependiente.....	15
1.8. Fundamentos Teóricos	15
1.8.1. Competencia desleal	15
1.8.1.1. Conceptualización.....	15
1.8.1.2. Actos de competencia desleal	21
1.8.1.2.1. Actos de confusión.....	22
1.8.1.2.2. Actos de engaño	23
1.8.1.2.3. Actos de Imitación	24
1.8.1.2.4. Actos de denigración.....	25
1.8.1.2.5. Actos de comparación.....	27
1.8.1.2.6. Explotación de la reputación ajena	28
1.8.1.2.7. Violación de secretos empresariales	29

1.8.1.2.8. Inducción a la infracción contractual	30
1.8.1.2.9. Violación de normas	31
1.8.1.2.10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores	32
1.8.2. Regulación y control penal	33
1.8.2.1. Delito.....	34
1.8.2.2. Típico	35
1.8.2.3. Antijurídico.....	35
1.8.2.4. Culpable	36
1.8.2.5. Punibilidad	37
1.8.2.6. Sanción.....	37
1.8.2.6.1. Principios de la pena	38
1.8.2.6.1.1. Principio de necesidad	38
1.8.2.6.1.2. Principio de personalidad.....	38
1.8.2.6.1.3. Principio de individualización	39
1.8.2.6.1.4. Principio de particularidad	39
1.8.2.6.2. Importancia de la pena	40
1.8.3. La marca.....	42
1.8.3.1. Funciones de la Marca	46
1.8.3.1.1. Practicidad.....	46
1.8.3.1.2. Garantía.....	46
1.8.3.1.3. Optimización.....	47
1.8.3.1.4. Caracterización	47
1.8.3.1.5. Continuidad.....	47
1.8.3.1.6. Hedonística	48
1.8.3.1.7. Ética	48
1.8.3.1.8. Función distintiva de la Marca.....	49
1.8.3.2. Clases de marca.....	50
1.8.3.2.1. Marca de certificación.....	50
1.8.3.2.2. Marca colectiva.....	50
1.8.3.2.3. Marca tridimensional	50
1.8.3.2.4. Nombre Comercial.....	50
1.8.3.2.6. Denominación de Origen	51
1.8.3.3. Importancia de la marca.....	51
1.8.3.4. Registro de la marca.....	54

1.8.3.4.1. Procedimiento de registro	54
1.8.3.5. Derechos de propiedad intelectual que se generan con el registro de la marca	55
1.8.3.5.1. Análisis normativo	55
1.8.3.5.2. Formas de impedir el uso desleal de la marca.....	59
1.8.3.5.2.1. Vía civil.....	59
1.8.3.5.2.2. Vía administrativa	60
1.8.3.5.2.3. Vía penal	61
1.8.4. Insuficiencia normativa en el Código Orgánico Integral Penal	63
1.8.5. Derecho Comparado	70
1.8.5.1. Panamá.....	70
1.8.5.2. México	71
1.8.5.3. Colombia.....	71
1.8.5.4. Bolivia.....	72
1.8.5.5. Perú	72
1.8.5.6. Ecuador	73
1.8.6. Análisis Jurisprudencial	73
1.8.6.1. Caso.....	73
1.8.6.2. Fundamentos de Hecho.....	74
1.8.6.3. Fundamentos de Derecho.....	75
1.8.6.4. Resolución.....	76
1.8.6.5. Análisis	76
CAPÍTULO II.....	77
METODOLOGÍA.....	77
2.1. Metodología de Investigación.....	77
2.1.1. Método General	78
2.1.2. Método Específico	78
2.1.3. Técnica e Instrumento.....	79
2.1.4. Población y muestra.....	79
CAPÍTULO III.....	80
RESULTADOS.....	80
3.1. Presentación de Resultados.....	80
3.1.1. Entrevistas a los funcionarios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado	80
3.1.2. Entrevistas al funcionario del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual	83
3.1.3. Entrevistas a los funcionarios de la Fiscalía General de Estado – Pichincha.....	84

3.1.4. Entrevistas a los funcionarios del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.	87
3.2. Análisis de resultados	90
3.3. Criterios Jurídicos	95
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	100
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	103
APÉNDICE	111
ANEXOS	113

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Tablas

Tabla 3.1. Análisis de entrevistas a los funcionarios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.....90

Tabla 3.2. Análisis de entrevistas al funcionario del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.....92

Tabla 3.3. Análisis de entrevistas a los funcionarios de la Fiscalía General de Estado – Pichincha.....93

Tabla 3.4. Análisis de entrevistas a los funcionarios del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.....94

Gráficos

Gráfico 1.1. Procedimiento de registro de marcas en el IEPI.....55

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, abarca el tema de la regulación y control penal de la competencia desleal en marcas registradas en el Ecuador, con el fin de desarrollar conocimiento doctrinario, normativo y jurisprudencial respecto a cada uno de los elementos constitutivos del tema general, y su incidencia en aspectos, jurídicos, económicos, sociales para determinar la importancia de su efectiva reglamentación. El presente trabajo investigativo está estructurado de la siguiente manera:

El Capítulo I, comprende los antecedentes de la investigación, que son los motivos que llevan al autor a la realización de un estudio sobre un tema específico, continua con la descripción del problema que señala por que dicho tema se configura como un problema, en este caso de carácter jurídico, las preguntas básicas, que son las que dirigirán la realización del proyecto, los objetivos, general y específicos, que son las miras a las cuales apunta el autor al finalizar el trabajo y los aspectos complementarios que son la pregunta de estudio, como hipótesis, estado del arte que constituye en todas las investigaciones previas con respecto al tema, finalmente se establecen las variables y el desarrollo de los fundamentos teóricos que incluyen normativa y doctrina.

En el Capítulo II, describe la metodología utilizada en la investigación, dividida en método general y método específico, además de establecer la población y muestra de la investigación, en este caso las entrevistas realizadas.

Posteriormente el Capítulo III, incluye la presentación y análisis de resultados de las entrevistas aplicadas para el desarrollo de la investigación y adicionalmente el desarrollo de los criterios finales donde se establecen los fines que han determinado el desarrollo de toda la investigación.

Finalmente en el Capítulo IV se encuentran las conclusiones y recomendaciones obtenidas de la investigación.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes:

La competencia desleal en el ámbito de marcas registradas es indiscutiblemente un hecho generador de conflictos jurídicos y socio-económicos en Ecuador; el cometimiento de cualquier acto relacionado con prácticas deshonestas en el mercado por parte de los competidores ha crecido estrepitosamente en los últimos años, esto podría deberse por una parte al fenómeno de la globalización y la necesidad de mejorar los productos, bienes y servicios que se ofertan, sin embargo resulta aún más sencillo desacreditar a los competidores o aprovecharse de ellos, evadiendo así necesidad de elevar la calidad de la producción; y por otro está la situación actual que el planeta entero atraviesa en cuanto a las crisis económicas, escenario que en Ecuador lastimosamente se acentúa cada vez más, esto obliga a los oferentes a utilizar todo tipo de estrategias, sean estas éticas o no, con el fin de mejorar su posicionamiento en un mercado cada día más competitivo.

En los aspectos socio-económicos, el daño que la competencia desleal tiene varias aristas, por un lado está el ámbito social en que perjudica a los entes demandantes del mercado, pues al incurrir en cualquiera de las características que posee la competencia desleal se genera confusión en el público, lo que afecta sus intereses y posteriormente va a tener como consecuencia la inconformidad.

Lo anteriormente expuesto resulta mucho peor en el aspecto económico, pues al existir esta competencia en que el competidor desleal afecta a otros, los flujos económicos empiezan a variar, y deja de existir un equilibrio en el mercado.

En un sentido estrictamente jurídico este problema se configura de tal manera que genera una grave inestabilidad en el mercado, tanto para los oferentes como los demandantes, en este caso al referirse a los oferentes, la competencia desleal de marcas registradas produce inevitablemente conflictos que requieren soluciones emanadas de la ley, sin embargo, en Ecuador no existe suficiencia jurídica que permita desarrollar eficazmente este tipo de situaciones, agravando así los conflictos, o lo que es peor, dejándolos en el limbo, sin darles alternativa y abandonándolos en la impunidad.

La importancia de desarrollar un marco jurídico que abarque completamente a la homotecia desleal en todos sus aspectos y con todas sus características, radica en los hechos antes mencionados, esto beneficiaría sin duda alguna a los tres sectores desarrollados, además de mejorar las relaciones de mercado y las condiciones de oferta y demanda, garantizando un desarrollo integral del país, jurídica, social y económicamente.

1.2. Descripción del problema:

La competencia desleal tiene su origen en el cometimiento de actos vinculados a la propiedad industrial realizados en el ámbito empresarial que sean contrarios a los usos y prácticas honestos, en cuanto a marcas registradas. En el Ecuador este es un problema que crece asiduamente y afecta notablemente a la seguridad jurídica del mercado, generando conflictos para la empresa que desarrolla un determinado producto y lo comercializa a través del uso de una marca, cuando un tercero realiza actos de

competencia desleal ya sea por confusión, aseveraciones falsas que desacrediten al producto u otras que generaren una idea errónea sobre la naturaleza del mismo.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen mecanismos normativos que intentan regular el derecho de propiedad intelectual, en cuanto a la competencia desleal en marcas registradas; La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 335 menciona que, “el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos; además definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.

Sin perjuicio de lo expuesto, los derechos de propiedad intelectual en cuanto a las marcas registradas frente a la competencia desleal no se encuentran debidamente garantizados; Han sido excluidos en el ámbito penal de la ley por cuanto los distintos actos de competencia desleal no se encuentran tipificados como delito en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), y a pesar de existir sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 208, literal a; del mismo, no existe un procedimiento que permita determinar la responsabilidad penal de las personas naturales o jurídicas en cuanto a los actos de competencia desleal en marcas registradas; asimismo no establece pena privativa de libertad para quienes incidan en el cometimiento de dichos actos en su máxima expresión y generen daños irreversibles a los derechos de propiedad

intelectual de una persona natural o jurídica sobre su marca y por ende a la estabilidad del mercado.

1.3. Preguntas básicas:

¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

Aparece al existir una problemática en cuanto a la competencia desleal en el ámbito de marcas registradas en el Ecuador y este tema no está jurídicamente regulado en el entorno penal de la ley.

¿Por qué se origina?

Porque no existe la normativa procesal penal necesaria para el control y regulación de la competencia desleal en marcas registradas en Ecuador.

¿Qué lo origina?

La falta de normativa sancionadora en cuanto a la competencia desleal en marcas registradas.

¿Cuándo se origina?

Cuando ocurre un conflicto por el cometimiento de actos de competencia desleal en marcas registradas y no existe normativa suficiente para regular controlar y resolver los mismos.

1.4. Objetivos:

1.4.1. General

- Analizar la regulación y control penal de la competencia desleal en marcas registradas en Ecuador.

1.4.2. Específicos

- Identificar el marco jurídico penal vigente en Ecuador, con el cual se regula y controla la competencia desleal en marcas registradas.
- Diagnosticar la situación de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en la regulación y control de la competencia desleal en el ámbito de las marcas registradas en el país.
- Examinar el marco jurídico penal vigente en cada nación que regula y controla la competencia desleal en marcas registradas en países andinos
- Sintetizar criterios jurídicos con respecto al procedimiento del COIP que permitan ejercer un control efectivo de la competencia desleal en el campo de las marcas registradas en Ecuador.

1.5. Pregunta de Investigación:

¿Existe insuficiencia normativa en el ámbito procesal penal establecida en el COIP, provocando la falta de control y regulación adecuada en el tema de competencia desleal en marcas registradas?

1.6. Estado del arte:

En la presente investigación se desarrolla análisis referentes a diferentes tópicos relacionados con la competencia desleal en marcas registradas, tomando como base varios autores y artículos con mención en el tema y de esta manera determinar la importancia del tratamiento penal en cuanto a esta problemática. Así se puede mencionar que Montesdeoca (2014) en su indica que la valoración que se da al principio de competencia desleal en el Derecho Marcario que se deriva de las formas de ilicitud de concurrencia en el mercado, emanantes de terceros que atentan contra los derechos amparados o amparables por la ley, de quienes tienen en el mercado productos o servicios. El trabajo aborda al principio de competencia desleal en el derecho monetario, diferenciándose de la presente investigación brindando únicamente un punto de partida conceptual con respecto al tema.

Noboa (2012) en su tesina para la obtención del título de Abogada “La inducción a la confusión como acto de competencia desleal y práctica comercial engañosa” indica que la Constitución del Ecuador en su artículo 335 establece que entre los deberes del Estado se encuentra el regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas y sancionar las prácticas de competencia desleal. El trabajo aborda al principio de La inducción a la confusión como acto de competencia desleal y práctica comercial engañosa, diferenciándose de la presente investigación pues únicamente brinda información conceptual del tema en uno de sus aspectos más importantes.

Andrade (2011) en su artículo “La acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial” señala que es importante realizar un estudio práctico y útil del principal mecanismo de protección de los derechos de propiedad industrial, ello es,

la denominada acción por infracción de derechos de propiedad industrial regulada en la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. El trabajo aborda la acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial, diferenciándose de la presente investigación puesto que da una idea del procedimiento penal a realizar y en esta se pretende desarrollarlo de manera puntual.

Rocha (2005) en su tesina “La necesidad de implementar principios de protección al consumidor en la Comunidad Andina” menciona que es necesario un proceso de armonización de normas especiales referentes a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en los Países miembros de la Comunidad Andina y tiene como fin último convertirse en una guía para la elaboración de una norma comunitaria de protección de los derechos de los consumidores y usuarios del acuerdo sub-regional andino. El trabajo aborda la necesidad de implementar principios de protección al consumidor en la Comunidad Andina, y contribuye con la presente investigación pues es uno de los puntos de partida del desarrollo de la misma.

Baeza&Saltos (2012) en su tesis “Tipificación de infracciones penales en materia de propiedad intelectual” señalan la tipificación penal de las conductas inobservantes de los delitos de propiedad intelectual, apoyando su estudio en el derecho comparado y en el desarrollo que la normativa ecuatoriana ha experimentado en la materia. El trabajo aborda la tipificación de infracciones penales en materia de propiedad intelectual, contribuyendo con la presente investigación puesto que es necesario tipificar los delitos de competencia desleal para desarrollar las sanciones correspondientes.

Ortiz (2015) en su tesis pretende analizar los procesos judiciales y administrativos que se utilizan en otras legislaciones para conocer y resolver los actos de competencia

desleal que afectan exclusivamente al interés particular y no se encuentran relacionados con derechos de propiedad intelectual, y como aplicarlo en el Ecuador para que este tipo de actos puedan ser resueltos de una manera efectiva. El trabajo aborda los procesos judiciales y administrativos que se utilizan en otras legislaciones para conocer y resolver los actos de competencia desleal, diferenciándose de la presente investigación pues se topa el ámbito penal de la misma.

Abad (2012) señala que la competencia desleal, en el Ecuador, es un área en la cual antes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se encontraba regulada de manera muy básica en la Ley de Propiedad Intelectual. Cuando se presentaban casos de actos de competencia desleal, en el área de Propiedad Industrial o en general, se tenía que remitir directamente a la Doctrina para poder entender a los actos que constituyen competencia desleal, entre ellos los actos de confusión y de imitación. El trabajo aborda la insuficiencia normativa con respecto a la propiedad intelectual, diferenciándose de la presente investigación pues se estudia la insuficiencia en el ámbito penal de la competencia desleal en marcas registradas como parte de la propiedad intelectual.

Sevilla (2011) en cuanto a la Competencia desleal está enfocado en las distintas maneras en que la competencia desleal se manifiesta en la Propiedad Intelectual, y la forma en que las leyes ecuatorianas protegen tanto a los competidores como al público consumidor de posibles actos desleales. El primer capítulo contiene una breve introducción, el concepto general de lo que significa la competencia y sus tipos. El trabajo aborda la protección legal de la propiedad intelectual en Ecuador, diferenciándose de la presente investigación dado que se busca proteger al mercado y

al cliente en el ámbito de la competencia desleal en marcas registradas en el aspecto penal.

Cepeda (2012) señala que dentro del mercado farmacéutico se encuentran productos nuevos que para su comercialización ha sido necesario presentar datos de prueba a la autoridad competente, pues pueden existir terceras personas que deseen apoderarse de la información recopilada sin la autorización del titular, para la creación de otro producto de menor precio, de menor y mayor calidad, llegando de esta manera a constituir competencia desleal. El trabajo aborda la competencia desleal en el ámbito farmacéutico, diferenciándose de la presente investigación pues es únicamente un ejemplo de los tipos de competencia existentes.

Riqueti (2016) menciona la funcionalidad que tiene la regulación otorgada a la Competencia Desleal a través de la ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado en relación a la tutela de los intereses y derechos que ostentan los agentes económicos en un mercado configurado bajo el Modelo Económico Social y Solidario. El trabajo aborda la tutela de los intereses de los agentes del mercado en cuanto a la competencia desleal, contribuyendo con la presente investigación para el desarrollo de la misma tutela en el aspecto penal.

López (2012) indica que La ausencia de una norma que aplique el derecho de competencia en el país, llevó al Estado ecuatoriano a satisfacer la necesidad de regular las prácticas contrarias al normal desenvolvimiento del mercado mediante la creación de una ley; es así como el 13 de octubre del 2011 se publica en el Suplemento del Registro Oficial 555 la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Alarcón (2014) señala que la publicidad comercial se encuentra regulada a través de tres normas de carácter orgánico, que son: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, la Ley Orgánica de Comunicación. En la actualidad, la publicidad comercial se considera como una actividad económica; se ha convertido en una herramienta eficiente e idónea para los agentes económicos, a fin de que puedan transmitir la información a los consumidores y éstos puedan conocer y adquirir los bienes y servicios que se promocionan dentro del mercado concurrente. El trabajo aborda las leyes que regulan la competencia desleal, aporta con la presente investigación con pautas y conceptos para el desarrollo del tema.

Malo (2010) menciona que las marcas podrán ser registradas o no, algunas de ellas no podrán ser registradas cuando estas sean iguales o similares, o que por su tipo de denominación no sean susceptibles de registro de acuerdo con lo establecido en la legislación ecuatoriana y las normas internacionales. El trabajo aborda conceptualmente a las marcas registradas, contribuyendo con definiciones para el desarrollo de la presente investigación.

López (2013) indica que los derechos de propiedad intelectual tanto a nivel nacional como internacional deben ser debidamente protegidos por el Estado y por los tratados internacionales vigentes, son derechos conducentes al desarrollo de la sociedad gracias a los aportes inventivos provenientes del ingenio y el intelecto humano. El trabajo aborda la protección de los derechos de propiedad intelectual, aportando a la presente investigación con definiciones sobre la importancia de que el Estado brinde dicha protección y la efectivice.

Camino (2008) señala que el Derecho de Competencia de Mercado en el Ecuador pretende hacer un breve análisis sobre la normativa jurídica que existe a nivel nacional y comunitario sobre libre competencia, además de establecer la importancia de contar con una ley nacional especializada en materia de defensa de la competencia, que proteja a los competidores y a los consumidores, y sancione las prácticas o conductas que alteren, lesionen o contravengan la competencia leal, transparente y libre. El trabajo aborda el Derecho de Competencia de Mercado en el Ecuador, contribuyendo con la presente investigación con conceptos básicos sobre la libre competencia del mercado.

Fernández (2008) menciona que en la actualidad la publicidad se ha convertido en la herramienta principal de los empresarios para promocionar sus productos o servicios. La publicidad comparativa se presenta cuando en el anuncio publicitario difundido existe una comparación, que tiene como objeto el contraponer los productos o servicios ofertados por el anunciante frente a los ofrecidos por la competencia. El trabajo aborda la publicidad comparativa, aportando con la investigación con definiciones sobre una de las clases de competencia desleal.

Valladares (2016) indica que en el Ecuador el derecho de marcas está contemplado en la normativa nacional vigente, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), acuerdos, tratados y convenios internacionales. La publicidad sólo hasta la publicación de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC), toma importancia para los legisladores de nuestro país, incluyéndola dentro de la normativa legal. El trabajo aborda el tratamiento del derecho marcario en la legislación ecuatoriana, aportando con la presente investigación con información que permita desarrollar criterios sobre el tema.

Abalco (2016) señala que con la finalidad de captar la atención de los clientes, de mejorar las ventas de productos y servicios, los operadores económicos (denominados así por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado) sean personas naturales o jurídicas, recurren a varias estrategias para la comercialización de sus bienes y/o servicios, estrategias que no siempre guardan una ética de honestidad y competencia justa. El trabajo aborda las estrategias que no siempre guardan una ética de honestidad y competencia justa, aportando con la presente investigación conceptos sobre la competencia desleal por publicidad engañosa.

Noboa (2012) menciona que el mercado es un medio donde los competidores empeñan todo su potencial para vender sus productos y servicios, valiéndose para ello de estrategias como; publicidad, ofertas, beneficios, protección jurídica de las características que sirven para identificar sus productos y servicios. El trabajo aborda la publicidad en el mercado, aportando con la presente investigación pues esta incide directamente en las prácticas de competencia desleal, brindando conceptos que permitan establecer criterios con respecto del tema.

Guerrero (2011) indica que el Derecho de Competencia en el Ecuador y las implicaciones jurídicas que tiene en la sociedad la implantación constitucional de la economía solidaria, en lugar de una economía social de mercado. El trabajo aborda el Derecho de Competencia en el Ecuador desde un punto de vista constitucional, diferenciándose de la presente investigación pues se tratara el tema de la competencia desleal en marcas registradas y se lo hará desde un aspecto puramente penal.

1.7. Variables

1.7.1. Variable Independiente.

Regulación y control penal de la Competencia desleal

1.7.2. Variable Dependiente

Marcas registradas en el Ecuador

1.8. Fundamentos Teóricos

Variable Independiente

1.8.1. Competencia desleal

1.8.1.1. Conceptualización

Al hablar de competencia desleal, es necesario puntualizar previamente a la competencia como tal, es así que Ferraz (1996) la define como, “la capacidad de la empresa para formular e implantar estrategias competitivas que le permitan ampliar o conservar de forma duradera una posición en el mercado” (p.3). La competitividad nace como una característica de desenvolvimiento en el mercado, que genera la necesidad de los competidores de mejorar los productos, bienes y servicios que ofertan, además permite mantener un equilibrio en la dinámica económica, dándole al consumidor la oportunidad de elegir entre los diversos oferentes de un mismo producto.

Cuando esta competencia es bien utilizada, surge lo que se conoce como competencia perfecta, que según Vázquez (2013) supone, “la inexistencia de preponderancia por

empresa alguna en el mercado, hasta la existencia de una competencia suficiente” (p. 22). Esta se da cuando no existe ningún competidor que tenga la capacidad de manipular el mercado y alterar los precios de determinados bienes y servicios, por el contrario todos los productores aceptan los precios establecidos por el mercado y los mantienen, esto también es una garantía para los consumidores, quienes tienen la seguridad de adquirir productos de igual calidad al mismo precio, sin importar de quien los adquieran.

Sin duda, la idea de una competencia perfecta es interesante y su aplicación sería ideal para todos los mercados, sin embargo, la realidad es diferente pues los competidores en su afán de superarse unos a otros y obtener un poder mayor en el mercado, para poder manipularlo, incurren en actos de competencia desleal, poniendo en riesgo el equilibrio mercantil.

En este punto, es preciso abarcar el fenómeno de la competencia desleal, que de acuerdo con el Convenio de París (1883), en su artículo 10, numeral 2, “constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Esto concuerda con lo establecido por la Decisión Andina 486, en su artículo 258 que escribe, “se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”. Es la ejecución de los actos de mala fe que, los empresarios cometen en contra de sus competidores con el fin de tomar ventaja en el mercado, destruyendo así la idea de una competencia perfecta.

Al respecto, Mouchet & Zorraquin (1959) señalan que “competencia desleal es el conjunto de prácticas contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres, la corrección profesional, la buena fe, y los usos honestos, utilizadas con fines de competencia

económica y capaz de causar perjuicio al competidor”. (p. 28 y 29). Esta concepción sin duda alguna, complementa las establecidas por el Convenio de Paris y la Decisión Andina 486, y atribuye a la comisión de actos de competencia desleal características negativas, que no deberían existir para el adecuado funcionamiento del mercado.

Por otro lado la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LRCPM) (2011), en su artículo 25, establece que:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (p.13).

En este sentido, se determina la existencia de los actos de competencia desleal, como completamente contrarios a los que están permitidos en el ejercicio de la competencia, dentro del mercado. En apoyo a esta idea Virgós (1991) señala que, “son actos de competencia desleal aquellos que resultan objetivamente contrarios a la “buena fe” entendida como racionalidad del mercado”. (p.21).

Es importante señalar que los actos de competencia no son malos, por el contrario son los que mueven al mercado, siempre que se mantengan dentro de los límites de la racionalidad. Sin embargo, caen en lo negativo cuando se convierten en contrarios a lo contemplado en el ordenamiento jurídico que regula las relaciones mercantiles.

Ulmer (1995) menciona que “el derecho de la competencia desleal está caracterizado por los límites puestos a la iniciativa económica mediante la prohibición de ejercitar la libertad de competencia en modo abusivo y contrario a los usos honestos”. (p.41).

Se prohíbe el ejercicio abusivo de dichos derechos, mas no se limita el ejercicio de la libre competencia, que es inherente a todos los entes competidores del mercado. Tal es así que Saint-Gal (1962) denomina competencia desleal:

Las conductas realizadas fuera del marco de la competencia con el nombre de accionar parasitario y las conceptualiza como los actos de un comerciante o un industrial que, sin la intención de dañar, obtiene o trata de obtener provecho del prestigio adquirido legítimamente por un tercero, y sin que haya normalmente riesgo de confusión entre los productos y los establecimientos, con el fin de sacar provecho de esto. (p. X-A 3).

Pues, como previamente se mencionó, la competencia es completamente aceptable y lícita en el mercado, el problema surge cuando se hace mal uso del derecho de competir, y se realiza actos tales como el aprovechamiento de terceros, otros competidores, para conseguir un lugar importante en el mercado. En este mismo sentido, Corroza (1978) apunta:

En general actuar deslealmente en la competencia es desarrollar la actividad concurrencial de un modo contrario a lo que la conciencia social acostumbra a admitir, dentro de una especie de moral comercial, ya se comprende que ese juicio condenatorio varia, de acuerdo con las concepciones y las circunstancias económico-sociales de cada momento. (p. 313-314).

De lo anterior, es importante comprender que los actos de competencia desleal, pueden variar de acuerdo al momento histórico que vive una sociedad, pues al igual que todos los aspectos jurídicos, debe cambiar y modificarse de acuerdo a la realidad y a las necesidades económicas, sociales y culturales que surgen con el paso del tiempo. Por

ejemplo, lo que fue deshonesto hace 10 años, de pronto es completamente aceptable en la actualidad.

Es por esto que, se intenta definir muy bien lo que en este momento se configura efectivamente como actos de competencia desleal, en este aspecto cabe señalar, de acuerdo con Krassser (1972) que:

Para que un acto de competencia tenga carácter desleal, no es suficiente que conduzca o pueda conducir a un desvío de clientela, así como se trata de saber si ese acto ataca a un derecho subjetivo del competidor o infringe una norma de Derecho escrito. (p.25).

Pues actualmente, la sociedad se encuentra estrictamente regulada por un ordenamiento jurídico, que abarca el ámbito mercantil, y es necesario comprender que es más fácil determinar dichos actos de competencia desleal, basando el estudio en lo que establece la ley, pues socialmente se puede considerar una serie de actos como desleales y deshonestos, sin embargo estos no necesariamente lo son, mientras no estén prescritos en las leyes, y ahí radica la importancia de tipificar estos actos, tratando de abracarlos en sus totalidad, en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Para realizar esta tipificación, es también útil encontrar un punto central que tengan en común estos actos, del cual partir para desarrollar posteriormente la legislación correspondiente, es así que Kohler & Piper (1876) menciona al respecto:

El elemento central de la figura general de competencia desleal es el de las buenas costumbres, además que el contenido del concepto de buenas costumbres, en el contexto del Derecho de la competencia desleal, viene precisado por la tarea de la jurisprudencia y la doctrina. (p. 239 y 240).

Determinar este punto de conexión, que es la figura de las buenas costumbres, permitirá entender a los que se encuentren dentro de este marco como lícitos y correctos y, por otro lado, reconocer los que sean contrarios a las mismas. También hay que señalar que muchas de las veces, estos actos no se cometen necesariamente con la intención de faltar a estas costumbres, pero se pueden dar cuando se ignora este concepto inicial de buenas costumbres y lo que estas acarrearán, en relación a lo mencionado, Ulmer (1968) escribe, “el ilícito puede ser cometido no solamente de mala fe, sino también de buena fe: viola las normas en materia de competencia aun quien, ignorando la existencia de un signo distintivo ajeno, utiliza una denominación idónea para producir confusión”. (p.41).

Este tipo de errores ocurren en la realidad, y se dan por el desconocimiento de las normas y cuando aun conociendo la norma, se considera que no se la está quebrantando como en el ejemplo anterior, al igual que en otros casos como el que cita Krasser (1972) cuando dice que, “el hecho que dos empresas pertenezcan a escalones diferentes del circuito económico no excluye una competencia desleal de uno contra el otro”. (p.53). Puede suceder que un microempresario, fabricante de camisetas utilice el signo distintivo de una empresa conocida como NIKE, y lo estampe en sus camisetas, el consideraría que no está incurriendo en un acto desleal, pues no afecta en nada a la marca principal, sin embargo esta es una acepción errónea, pues el hecho de copiar el signo y reproducirlo ya se configura como competencia desleal.

Entender al fenómeno de la competencia desleal es interesante y complejo, sin embargo es necesario hacerlo, para así poder controlarlo y regularlo adecuadamente, en síntesis se lo puede definir según Menéndez (1988) como, “la enfermedad de la deslealtad” (p. 12). Enfermedad que debe ser curada entre los empresarios

competidores, para beneficio tanto de los mismos, del mercado y de los competidores. Para hacerlo hay que empezar por discernir cuales son los actos reconocidos como desleales, de acuerdo a la doctrina y normativa.

1.8.1.2. Actos de competencia desleal

Para Albán (2013), describir a los actos de competencia desleal como actos contra los comerciantes honestos, de buena fe, no establece normas bien definidas y universalmente aceptadas, pues el significado de estos términos es bastante incierto. Según se describe estos son subjetivos, y es complicado determinar cuáles efectivamente están jurídicamente tipificados como desleales y cuáles no, para esto cabe mencionar que existe una amplia gama de actos que ya constituyen competencia desleal y serán descritos a continuación.

De acuerdo a la teoría, Hefermehl (1995) la competencia desleal se clasifica en cinco apartados:

“Kundenfang o captación desleal de la clientela;

Behinderung u obstaculización desleal de los competidores;

Ausbeutung o explotación desleal de los esfuerzos ajenos;

Rechtsbruch o creación de una ventaja competitiva por infracción del orden jurídico y

Marktstörung o perturbación del mercado”. (p.87).

Estos mismos actos se encuentran establecidos y desarrollados de mejor manera por los Instrumentos Internacionales relacionados con los derechos de propiedad intelectual. Es así que el Convenio de Paris (1883) (artículo 10, numeral 3), de concordancia con la Decisión Andina 486 (artículo 259) determina que:

Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

- a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
- c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Esta clasificación señala los principales actos de competencia desleal y se relacionan con la establecida por Hefermehl, sin embargo es demasiado general. Adicionalmente existe una clasificación completa que se encuentra prescrita en la LRCPM (2011), en su artículo 27 que escribe “Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1.8.1.2.1. Actos de confusión

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27, “Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos”. Es un método competitivo que se utiliza comúnmente en el mercado, con el fin de ampliar la gama de clientes que adquieran los productos que estos ofertan.

A propósito de esto Roubier (1954) menciona que

La confusión se da cuando se realizan actos que hacen creer al consumidor que el producto que va a comprar, es de un competidor, ejecutando actos como usar una marca confundible con la de un competidor o imitar su producto (...) existe a mi juicio competencia desleal toda vez que alguien intenta confundir al público respecto de las características del producto de su competidor, actuando sobre el producto del competidor. (p.87 y 88).

Un ejemplo claro de esto se daría cuando una empresa dedicada a la producción de zapatos deportivos, utiliza como marca el nombre de MIKE, que puede ser fácilmente confundido con NIKE, y hacer pensar al consumidor que es el mismo producto y que posee la misma calidad.

1.8.1.2.2. Actos de engaño

Según la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27:

Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Este acto se genera cuando el competidor que busca ventaja en el mercado, utiliza estrategias engañosas para comercializar el producto, bien o servicio que oferta. En este sentido, Roubier (1954) establece que “la existencia de engaño es una cuestión de hecho. Si lo que se dice no está reflejado en la realidad, hay falsedad y, por tanto, lugar a engaño” (p.90). Se puede determinar engaño cuando una empresa hace afirmaciones exageradas sobre las características positivas de los productos o servicios que venden, y en la realidad esto no existe, y esto resulta perjudicial sobre todo para el consumidor.

Una de las formas de engaño según McManis (1993) se da con “los intentos de un comerciante por hacer pasar bienes inferiores como aquellos de otro comerciante prestigioso mediante el uso engañoso de las marcas de éste”. (p.89). Para entender de mejor manera esto, un ejemplo se daría en el caso de que un empresario utilice la publicidad a su favor para lanzar un producto similar al de otro competidor, pero que no cuenta con el mismo reconocimiento ni garantía de calidad y resalta una similitud exagerada entre uno y otro, a sabiendas de que su producto no es igual al del competidor y que posee una calidad inferior.

1.8.1.2.3. Actos de Imitación

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27, particularmente, se considerarán prácticas desleales:

- a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
- b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores

respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

Se da cuando el competidor busca como estrategia competitiva imitar a otro competidor, ya sea en su producto o servicio como tales, imitarlo en las estrategias que utiliza para describir e identificar su producto o imitar sus estrategias de comercio, obstaculizando el mismo para el competidor. En relación a esto Roubier (1952) señala que “cuando se reproduce la publicidad que otro realiza estamos frente a una violación de un derecho de propiedad intelectual, cuando se utiliza frases o signos de cualquier tipo que son asociados por el público con un producto o servicio determinado”. (p.92).

La imitación puede darse desde un signo que identifica a un determinado producto, como lo es la marca, hasta la imitación publicitaria, por ejemplo, si un empresario utiliza un slogan idéntico al de otro competidor, con el fin de que su producto esté relacionado con el otro competidor y esto le atribuya una mayor aceptación en el mercado.

1.8.1.2.4. Actos de denigración

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27:

Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones,

el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Estas aseveraciones serán consideradas para este tipo de competencia desleal cuando utilicen o difundan información inexistente con el fin de desacreditar al competidor en el mercado, cuando se haga uso de información sobre la vida personal del empresario con el mismo fin de menoscabar el producto que este oferta, o cuando se intente ridiculizar al empresario y a su producto para sacarlos del mercado. Es así que Roubier (1952) señala que:

La denigración, se da cuando hay quienes, para vender sus productos o servicios recurren a la denigración del competidor o de sus productos o servicios. Todo aquello que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que éste hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y por tanto, de competencia desleal.

La idea es causar un desdén por parte del consumidor hacia el producto que se ataca, y conseguir que el consumidor que ya desconfía de la calidad, origen o características del producto en cuestión, deposite esa confianza en la empresa y en el producto del competidor, esto lo establece también Cuenca de Pons (1931) diciendo que la divulgación pública por un medio eficaz de difusión, como son las transmisiones de radio, atribuyendo calidades nocivas a ciertos productos, y anunciando al mismo tiempo la excelencia de productos similares, con indicación de su marca y lugar de fabricación y expendio, constituye un acto típico de competencia desleal. El mejor ejemplo de este tipo de competencia desleal, es el caso de la publicidad de detergentes, pues las diferentes empresas lanzan spots publicitarios con esta característica de

enaltecer a su marca y denigrar a las demás, como es el caso OMO versus otros detergentes.

1.8.1.2.5. Actos de comparación

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27, “Se considera desleal la comparación de la actividad, prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables”.

Cuando existe actividad comparativa por parte de un competidor, se habla de la existencia de dos productos que están enfrentados directamente entre sí, que se consideran al mismo nivel el uno del otro y tienen la necesidad de superar al otro concisamente a través de la comparación explícita. Roubier (1952) en este sentido señala que:

Si hay una práctica del comercio que ha despertado posiciones encontradas y ha hecho correr ríos de tinta es la publicidad comparativa. Es la publicidad en la que un competidor nombra a uno o más competidores o a sus marcas y hace una comparación, entre la actividad, producto o servicio propio y los de su o sus competidores. (p.93).

Las prácticas competitivas basadas en la comparación son, por así decirlo las más agresivas del mercado, esto se debe a que son directas entre dos productos completamente determinados, que de alguna manera se atacan mutuamente. Esto genera una reacción frente al competidor, mas no causa el mismo efecto en el consumidor, pues no le permite ver objetivamente cual es el mejor producto, ya que se

ponen al mismo nivel, y continúan compitiendo pero siempre van a mostrarse el uno mejor que el otro, es por esto que Mathely (1989) dice que:

Puede ponerse en duda que la publicidad comparativa sea en el interés de los consumidores” ya que “la publicidad, mismo la comparativa, es siempre parcial y no puede ser más que parcial ya que emana de quien la formula en su propio interés. (p.23).

Esta actividad competitiva, podría decirse que se limita a la pugna entre empresas, pues sus efectos no son tan efectivos sobre los consumidores. El mejor ejemplo de este tipo de competencia desleal, es el caso Coca Cola versus Pepsi, pues las dos empresas lanzan spots publicitarios comparando a ambos productos, evidentemente cada empresa pone como ganador al suyo.

1.8.1.2.6. Explotación de la reputación ajena

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27:

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Estos actos se dan cuando un competidor utiliza la reputación de otro, que tiene ya cierto reconocimiento comercial, para mejorar su situación en el mercado y aumentar sus ventas.

La manera en que los empresarios desleales realizan estos actos puede llegar a ser incluso denigrante para su propio producto, pues al momento de utilizar a otro producto para relacionarlo, se entiende que se oferta no es tan bueno y por eso necesita ser relacionado con otro, y se puede dudar de la calidad del mismo, aunque si el precio

del producto del competidor desleal tiene un costo más bajo y presume de ser similar a otro, esto sí podría beneficiarlo. Por ejemplo como indica Roubier (1952), “Hay quienes para vender más su producto, afirman en su publicidad que es igual o parecido a otro de un competidor. Utilizan generalmente la palabra “tipo” seguida de la marca del competidor para indicar que ambos productos son iguales”. (p.87). Al utilizar esta palabra para crear la idea de similitud con otro producto que está bien posicionado, podría conseguir su objetivo de relacionarlo y venderlo, o podría resultar en un efecto totalmente contrario.

1.8.1.2.7. Violación de secretos empresariales

La Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27, señala que “se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero”.

Para que un acto sea considerado como violación de secretos empresariales debe cumplir ciertas características, dentro de las cuales se encuentra que la información sea secreta, es decir que no sea de fácil acceso aun para quienes trabajan en base a ella, que dicha información represente un valor comercial para el empresario y que este valor dependa de no revelar el secreto, y que exista un sustento legal que la clasifique efectivamente como secreta.

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27 se considera desleal, en particular:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo.

b) La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular, de:

1) el espionaje industrial o comercial;

2) el incumplimiento de una obligación contractual o legal;

3) el abuso de confianza;

4) la inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y,

5) la adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4).

Roubier (1954) señala que “una de las formas clásicas de competir es utilizando información que ha sido robada a un competidor”. Los competidores que no desarrollan un plus en la fabricación de sus productos y son deshonestos incurren en el robo de información “secretos empresariales”, a través de los actos establecidos en el párrafo anterior por el artículo 27 de la LRCPM, para mejorar la calidad de su marca y obtener réditos económicos más altos.

1.8.1.2.8. Inducción a la infracción contractual

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27:

Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. (...) Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

Cuando un competidor en su afán de superar a otro, le causa perjuicios en cuanto al desempeño de sus actividades comerciales a través de la inducción a la infracción contractual de alguno o varios de sus colaboradores, incurre en un acto desleal, y esto genera consecuencias a pesar de que no necesariamente se incite a infringir el contrato con el fin de posteriormente obtener sus servicios, sino únicamente para generar conflictos al competidor.

1.8.1.2.9. Violación de normas

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27:

Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

Esta práctica desleal, podría ser la más común en el mercado, pues como ya se mencionó consiste en el incumplimiento de las leyes y normas que regulan el comportamiento de los competidores, a fin de beneficiarse de estas evasiones legales.

1.8.1.2.10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores

De acuerdo a la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011), en su artículo 27, se consideran prácticas desleales, entre otras:

- a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.
- b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.
- c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos.
- d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.
- e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.

Esta forma de competencia desleal también es muy común, y muchas veces se está desarrollando ante los ojos del mercado, sin embargo tiene efectos tan difusos que es complicado determinar exactamente a quien está afectando. Por otro lado también

tiene efectos específicos sobre ciertos consumidores con quienes existen relaciones contractuales y otros entes del mercado.

Determinados los actos de competencia desleal, sus consecuencias y efectos sobre el mercado, los competidores, y los consumidores es imposible no señalar la importancia de regularlos y controlarlos penalmente, pues hacerlo así brinda una protección que los instrumentos civiles y administrativos no pueden, esto es necesario, pues los actos de competencia desleal se constituyen como infracciones que vulneran una serie de derechos en varios aspectos.

1.8.2. Regulación y control penal

La competencia desleal, en todas sus formas debe ser regulada y controlada por la normativa, en relación a lo dicho Albán (2013) señala que, “es necesario contar con una legislación contra la competencia desleal, para complementar las leyes relativas a la Propiedad Intelectual, o para brindar un tipo de protección que estas no pueden ofrecer”. (p.87).

La sociedad es más susceptible a las leyes penales por encima de las civiles o administrativas, pues estas con de cierta manera coercitivas y obligan a los individuos a obedecerlas por el temor a la sanción que estas acarrear.

Es por esto que obedeciendo al criterio de Vaello (2006) sobre el ius pudiendi como el derecho que tiene el Estado a establecer normas penales y a aplicarlas. Se establece la prerrogativa de este de generar estas normas y sus respectivas sanciones, sin perjuicio de las que ya existen, pero dejan un enorme vacío jurídico que da paso a la impunidad de los actos desleales. Para comprender de mejor manera, en principio es necesario definir los elementos penales que deben ser tomando en cuenta para establecer a la

competencia desleal en todas sus formas como un sujeto de protección penal. Y estos serán descritos a continuación.

1.8.2.1. Delito

Etimológicamente viene del verbo en latín delinquere, que expresa abandonar la ley. Es todo acto contrario a lo que la ley manda. Carrara (2013) lo define como “la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. (p.36). En este sentido la competencia desleal podría constituir una infracción a la ley y debería ser susceptible de imputación.

Por otro lado Meini (2005) define al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable (...) también se le puede dar la característica de ser punible. Para comprender esta figura más adelante se estudiará puntualmente cada uno de los elementos que Meini le adjudica al delito. Para esto el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 18, define a la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. Consiguientemente se divide a la infracción en contravención y delito, este último de acuerdo al mismo Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 19, numeral 2, “es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”. Lo que lo caracteriza es que se lo considera más grave y por tanto la sanción que prevé también lo es.

Los elementos que conforman el delito son tres, pero algunos autores han llegado a atribuirle uno más, estos serán descritos a continuación.

1.8.2.2. Típico

En la doctrina penal, por típico se entiende a lo que está establecido y prescrito en la ley. Para esto Meini (2005) señala que “el comportamiento que se analiza ha sido previsto por el legislador en la ley como delito antes de su comisión, dando cumplimiento al principio de tipicidad”. (p.76). este principio se cumple simplemente con la existencia de una norma jurídica que prevea el delito previo a su cometimiento.

Así también lo define el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 25, que con respecto de la tipicidad señala que “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”. Las conductas penalmente relevantes son los delitos que van a ser susceptibles de imputación y posterior sanción, para esto deben constituirse como comportamientos antijurídicos.

Algunos actos de competencia desleal, están establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 208 A, por cuanto se ha considerado importante tipificarlos como delito, incluso se lo hizo a través de una última reforma al nuevo código, pues se omitió completamente en la primera edición, dejando un enorme vacío legal respecto al tema, y si bien es cierto que la reforma lo hizo más pequeño no lo ha llenado por completo y ese es el reto.

1.8.2.3. Antijurídico

El otro elemento fundamental del delito es la antijuricidad, que tiene relación con aquello que vulnera el ordenamiento jurídico en su totalidad, es así que Meini (2005) confirma que la conducta típica, además de vulnerar la norma penal del concreto delito, se opone al ordenamiento jurídico en su integridad. Esta oposición genera una

connotación negativa de la acción que se realiza, pues está en contra de lo manifestado por el ordenamiento que regula el comportamiento de la sociedad.

Complementando esta idea el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 29, establece que “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”. Un bien jurídico es una realidad material o inmaterial protegida por el derecho a través de normas jurídicas, por ejemplo la vida, la libertad, el patrimonio, etc. Cuando uno de estos es quebrantado, sin justificación, se habla de un comportamiento antijurídico.

Los actos de competencia desleal vulneran no solo lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, sino también lo prescrito en varios cuerpos legales, tales como la LRCPM, el Código INGENIOS, y otras normas incluso de carácter internacional.

1.8.2.4. Culpable

La característica culpable es el último elemento considerado por muchos autores en la configuración del delito, así como también por la normativa, por esto el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 27, señala que “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso”. Esta característica es por tanto atribuible al individuo que, estando en posición de evitar un daño a otro no lo hace, ya sea por acción u omisión.

Siguiendo a Meini (2005), se infiere que la culpabilidad versa sobre la atribución del comportamiento típico y antijurídico al sujeto, que debe ostentar ciertas características personales que permitan considerar a lo injusto como obra suya. Es un elemento

importante en el sentido de que de este depende determinar la imputabilidad o no de una persona con respecto de un delito. Los aspectos que rigen esta determinación se encuentran establecidos en el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 34 que apunta, “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Limitando la responsabilidad penal del delito a quienes tienen capacidad y conocimiento de la acción cometida, para que esta pueda ser punible.

1.8.2.5. Punibilidad

Este es un elemento del delito, reconocido por algunos autores, pues consideran que un delito debe ser punible por tanto esta característica si formaría parte de su configuración, al respecto Meini (2005) discute el sí y el quantum de la pena, señalando que por lo general todo delito cometido conduce a la sanción de su responsable. Tratando así de corregirlo y de evitar una reproducción del mismo.

1.8.2.6. Sanción

La sanción se relaciona directamente con la pena, esta nace etimológicamente del griego poine que significa dolor o sufrimiento, y, si bien este era el fin de la pena en la antigüedad, este concepto ha cambiado completamente pues en la actualidad la imposición de una pena tiene como objeto la rehabilitación social del imputado y su posterior reinserción a la sociedad, precautelando el cuidado de los derechos humanos y su eficiente aplicación.

Sin embargo, a pesar de la evolución del derecho la pena siempre será considerada como un mal, que se ha convertido en necesario, es así que Carrara (2013) sobre la pena escribe que, “es un mal que de conformidad con la ley, el estado impone a quienes

con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito”. (p. 62). La importancia de sancionar los comportamientos delictivos radica en el fin mismo de la sanción, de menguar su cometimiento y de ser posible erradicarlo.

En cuanto a lo anterior, los actos de competencia desleal, al estar tipificados como delito en el Código Orgánico Integral Penal requieren de la adecuada imposición de sanciones y penas, al respecto Monsalve (2012) señala que “la política criminal en esta área debería prevenir la opresión económica mediante la mantención de la competencia”. (p. 89). Disminuyendo el cometimiento de estos actos y precautelando el bien jurídico protegido que es el derecho de competencia, tanto para los competidores como para los consumidores.

1.8.2.6.1. Principios de la pena

1.8.2.6.1.1. Principio de necesidad

Este principio está basado en máxima de recurrir a la aplicación de una pena únicamente en los casos en que sea completamente necesario, para esto Rodríguez & Román (1997) señala que “es la finalidad que indica que solo se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en caso que sea indispensable”. (p. 98). Para poder establecer una determinada pena es menester que existan elementos suficientes que impliquen aplicarla.

1.8.2.6.1.2. Principio de personalidad

Hace referencia a intransmisibilidad de la pena, es decir, que quien haya incurrido en el cometimiento del delito será quien deberá sufrir la pena, en este caso Rodríguez & Román (1997) menciona que “solamente el culpable de la infracción puede ejecutarse,

la pena no puede ser trascendente”. (p. 98). Este principio existe con la finalidad de que se responsabilice únicamente al imputado y este no pueda transmitir su penalización a un tercero, pues en ese caso no se cumpliría el fin de la pena.

1.8.2.6.1.3. Principio de individualización

Cuando el juzgador emite una sentencia que establece una pena, es importante que al momento de su ejecución esta se haga de manera individual, pues cada individuo posee características únicas que los diferencian entre sí, y este comportamiento debe variar la forma en que se aplica la pena, en este sentido Rodríguez & Román (1997) señalan que “no puede ejecutarse a todos por igual, aunque dos sentencias sean iguales en el momento de la ejecución debe tomarse en cuenta peculiaridades individuales del reo”. (p. 98). Este principio está respaldado por las declaraciones de derechos humanos, pues es el que garantiza la existencia de condiciones adecuadas para cada persona mientras dure la ejecución de su pena, y es muy importante especialmente desde el punto de vista de que son personas vulnerables, que se encuentran en situación de desventaja.

1.8.2.6.1.4. Principio de particularidad

Siempre que exista una pena a ser cumplida, debe ser hacia un determinado sujeto, ya que esta no podrá imponerse para un colectivo a pesar de existir responsabilidad penal conjunta, pues debe ser impuesta y ejecutada particularmente, es así que Rodríguez & Román (1997) señalan que “se sanciona a un sujeto particular o determinado” (p.99). Esto se utiliza para que no exista confusión alguna en cuanto al sujeto de la pena.

1.8.2.6.2. Importancia de la pena

Tras entender los principios básicos de la pena, es necesario hacer énfasis en la importancia de la existencia de la misma, y esto se puede referenciar desde el origen de la pena, entendida como un mecanismo para regular el comportamiento de la sociedad a través de la coerción, enseñándole a los individuos que al incumplir alguna de las normas del pacto de convivencia social, se verán obligados a enfrentar una sanción por lo mismo, es así que Sacoto (2013) citando a Beccaria dice que “si se deja ver a los hombres que el crimen puede perdonarse y que el castigo no es su consecuencia necesaria, se alimenta en ellos la esperanza de la impunidad”. (p.45). Esto es lo que se quiere evitar, mediante la imposición de penas, que exista un conocimiento implícito de la ley teoría de la causa- consecuencia, así el individuo duda antes de cometer un delito al saber que tendrá que hacer frente a su consecuencia, y se regula el tema de la impunidad que es tan importante, pues está siempre va de la mano con la ausencia de justicia, y esta es el fin máximo del derecho.

En el caso de los delitos relacionados con la competencia desleal, la necesidad de establecer penas y procedimientos para su ejecución es primordial, pues según Sutherland (2000), “las violaciones de la ley por parte de los empresarios son complejas y con efectos difusos” (p.122). Esto representa una vulneración de derechos que corresponden al colectivo social, en el ámbito mercantil, si bien es cierto afectan directamente a una persona que sería el competidor e indirectamente aqueja a un sinnúmero de individuos que serían los consumidores, y dejar estas violaciones en la impunidad es injusto no para uno, sino para muchas personas.

Se debe hacer hincapié en el valor que tiene la regulación penal de la competencia desleal, la tipificación de estos actos y las penas correspondientes para los mismos, en

principio desde el punto de vista de los consumidores pues siguiendo a Monsalve (2012), lo que se quiere proteger además del mercado y los competidores es el bienestar de los consumidores, preservando la capacidad de elección de los mismos, mantener la eficiencia de la distribución de los bienes y servicios disponibles en la sociedad. Si existe una justa variedad de productos de distinta calidad y precio el consumidor conserva la facultad de elegir objetivamente el que requiere, pues no estarían sometidos a engaños ni estrategias confusas, y al existir todo tipo de consumidores con todo tipo de necesidades se asegura el flujo del mercado y el correcto funcionamiento del mismo.

Entendiendo a los consumidores como los principales árbitros del juego económico, son quienes deben fiscalizar el accionar de los competidores, y esto lo hacen, por ejemplo, cuando al percatarse de la existencia de un producto que ha sido falsificado en su marca, estos eligen adquirir el original, si esto sucede el competidor desleal no obtiene ganancia de su accionar y por tanto puede dejar de hacerlo.

Vinculado a la teoría de Albán (2013), los consumidores, podrían disuadir a los empresarios deshonestos ignorando sus productos o servicios en beneficio de los competidores honestos, ahora bien la realidad es que a medida que una situación económica se hace más compleja, los consumidores son menos capaces de actuar como árbitros. Con frecuencia no pueden ni siquiera reconocer por sí mismos actos de competencia desleal y mucho menos reaccionar en consecuencia; es más es el consumidor junto con el competidor honesto, quien debe ser protegido contra la competencia desleal. Esto es desalentador en el intento de acabar con los comportamientos desleales, pues como ha sido explicada la situación económica mundial es cada vez más precaria y esto facilita la comercialización de productos

emitidos por competidores desleales, generando la necesidad intrínseca de que sean las leyes las que brinden esta protección a los entes del mercado, es decir a todo el colectivo social.

Regular adecuadamente el tema de la competencia desleal en cuanto las marcas registradas es un gran paso para llegar a desarrollar el modelo ideal de competencia perfecta explicado antes, pues la marca conlleva el mayor valor de una empresa y al proteger la marca, se está estableciendo un régimen de cuidado para todo lo que esta acarrea, para esto se ha de realiza un repaso por lo que representa como tal la marca.

Variable Dependiente

1.8.3. La marca

La marca es concebida como un signo que permite distinguir a un producto o servicio de otro de la misma especie, es así que Chavane & Burst (1976) la definen como “un signo sensible colocado sobre un producto o acompañado a un producto o a un servicio y destinado a distinguirlo de los productos similares de los competidores o de los servicios prestados por otros” (p. 223). Es prácticamente la cara del producto al que representa, complementado esta definición, Breuer (1946) la subraya como el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola; exhibiéndola como un elemento relevante en las relaciones comerciales.

Atendiendo a estas consideraciones el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (1994) en su artículo 15 señala que:

Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos.

Estos signos permiten a los entes del mercado conocer un determinado producto y reconocerlo a través de un distintivo único, la marca; Zuccherino (2005) al respecto escribe, “La marca es el signo mediante el cual un determinado producto o servicio es conocido y acreditado ante el público” (p. 105). Esto se debe a la abundancia de bienes, productos y servicios ofertados en el mercado que corresponden a una misma especie, pero que contienen características que los diferencian unos de otros, una de estas variables generalmente es la calidad, que podría ser superior en un determinado producto y este será fácil de ubicar y adquirir si se distingue a través de un signo o marca, que llevara consigo la acreditación de este.

De igual manera la Decisión Andina 486 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 134 señala que:

A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Sin embargo no cualquier signo que sea capaz de distinguir a un producto e otro, puede constituirse en marca como tal, ya que esto está también preestablecido en la ley y

existe una serie de signos que si podrán ser registrados como marca, esto con el fin de evitar conflictos posteriores a la inscripción de dichos signos, y serán descritos a continuación por el artículo 134 de la Decisión Andina 486 de la Comunidad Andina de Naciones, que dice:

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

Siguiendo a la definición de la marca, de acuerdo al Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (INGENIOS), en su artículo 343, “Se entenderá por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean susceptibles de representación gráfica”. Al respecto se denota la intrínseca relación que existe entre estas connotaciones en concordancia con las doctrinales.

Es importante mencionar que los signos distintivos no poseen validez por su mera existencia, esta surge del reconocimiento del producto o servicio al que representan.

En este sentido Ruiz (2007) señala que “la marca es un signo, esto es una realidad intangible que para su percepción debe dotársele de forma sensible” (p. 1561). Una marca llega a ser poderosa en función de su origen corporativo y la calidad de los productos y servicios que simboliza.

Siguiendo a Lehmann (1977) las marcas distinguen a los productos y servicios ofertados en el mercado, señalando su origen empresarial, indicando la calidad de los mismos, desarrollando una función publicitaria y condensando su imagen o reputación, desarrollan una función comunicativa e informativa. En esta se deriva de una serie de elementos constitutivos de la marca y del producto mismo que representa, en función a lo expuesto se determina que la marca como un mecanismo distintivo debe indicar los aspectos importantes relacionados con su producto, y colaborar con su difusión.

Las afirmaciones anteriores permiten comprender la teoría de Otamendi (2002) donde expresa que, “la marca juega un papel preponderante, casi esencial, en el proceso competitivo”. (p.7). Entendiendo a la misma como la carta de presentación de cada uno de los productos y servicios que se ofertan en un mercado cada vez más competitivo, y es un mecanismo que puede proveer a los competidores de grandes ventajas con respecto de los otros y así también brindar a los consumidores una alternativa de adquirir el producto que efectivamente se desea, y esto se logra a través de los elementos que la componen.

1.8.3.1. Funciones de la Marca

En este sentido cabe señalar la composición de la marca, que consta de funciones que le atribuyen de sus características esenciales, y son las que se describirán a continuación.

1.8.3.1.1. Practicidad

Según Montaña & Moll (2013), “la marca debe proporcionar al comprador la información suficiente sobre el producto, ahorrando tiempo y facilitando la recompra generando fidelidad” (p.65). Haciendo de la compra una tarea fácil, pues el comprador ya sabe lo que necesita y si una marca es tan completa que brinda una información explícita de todo lo que ofrece, este podrá reconocer rápidamente si es lo que salió a buscar o incluso más.

1.8.3.1.2. Garantía

Para Montaña & Moll (2013), “la marca es el sello de calidad del producto o del servicio ofrecido” (p.65). Es muy común que las personas reconozcan el producto que quieren adquirir por la marca que los representa, pero también ocurre al contrario cuando aún sin la idea de comprar el producto, la persona lo hace basado en la marca, porque es símbolo de garantía.

Parafraseando a Montaña & Moll (2013), la marca reduce el riesgo en la compra con lo cual deja de ser únicamente el nombre del producto, es algo más, es una garantía que reduce el coste de la desconfianza. El ejemplo más claro es la adquisición de un iPhone, que más allá de necesidad se adquiere por la confianza en la marca, aunque no

se requiera todos los beneficios de un celular inteligente se lo adquiere porque si el Apple es bueno.

1.8.3.1.3. Optimización

Montaña & Moll (2013,) “la marca debe asegurar que ofrece la mejor opción de su categoría” (p.65). La optimización tiene una estricta relación con la garantía, pues siguiendo el ejemplo anterior, se puede decir que en la actualidad la adquisición de teléfonos celulares es necesario para facilitar la comunicación, sin embargo esta necesidad no implica poseer teléfonos demasiado avanzados, pero al momento de comprar uno de estos, que tengan grabada la marca Apple, brinda al comprador la seguridad de que es el mejor teléfono del mercado, por encima de otras marcas.

1.8.3.1.4. Caracterización

Montaña & Moll (2013), “la marca debe ser una representación y una confirmación de la autoimagen, el comprador debe identificarse con los valores de la marca y con los otros compradores de la marca” (p. 66). Esto crea un vínculo más profundo e incluso sentimental entre el comprador y la marca, un ejemplo de esto es ROLEX, es un reloj con clase y distinción por cuanto una persona opulenta se sentiría totalmente identificada con este producto, adicionalmente si es una marca utilizada en su medio social, eso creara una relación aún más fuerte, por que identifica a un determinado grupo.

1.8.3.1.5. Continuidad

Montaña & Moll (2013), establecen que “la marca ha de ser un garantía de continuidad para ello debe favorecer la familiaridad, una relación íntima, que no se destruya con

los años” (p.66). esto representa la fidelidad que va a producir la marca, por ejemplo si el comprador adquiere papel higiénico FAMILIA, y lo considera bueno lo seguirá comprando siempre, pues pasa a formar parte de su hogar de alguna manera, y no considerara adquirir otra marca de papel higiénico.

1.8.3.1.6. Hedonística

Según Montaña & Moll (2013), “hay una parte lúdica del consumo y la marca debe brindar satisfacción mostrando todo su atractivo” (p.66). En este sentido radica la importancia de la creación de una marca creativa, que llame la atención por sus formas, colores, y que sea visualmente buena, este es el primer factor que incide en la decisión de un comprador, cuando aún no conoce las características más profundas de la marca y se guía únicamente por la apariencia de la misma.

1.8.3.1.7. Ética

Montaña & Moll (2013), “la marca debe ofrecer satisfacción ligada a un comportamiento responsable, teniendo en cuenta la ética” (p.66). Esta es la característica más difícil de cumplir, pues por la necesidad de vender su producto, las empresas incurren en comportamientos poco éticos que pueden llegar a poner en duda la totalidad de la marca, se debe tener sumo cuidado en cuento a este punto.

Y la más importante, es la función distintiva de la marca, que será desarrollada con mayor profundidad, ya que es la que dota a la marca de su gran importancia con respecto de los productos, bienes y servicios.

1.8.3.1.8. Función distintiva de la Marca

Atendiendo la doctrina de Chinaje (2007), se puede precisar que la marca posee varias funciones, pero la función básica y directamente tutelada por el sistema jurídico, es la distintiva, las demás pueden calificarse como secundarias y dependientes, en el sentido de que la marca solo puede desempeñarlas si primigeniamente resulta apta para identificar los productos presentados en el mercado. Esto permite atribuirle a la función distintiva el valor comercial de una marca, pues es la capacidad que esta tiene de distinguirse de otras en el mercado y por tanto suministrar de esa misma ventaja al producto al que simboliza.

En este caso es necesario puntualizar el criterio de Otamendi (1989) que, define a la función distintiva como la que:

Permite al consumidor comprar lo que quiere, premiando el esfuerzo del dueño de la marca quien venderá más y así aumentara sus ganancias, esto lo incentivara a mejorar aún más la calidad de sus productos o servicios con lo cual contribuirá a mejorar el nivel de vida de la población. (p.7).

Sobre la base de ideas expuestas es clara la relación entre la distintividad de la marca y el mejoramiento del sistema competitivo, pues esto genera la necesidad del dueño de la marca poderosa de elevar o por lo menos sostener la calidad de los productos que oferta en el mercado, y por otro lado exige a los competidores en situación de debilidad a superarlo, esto beneficia al mercado y a los consumidores.

En atención a lo antepuesto, Bardales (2005) escribe, “La distintividad es la cualidad insoslayable que debe presentar todo signo que pretenda acceder legalmente al registro”. (p. 275). Pues resulta infructuoso registrar una marca que carezca de esta

función en razón de la importancia que ya ha sido tratada con anterioridad. Esto es lo que protegemos cuando enfrentamos a los actos de competencia desleal en el ámbito de marcas registradas.

1.8.3.2. Clases de marca

Según la página oficial del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (2017), los tipos de Marca son:

1.8.3.2.1. Marca de certificación: Aquel signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han cumplido los requisitos que existe para obtener tal certificación.

1.8.3.2.2. Marca colectiva: signo adoptado por una asociación de productores, fabricantes, prestadores de servicio, organizaciones o grupo de personas legalmente establecidas que sirve para distinguir los productos o servicios producidos o prestados por los miembros de la asociación.

1.8.3.2.3. Marca tridimensional: Aquel signo que ocupa en sí mismo un espacio determinado (alto, ancho y profundo).

1.8.3.2.4. Nombre Comercial: Signo o denominación que identifica un negocio o actividad económica de una persona natural o jurídica. Dicha actividad se ve representada por un local comercial.

1.8.3.2.5. Lema Comercial: Es la frase publicitaria que acompaña a una marca.

1.8.3.2.6. Denominación de Origen: Es aquel signo que identifica un producto proveniente de determinada región, y que reúne requisitos específicos como factores humanos y naturales.

Cada uno de estos tipos de marca deben ser protegidos en la misma medida, pues si bien es cierto cambian de acuerdo a sus características propias, todos tienen la misma importancia.

1.8.3.3. Importancia de la marca

Por todo lo repasado, esta sección este dedicada a complementar doctrinariamente la gran importancia de las marcas registradas y de su protección, para comprender esto de mejor manera cabe citar las palabras de Keller (2003), que establece “la gestión de la marca consiste en el desarrollo y mantenimiento del conjunto de atributos y valores del producto de manera que sean coherentes, apropiados, distintivos y atractivos para los consumidores” (p. 21). La marca recoge todas las características del producto al que representan, y si a esto se le suma otro tipo de características, adquiere un gran valor que va a ser aun superior al del producto mismo.

Al tener este valor, la marca se convierta en una poderosa arma en el juego económico de la competencia, por esto Keller (2003), establece que “el foco de la gestión de la marca está en la diferenciación de estos atributos y valores respecto a los atributos y valores de los competidores” (p. 21). El hecho de que una marca llegue a adquirir un valor en el mercado, depende de cómo esta se distinga de las demás del mismo tipo de productos y logre superarlos, por cuanto la creación y posterior utilización de una marca no debe ser tomada a la ligera.

La razón fundamental para la creación de un signo distintivo es la de lanzar al mercado un producto, bien o servicio poco conocido, y proporcionarle una identidad, por medio de la cual pueda ser reconocido por los consumidores y por añadidura adquirido, utilizando todas las propiedades de la marca para enunciar las características del producto; en relación a lo señalado Otamendi (1989) escribe:

Todo fabricante por lo general tratara de ganarse al público, de obtener una clientela. Podrá hacerlo si sabe que los resultados de su esfuerzo podrán ser reconocidos por el público a raves de su marca. Sin marcas todos esos esfuerzos serán vanos, el público no podrá distinguir los buenos productos de los malos. (p.7).

Cuando la existencia de la marca permite a los consumidores comparar entre varios productos de la misma especie, es cuando se genera la competencia, pues esto abre el abanico de oportunidades de adquisición de una misma cosa; cada marca dota de características propias y únicas a su producto, protegiéndolo y a su vez garantizando la libertad del público sobre la decisión de cual obtener, enseñándole que ya no tiene una única alternativa. Basado en este criterio Otamendi (1989), señala que “La marca es el vehículo de la competencia”. (p.7).

A estos elementos se puede añadir un beneficio extra de la utilización de la marca en la actualidad, ya que volviendo la mirada hacia el atrás, en el pasado la marca era entendida como un signo distintivo que protege a un producto en el mercado y por tanto a la empresa que los origina, es decir los competidores; pero ese paradigma ha cambiado y actualmente la marca es mucho más que eso, pues protege también a los consumidores, que son considerados como entes débiles del mercado.

En atención a lo anterior Pouillet (1915) menciona que:

La marca es también al mismo tiempo una garantía para el consumidor y para el fabricante; para el consumidor que asegura que le entreguen el producto que él quiere comprar; para el fabricante, que encuentra así un medio de distinguirse de sus competidores y de afirmar el valor de sus productos. Es la marca la que le da a la mercadería su individualidad; ella permite reconocerla entre miles de análogas o parecidas; se concibe así toda la importancia de la marca. (p.14).

El valor de la marca es indiscutible, pues esta funciona efectivamente en favor tanto del consumidor como del competidor y por ende del mercado; las empresas que han llegado a desarrollar marcas poderosas como Coca Cola, Apple, Nike, Rolex, y más poseen un valor gigante que no se mide en los productos que producen sino en la fuerza de la marca que ostentan, a esto Montaña & Moll (2013) señalan que “la marca es una fuente de valor para el consumidor” (p.34).

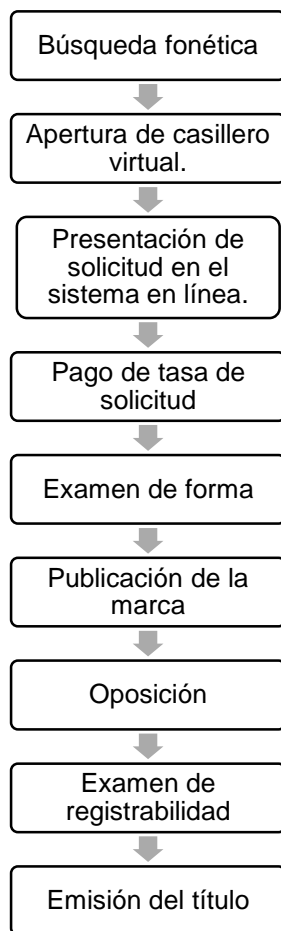
En síntesis la marca es un elemento esencialmente importante en el mercado, en función de sus funciones, sus alcances y demás aspectos, sin embargo para que una marca pueda ingresar al mercado esta debe estar registrada en el órgano correspondiente, que en el caso de Ecuador, es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

1.8.3.4. Registro de la marca

1.8.3.4.1. Procedimiento de registro

Según la página oficial del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (2017), los tipos de Marca son:

- Búsqueda fonética
- Apertura de casillero virtual.
- Presentación de solicitud en el sistema en línea.
- Pago de tasa de solicitud de registro correspondiente al valor de \$208.00.
- Examen de forma: en el mismo se verifica que se ha cumplido con todos los requisitos necesarios para la publicación de la marca solicitada en gaceta. Entiéndase por requisitos a los siguientes: poder en el caso de que un tercero autorizado solicite la marca, nombramiento de Representante Legal en el caso de personas jurídicas que presenten la solicitud sin un apoderado, naturaleza del signo, tipo de signo, etc.
- Publicación de la marca solicitada en la Gaceta de Propiedad Industrial: esta publicación sirve para que terceros que se crean afectados por el posible registro de la marca solicitada presenten oposición, en el caso de que el signo tenga algún parecido con su marca registrada.
- Oposición: Dentro del término de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés podrá presentar oposiciones fundamentadas
- Examen de registrabilidad: en caso de que no exista oposición, se efectúa el examen de registrabilidad en el cual se resuelve aceptar o rechazarla marca.
- Emisión del título (siempre y cuando la marca haya sido concedida).

Grafico 1.1. Procedimiento de registro de marcas en el IEPI

Elaborado por: Cevallos (2017)

Fuente: IEPI (2017)

1.8.3.5. Derechos de propiedad intelectual que se generan con el registro de la marca

1.8.3.5.1. Análisis normativo

Es importante hacer referencia a los derechos que se adquieren con el registro de la marca, estos derechos son de propiedad intelectual, y se desprenden de la necesidad

de proteger los de las creaciones nacidas de la creatividad humana. Para establecer una definición más concreta Antequera (2009) señala que:

La expresión propiedad intelectual se utiliza en términos amplios para hacer referencia a todas las creaciones del ingenio humano, y se define como la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades conexas. (p.4).

Estos derechos deben ser plenamente protegidos por los instrumentos normativos, en este caso estos se encuentran prescritos en normas jurídicas nacionales e internacionales como lo es el Convenio de Paris que en su artículo 2 dice:

Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.

Entendiendo que es importante regular estos derechos, es importante mencionar que el principal y más importante es el derecho de uso exclusivo mismo que describe el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en su artículo 16 al mencionar que:

El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.

Así también lo regula la Decisión Andina 486, en su artículo 154 señala que, “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

La misma Decisión Andina 486 determina puntualmente cuales son estos derechos específicos en su artículo 155:

El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

- a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;
- b) suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;

c) fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;

e) usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;

f) usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.

De acuerdo al artículo 348 del Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (INGENIOS), “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por su registro ante la Autoridad competente en materia de derechos intelectuales. La marca debe utilizarse tal cual fue registrada. Sólo se admitirán variaciones en elementos que no alteren el carácter distintivo del signo registrado”.

Esta normativa existe con el fin de proteger la marca de la competencia desleal, concediendo los derechos ya mencionados al dueño de la marca, sin embargo siguen existiendo violaciones a estos derechos, que como ya se ha analizado se configuran como actos desleales por parte de otros competidores, es por eso que también surge la necesidad de desarrollar normativa para impedir el uso de la marca y evitar actos de competencia desleal.

1.8.3.5.2. Formas de impedir el uso desleal de la marca

Según la página oficial del IEPI (2017), “En caso de uso indebido de una marca, el titular puede iniciar acciones civiles, penales y administrativas”.

1.8.3.5.2.1. Vía civil

En temas de competencia desleal el Código Orgánico General de Procesos establece el procedimiento ordinario, y señala que se deberá pagar una determinada cuantía de acuerdo al grado de la infracción, para esto existen reglas que se detallan a continuación.

De acuerdo al Código Orgánico General de Procesos (2016), en su artículo 144 para la determinación de la cuantía se seguirán las siguientes reglas:

1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla.
2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas.

3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor.
4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año.
5. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía.
6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores.

1.8.3.5.2.2. Vía administrativa

Existe también la alternativa de seguir el procedimiento administrativo, que está regulado por el código INGENIOS.

El Código INGENIOS en su artículo 509 establece que:

De conformidad con las disposiciones del presente Título, el titular de un derecho protegido u otra persona legitimada al efecto podrán entablar acciones administrativas contra cualquier persona que infrinja los derechos correspondientes. Podrá además accionar contra las personas que ejecuten actos que manifiesten la inminencia de una infracción. Las acciones penales a que hubiere lugar se ejercerán de conformidad con la legislación pertinente.

Además señala la autoridad competente para conocer este tipo de casos y de acuerdo al Código INGENIOS, en su artículo 522 señala que “La Autoridad competente en materia de derechos intelectuales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de

inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir infracciones a los derechos de propiedad intelectual”.

De acuerdo al artículo 523 del Código INGENIOS, se establecen las siguientes medidas en cuanto a los actos de competencia desleal.

En cuanto a las medidas ordenadas por la autoridad en materia de propiedad intelectual señala que la Autoridad competente en materia de derechos intelectuales podrá ordenar la adopción de una o más de las siguientes medidas:

- a) Inspección;
- b) Requerimiento de información; y,
- c) Sanción de la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

1.8.3.5.2.3. Vía penal

Para iniciar un procedimiento penal sobre competencia desleal existe un solo artículo establecido en el Código Orgánico Integral Penal que regula únicamente tres clases de competencia desleal y deja un enorme vacío legal en cuanto a las demás.

Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 208 A, establece:

Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor. La persona que fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales será sancionada con una multa de la siguiente manera:

1. Cuando el valor de la mercadería incautada sea de ciento cuarenta y dos a cuatrocientos veinticuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de cincuenta y cinco a ochenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a cuatrocientos veinticuatro y menor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará la multa de ochenta y seis a ciento setenta y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.
3. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a ochocientos cuarenta y siete salarios básicos unificados del trabajador en general, se aplicará una multa de ciento setenta y seis a doscientos noventa y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La misma pena se aplicará a la persona que produzca, reproduzca o comercialice a escala comercial, mercancía pirata que lesione el derecho de autor para las obras registradas o no, entendiéndose estas como cualquier copia hecha sin consentimiento del titular del derecho de autor o de una persona debidamente autorizada por él.

Las disposiciones precedentes no se aplicarán a bienes o productos que no tengan un fin comercial.

En el caso de las marcas notorias, no se requerirá que el titular del derecho demuestre que la marca está válidamente registrada, sino únicamente su derecho como titular.

Cuando una persona jurídica sea la responsable, será sancionada con las mismas multas y su extinción.

No constituye delito la fabricación o comercialización de mercancías imitadas que tengan una marca con características propias que no conlleven a una confusión con la marca original, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar.

Este artículo único, tipifica únicamente dos actos de competencia desleal de manera escueta, estos son la falsificación y la piratería. Además establece sanciones pecuniarias sobre los \$53. 250 dólares americanos, dejando en la impunidad a quienes cometan otro de los 21 actos tipificados por la ley de regulación y control de poder de mercado, o a su vez a quienes lo hagan por un valor menor al antes mencionado, por cuanto resulta fácil para los competidores desleales trabajar con valores mínimos a fin de continuar afectando al mercado sin recibir ningún tipo de sanción. Es así que este artículo único deja una insuficiencia normativa que causa graves lesiones a los derechos de los entes del mercado.

1.8.4. Insuficiencia normativa en el Código Orgánico Integral Penal

En el Código Penal derogado por el Código Orgánico Integral Penal se establecían varios artículos dedicados a la regulación de la competencia desleal, mientras que el actual deja grandes vacíos, que deben ser subsanados ante la necesidad emergente de brindar justicia a quienes son afectados por este tipo de delitos.

Es así que el Código Penal derogado (1971) en su artículo 319, mencionaba que:

Será reprimido con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144,50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quien en violación

de los derechos de propiedad intelectual, almacene, fabrique, utilice con fines comerciales, oferte en venta, venda, importe o exporte:

- a) Un producto amparado por una patente de invención o modelo de utilidad obtenido en el país;
- b) Un producto fabricado mediante la utilización de un procedimiento amparado por una patente de invención obtenida en el país;
- c) Un producto amparado por un dibujo o modelo industrial registrado en el país;
- d) Una obtención vegetal registrada en el país, así como su material de reproducción, propagación o multiplicación;
- e) Un esquema de trazado (topografía) registrado en el país, un circuito semiconductor que incorpore dicho esquema de trazado (topografía) o un artículo que incorpore tal circuito semiconductor;
- f) Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca notoria o de alto renombre, registrada en el país o en el exterior;
- g) Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país; y,
- h) Un producto o servicio que utilice una marca o indicación geográfica no registradas, idéntica o similar a una indicación geográfica registrada en el país.

En los casos de los literales g) y h) los productos o servicios que utilicen el signo no registrado, deberán ser idénticos o similares a los productos o servicios protegidos por las marcas o indicaciones geográficas registradas en el país.

Además el Código Penal derogado (1971) en su artículo 320, establecía que:

Serán reprimidos con igual pena que la señalada en el artículo anterior, quienes en violación de los derechos de propiedad intelectual:

1. Divulguen, adquieran o utilicen secretos comerciales, secretos industriales o información confidencial;
2. En productos o servicios o transacciones comerciales utilicen marcas o indicaciones geográficas no registradas en el país, que constituyan una imitación de signos distintivos notorios o de alto renombre, registrados en el país o en el exterior que pueden razonablemente confundirse con el original; y,
3. En productos o servicios o transacciones comerciales utilicen marcas o indicaciones geográficas que constituyan una imitación de signos distintivos registrados en el país, que pueden razonablemente confundirse con el original, para distinguir productos o servicios que puedan suplantar a los protegidos.

Por otro lado el Código Penal derogado (1971) en su artículo 321, mencionaba que:

Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete $22/100$ (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos $25/100$ (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de propiedad intelectual utilicen nombres comerciales sobre los cuales no han adquirido derechos, que sean idénticos a nombres comerciales pública y notoriamente conocidos en el país o marcas registradas en el país, o a marcas notorias o de alto renombre registradas en el país o en el exterior. También se reprimirá con la pena señalada en el inciso anterior, a quienes en violación de los derechos de

propiedad intelectual utilicen apariencias distintivas, idénticas o similares a apariencias distintivas pública y notoriamente conocidas en el país.

Adicionalmente el Código Penal derogado (1971) en su artículo 322, mencionaba que:

Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de propiedad intelectual:

- a) Fabriquen, comercialicen o almacenen etiquetas, sellos o envases que contengan marcas de alto renombre o notorias, registradas en el país o en el exterior;
- b) Fabriquen, comercialicen o almacenen etiquetas, sellos o envases que contengan marcas o denominaciones de origen registradas en el país; y,
- c) Separen, arranquen, reemplacen o utilicen etiquetas, sellos o envases que contengan marcas legítimas, para utilizarlas en productos de distinto origen.

Con igual sanción serán reprimidos quienes almacenen, fabriquen, utilicen con fines comerciales, oferten en venta, vendan, importen o exporten artículos que contengan indicaciones falsas acerca de la naturaleza, procedencia, modo de fabricación, calidad, características o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate; o, contengan informaciones falsas acerca de premios u otras distinciones.

También el Código Penal derogado (1971) en su artículo 323, señalaba que:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144, 50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes almacenen, fabriquen, utilicen con fines comerciales, oferten en venta, vendan, importen o exporten productos falsificados identificados con marcas de alto renombre o notoriamente conocidas, registradas en el país o en el exterior, o con marcas registradas en el país. También se reprimirá con la pena señalada en el inciso anterior a quienes rellenen con productos espurios envases identificados con marca ajena.

Establecía también el Código Penal derogado (1971) en su artículo 324 que:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144, 50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

- a) Alteren o mutilen una obra, inclusive a través de la remoción o alteración de información electrónica sobre el régimen de derechos aplicables;
- b) Inscriban, publiquen, distribuyan, comuniquen o reproduzcan, total o parcialmente, una obra ajena como si fuera propia;
- c) Reproduzcan una obra;

- d) Comuniquen públicamente obras, videogramas o fonogramas, total o parcialmente;
- e) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones ilícitas de obras;
- f) Reproduzcan un fonograma o videograma y en general cualquier obra protegida, así como las actuaciones de intérpretes o ejecutantes, total o parcialmente, imitando o no las características externas del original, así como quienes introduzcan al país, almacenen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros tales reproducciones ilícitas; y,
- g) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras, fonogramas o videogramas en las cuales se ha alterado o removido información sobre el régimen de derechos aplicables.

El Código Penal derogado (1971) en su artículo 325, mencionaba que:

Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

- a) Reproduzcan un número mayor de ejemplares de una obra que el autorizado por el titular;

- b) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras en número que exceda del autorizado por el titular;
- c) Retransmitan por cualquier medio las emisiones de los organismos de radiodifusión; y,
- d) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.

Finalmente el Código Penal derogado (1971) en su artículo 367, establecía que:

El que hubiere alterado o deteriorado mercaderías, o los materiales o instrumentos que servían para su fabricación, será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América. La prisión será de seis meses a tres años si el delito ha sido cometido por una persona empleada en la fábrica, taller o casa de comercio. La pena será de uno a cinco años de prisión y multa de treinta y un a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el delito ha sido cometido por empleados de la fábrica, taller o casa de comercio, con el fin de desacreditar la industria, o por soborno o cohecho.

Además la derogación de estos artículos deja sin efecto los artículos 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 230 y 331 comprendidos en la ley de propiedad

intelectual publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 426 de 28 de diciembre de 2006.

Esta normativa que ha quedado insubsistente, establecía un sinnúmero de actos de competencia desleal, con las penas respectivas para los mismos, e incluso existían penas privativas de libertad, que se consideraron necesarias, sin embargo el nuevo código no contempla este tema a profundidad, y es necesario que esto se reforme de tal manera que se complemente la normativa a tal grado que sea suficiente para regular estos actos y que además permita la efectiva aplicación de justicia en estos casos, y no se dejen en la impunidad.

1.8.5. Derecho Comparado

1.8.5.1. Panamá

En cuanto a la regulación de la competencia desleal, la República de Panamá es uno de los países que incluye en su ordenamiento jurídico esta figura como un delito y establece una sanción pecuniaria, pero también señala la existencia de apremio personal, esto se encuentra en su Código Penal (2010) en un apartado que tipifica este delito en el artículo 283 estableciendo que “quien divulgue informaciones falsas o alteradas sobre un competidor (...), siempre que cause perjuicio, será sancionado con prisión de dieciocho meses a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”. Por tanto se determina que este país le da una connotación importante a la defensa de los derechos económicos y comerciales de las empresas, pues ha tomado a la coerción penal como un mecanismo para regular esta situación.

1.8.5.2. México

El derecho mexicano es sumamente cuidadoso en cuanto al tema y establece una verdadera importancia sobre la regulación, especialmente penal de los actos de competencia desleal, es por eso que el artículo 253 del Código Penal Federal mexicano tipifica 14 actos de competencia desleal, con sus respectivas sanciones, tanto pecuniarias como de apremio personal, es así que establece penas privativas de libertad desde dos hasta seis años, de acuerdo a las consideraciones jurídicas sobre la gravedad de cada uno de estos actos, además de dichas sanciones existen multas de hasta mil días de multa, entendiendo a esta como la suspensión de las actividades laborales de la empresa que haya incurrido en este delito, en base a lo establecido se considera al ordenamiento jurídico mexicano como uno de los mejores al momento de regular temas de competencia desleal.

Países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)

1.8.5.3. Colombia

El Código Penal colombiano instituye varias conductas constitutivas de delitos por transgresión a los derechos de Propiedad Intelectual, imponiendo sanciones pecuniarias y privativas de libertad, tipificando algunos actos de competencia desleal, a partir de su artículo 285, con respecto de la falsificación marcaria, seguido por el artículo 299 que versa sobre la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, posteriormente el artículo 306 que abarca la usurpación de derechos de propiedad industrial y finalmente el artículo 308 acerca de la violación de reserva industrial o comercial.

Las penas privativas de libertad que este mismo código establece son de hasta 144 meses, es decir 12 años, multas de hasta 1.500 salarios mínimos vitales. La existencia de esta rigurosa normativa influye significativamente en la decisión de una empresa de incurrir en actos desleales al tener conocimiento de las consecuencias que dichos actos pueden suponer.

1.8.5.4. Bolivia

En la legislación boliviana las transgresiones a los derechos de Propiedad Intelectual están descritas en el Código Penal boliviano como delitos, por cuanto la vía principal de regulación de este tipo de actos se establece como causa ante los jueces penales, de acuerdo a este mismo código en el artículo 235 establece el fraude comercial, en el artículo 236 se encuentra el engaño en productos industriales, además el artículo 237 señala el desvío de clientela, y finalmente el artículo 238 versa sobre la corrupción de dependientes.

Para cada uno de estos delitos establece penas proporcionales a los mismo, estableciendo penas privativas de libertad desde 6 meses hasta 3 años, y multas de hasta 100 días de labores de la empresa que incurra en el cometimiento de uno de estos actos. Dándole la importancia necesaria al tema por cuanto comprenden la importancia de la adecuada regulación de la competencia desleal para la protección de los derechos jurídicos y económicos del mercado y la sociedad.

1.8.5.5. Perú

En cuanto a los derechos de Propiedad Intelectual en Perú, estos están completamente protegidos penalmente por tanto el órgano competente para conocer los casos relacionados con competencia desleal, es la decimonovena Fiscalía Provincial Penal

de Lima, así como también el INDECOPI por medio de la misma Fiscalía, es competente para iniciar procedimientos penales en cuanto a los delitos tipificado en el Código Penal peruano (2013) en su artículo 232 sobre el abuso de poder económico, así como también el artículo 233 con respecto al acaparamiento, al igual que el artículo 234 sobre la especulación, por otro lado en el artículo 232 se establece el abuso de poder económico, además en el artículo 233 se tipifica el acaparamiento, por otro lado el artículo 234 sobre especulación y el artículo 235 sobre la adulteración, el artículo 238 acerca de informaciones falsas sobre calidad de productos, el artículo 239 sobre la venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados, el artículo 240 con respecto al aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial. Las penas van de 1 a 6 años de prisión y multas.

1.8.5.6. Ecuador

Considera innecesaria la regulación penal de la competencia desleal y establece un solo artículo en el Código Orgánico Integral Penal, que tipifica a la competencia desleal de manera general, y este mismo 208^a, impone sanción es pecuniarias de acuerdo a un valor de perjuicio de 53, 250 dólares americanos, dejando a las víctimas de estos delitos en total indefensión y a quienes cometen estos actos en la impunidad.

1.8.6. Análisis Jurisprudencial

1.8.6.1. Caso

02342- 2015 Fiscalía General del Estado

Almacenamiento o fabricación de productos falsificados (cemento)

Denunciante: Parte Policial

En contra de: Margarita Sigche Carrillo

1.8.6.2. Fundamentos de Hecho

Los sargentos Edgar Paguay y Jorge Zabala realizaron el seguimiento de un presunto caso de falsificación cemento que se llevaba a cabo en varios inmuebles en la ciudad de Riobamba, al contar con ciertas pruebas el sargento Luis Gonzalo Chávez, agente investigador de la policía, el día 23 de julio de 2014, a través de parte policial emitido solicitó la orden de allanamiento para los inmuebles antes mencionados.

Al ingresar en uno de los inmuebles se observó una plataforma a la cual subieron varios quintales de cemento, mismos que posteriormente fueron ingresados al inmueble, de las versiones de los vecinos del lugar se desprendió que en el sitio existía una fábrica de cemento que trabajaba en horarios inusuales, acto seguido el cemento fue llevado a la ferretería FERRYCONS, donde se comercializaba el producto.

Al ingresar al inmueble principal, se encontraron varios documentos como cédulas de ciudadanía, notas de venta, facturas, y comprobantes de pago que tenían relación con la compra-venta del cemento. Además se encontró una habitación utilizada como bodega donde se encontraron 227 sacos de papel con la leyenda de la empresa de CEMENTO HOLCIM, conteniendo una sustancia polvorienta color gris, así también 9 sacos de papel con la leyenda de la empresa CEMENTO CHIMBORAZO, conteniendo una sustancia polvorienta color gris y dos envases de plástico con una sustancia líquida de color blanco, adicionalmente varias herramientas para la adulteración de cemento.

La Fiscalía de Chimborazo realizó las diligencias correspondientes, pues se efectuó el reconocimiento y la inspección del lugar, así como también el reconocimiento de la

evidencia y se comprobó la existencia del delito de falsificación de cemento y de engaño al consumidor.

1.8.6.3. Fundamentos de Derecho

El Código Penal derogado (1971) en su artículo 321, mencionaba que:

Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de propiedad intelectual utilicen nombres comerciales sobre los cuales no han adquirido derechos, que sean idénticos a nombres comerciales pública y notoriamente conocidos en el país o marcas registradas en el país, o a marcas notorias o de alto renombre registradas en el país o en el exterior. También se reprimirá con la pena señalada en el inciso anterior, a quienes en violación de los derechos de propiedad intelectual utilicen apariencias distintivas, idénticas o similares a apariencias distintivas pública y notoriamente conocidas en el país.

EL Artículo 323 de la Ley de Propiedad Intelectual (2006) establecía que:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144, 50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes almacenen, fabriquen, utilicen con fines comerciales, oferten en venta, vendan, importen o exporten productos falsificados identificados con marcas de alto renombre o notoriamente conocidas, registradas en el país o en el exterior, o con marcas registradas

en el país. También se reprimirá con la pena señalada en el inciso anterior a quienes rellenen con productos espurios envases identificados con marca ajena.

1.8.6.4. Resolución

Se solicita la desestimación de la causa, aduciendo que en la disposición derogatoria del Código Orgánico Integral Penal manifiesta “Deróguese los artículos 319 al 331, y el segundo inciso del artículo 342 de la misma.”

Por tanto con la publicación del COIP el 10 de agosto de 2014, quedo despenalizada la figura legal del delito de propiedad intelectual, y se aplica el principio de favorabilidad, al ser inexistente la penalización existe un obstáculo insubsanable.

1.8.6.5. Análisis

Este caso demuestra como la despenalización de los actos de competencia desleal, deja en la impunidad este tipo de casos, y los hace improcedentes ante la autoridad penal, privando a los sujetos de derechos de propiedad intelectual en la indefensión.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. Metodología de Investigación

La investigación se realizó desde un enfoque crítico propositivo, de carácter cualitativo, el mismo que tuvo la modalidad de bibliográfica-documental, porque en la investigación se revisó información contenida en normas y cuerpos legales; al igual que libros, artículos académicos y tesis de post-grado, tanto físicos como obtenidos a través de medios electrónicos confiables.

La recopilación de normativa sobre la competencia desleal en el ámbito de marcas registradas en el Ecuador, en la legislación nacional e internacional permitió determinar, el fundamento legal existente en la Constitución de la República del Ecuador, la ley de regulación y control de poder de mercado, y el COIP, adicionalmente de los instrumentos internacionales como la Decisión 486 de la Comunidad Andina, y el Convenio de Paris permitieron llegar a un compendio de ideas con respecto al tema.

Finalmente, se realizó una investigación, a través de la aplicación de entrevistas a personas que conocen acerca del tema central de estudio, lo que permitió llegar a mejores conclusiones y desarrollar de mejor manera la teoría.

2.1.1. Método General

El método general a utilizarse será el Descriptivo, la idea es describir el problema y sus aspectos normativos, doctrinarios y jurisdiccionales en cuanto a lo que se refiere a temas de competencia desleal y su regulación y control penal.

2.1.2. Método Específico

El método específico a utilizarse será el Exegético crítico a fin de interpretar normas jurídicas y establecer críticas constructivas en cuanto a la competencia desleal en el ámbito penal ecuatoriano.

Mediante un estudio normativo se va a Identificar el marco jurídico penal vigente en Ecuador, con el cual se regula y controla la competencia desleal en marcas registradas.

A través del estudio de casos se va a Diagnosticar la situación de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en la regulación y control de la competencia desleal en el ámbito de las marcas registradas en el país.

Mediante derecho comparado se va a analizar el marco jurídico penal vigente en cada nación que regula y controla la competencia desleal en marcas registradas en el Ecuador y los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

A través de entrevistas a expertos se va a Sintetizar criterios jurídicos con respecto al procedimiento del COIP que permitan ejercer un control efectivo de la competencia desleal en el campo de las marcas registradas en Ecuador.

2.1.3. Técnica e Instrumento

La técnica empleada como mecanismo de recolección de información fue la realización de entrevistas a dos fiscales de Pichincha, además de dos jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, y por último al director del Departamento jurídico del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

2.1.4. Población y muestra

La población seleccionada consta de siete personas:

- Dr. Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.
- Eco. Alfredo Bermeo, Asesor económico de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.
- Dr. Nelson Luna, Director del Departamento Jurídico del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.
- Dra. Angélica Paredes, Fiscal No. 3 de Pichincha.
- Dr. Max Jaramillo, Fiscal No. 5 de Pichincha.
- Dr. Marcelo Narváez, Juez penal de Pichincha.
- Dr. Stalin Palacios, Juez penal de Pichincha.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1. Presentación de Resultados

3.1.1. Entrevistas a los funcionarios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado

- Lugar: Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado

Fecha: 10 de julio de 2017

Dr. Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?**

He conocido aproximadamente 71 casos desde el año 2016 hasta la fecha.

2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?

Es un tema grave en el sentido de que afecta al ámbito social, jurídico y sobretodo económico, y no se trata de un perjuicio inter partes, pues el cometimiento de actos desleales tiene una repercusión erga homes, ya que afecta al mercado como tal, y por tanto a todos los entes que lo componemos, y entre estos nos encontramos los consumidores, al igual que los competidores. Es indispensable comprender la necesidad imperiosa de cuidar el sistema económico como lo hacen los países europeos.

3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

Efectivamente se debería regular este tema penalmente en tanto el cometimiento de alguno de estos actos desleales se haga con la intención expresa de causar daño, debido a que la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado establece a estos actos como cuasi delitos, pues hace falta el elemento del dolo para establecerlos como delitos, por esto sería necesario ejecutar un procedimiento para determinar la existencia de este factor y perseguir al acto como delito, esto debe hacerse en atención a la necesidad social.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Esta entidad se encarga en su capacidad máxima de regular el cometimiento de actos desleal, sin embargo no estaría demás establecer una amplia normativa penal, pues si

esta entidad ha logrado medir el cumplimiento de estos actos, la existencia de regulación penal complementaria este trabajo.

- Lugar: Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado

Fecha: 10 de julio de 2017

Eco. Alfredo Bermeo, Asesor económico de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?**

En el año 2016 conocí exactamente 60 casos de competencia desleal, y en lo que va del 2017 he conocido 11 casos, muchos de los cuales aún no se han resuelto debido a que este procedimiento dura hasta tres años.

- 2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?**

Es grave para el sistema económico, pues afecta a los competidores, consumidores y por tanto al mercado y esto a su vez afecta a toda la sociedad, porque se juega con los recursos económicos que sirven para cubrir las necesidades de todas las personas, es fundamental comprender esto y tomar medidas al respecto.

3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

Totalmente, estableciendo parámetros más justos, especialmente en el sentido del establecimiento de un límite de 53.250 dólares americanos de perjuicio de una empresa para poder iniciar un procedimiento penal, ya que se debería establecer este monto de acuerdo a la capacidad económica de la empresa perjudicada, pues la pequeña y mediana empresa difícilmente van a sufrir perjuicios mayores y quedaran en indefensión, así que debería hacerse de manera proporcional.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Concientizar a los competidores sobre las sanciones que existen ante el cometimiento de estos actos, y continuar desarrollando la normativa que se requiera en base a las necesidades sociales.

3.1.2. Entrevistas al funcionario del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

- Lugar: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual

Fecha: 14 de junio de 2017

Dr. Nelson Luna, Director del Departamento Jurídico del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. ¿El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual regula los actos de competencia desleal?

No, es la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado quien regula estos casos.

2. ¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?

Ninguno de mi competencia, por lo antes mencionado, sin embargo el IEPI conoce aproximadamente cuatro casos cada tres meses, mediante oficios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, que solita información sobre las marcas registradas dentro de los procesos que ellos llevan sobre competencia desleal.

3. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Concientizar principalmente a la sociedad sobre este problema, y además desarrollar normativa que permita la efectiva regulación del mismo dentro de su contexto legal.

4. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

No, por el principio de mínima intervención penal, debe continuar regulado únicamente por la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.

3.1.3. Entrevistas a los funcionarios de la Fiscalía General de Estado – Pichincha

- Lugar: Fiscalía Provincial de Pichincha

Fecha: 07 de junio de 2017

Dra. Angélica Paredes, Fiscal de Pichincha, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?

Ninguno, desde 2014 con el COIP.

2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?

Si es grave en vista de que afecta tanto social, económica y jurídicamente a la sociedad y el bien jurídico vulnerado no es solo el derecho de los competidores sino de los consumidores.

3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

Si, completamente se debería tipificar todos los tipos de competencia desleal con su respectiva sanción.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Regulación penal, pues es el poder coercitivo lo que muchas veces rige de mejor manera el comportamiento de la sociedad.

- Lugar: Fiscalía Provincial de Pichincha

Fecha: 07 de junio de 2017

Dr. Max Jaramillo, Fiscal de Pichincha, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?

Ninguno desde 2014, se han presentado peor me he inhibido de conocer por falta de normativa.

2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?

Si es grave, pero no necesariamente es tan grave, pues se puede subsanar con la correcta aplicación de normativa.

3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

Sí, pero en ciertos aspectos, que serían los más graves, por el principio de mínima intervención penal.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Estructurar normas de conducta en competencia de propiedad intelectual netamente que regulen este tema, adicionalmente de potenciar lo establecido en el COIP.

3.1.4. Entrevistas a los funcionarios del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.

- Lugar: Tribunal de Garantías Penales de Pichincha

Fecha: 14 de junio de 2017

Dr. Marcelo Narváez, Juez Penal de Pichincha, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?**

No, desde 2014 con la publicación del Código Orgánico Integral Penal, pero si he conocido aproximadamente 5 casos con el Código Penal derogado.

- 2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?**

No realmente, porque el IEPI y la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, pueden trabajar en subsanar este problema.

- 3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?**

No, porque cada entidad tiene sus propias competencias, y el tema penal está diseñado para delitos.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Que exista un mayor esfuerzo de las entidades correspondientes y que trabajen en regular este tema.

- Lugar: Tribunal de Garantías Penales de Pichincha

Fecha: 14 de junio de 2017

Dr. Stalin Palacios, Juez Penal de Pichincha, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?

No, desde la publicación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, pero conoció varios casos con la legislación anterior.

2. ¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?

Si porque causa perjuicios a varios entes del mercado, de la sociedad y en general al derecho.

3. ¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?

Sí, pero siendo muy cuidadosos en cuanto a la aplicación de penas, determinando cuales son los actos de competencia desleal que efectivamente requieren de intervención penal de acuerdo a su estructura y cuáles deberían mantenerse bajo la regulación de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.

4. ¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?

Concientización, y potenciación de la normativa penal que regula estas conductas, sobretodo entender que es un tema que hay que tratar y que no se puede dejar en el aire.

3.2. Análisis de resultados

Tabla 3.1. Análisis de entrevistas a los funcionarios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado

Preguntas	Respuestas Dr. Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado	Respuestas Eco. Alfredo Bermeo, Asesor económico de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado	Análisis
¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?	Es un tema grave en el sentido de que afecta al ámbito social, jurídico y sobretodo económico, y no se trata de un perjuicio inter partes, pues el cometimiento de actos desleales tiene una repercusión erga homes, ya que afecta al mercado como tal, y por tanto a todos los entes que lo componemos, y entre estos nos encontramos los consumidores, al igual que los competidores. Es indispensable comprender la necesidad imperiosa de cuidar el sistema económico como lo hacen los países europeos.	Es grave para el sistema económico, pues afecta a los competidores, consumidores y por tanto al mercado y esto a su vez afecta a toda la sociedad, porque se juega con los recursos económicos que sirven para cubrir las necesidades de todas las personas, es fundamental comprender esto y tomar medidas al respecto.	Al ser la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, el mayor órgano regulador en cuanto a competencia desleal es importante destacar que los comentarios de los funcionarios de la misma son ricos en contenido importante para el desarrollo de la investigación, pues se establece la verdadera importancia de la regulación de los actos de competencia desleal, además de esta entrevista se despliegan resultados estadísticos reales sobre los procedimientos de esta índole, al igual que motivan sus criterios sobra la
¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?	He conocido aproximadamente 71 casos desde el año 2016 hasta la fecha.	En el año 2016 conocí exactamente 60 casos de competencia desleal, y en lo que va del 2017 he conocido 11 casos, muchos de los cuales aún no se han resuelto debido a que este procedimiento dura hasta tres años.	

<p>¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?</p>	<p>Esta entidad se encarga en su capacidad máxima de regular el cometimiento de actos desleal, sin embargo no estaría demás establecer una amplia normativa penal, pues si esta entidad ha logrado mesurar el cometimiento de estos actos, la existencia de regulación penal complementaria este trabajo.</p>	<p>Concientizar a los competidores sobre las sanciones que existen ante el cometimiento de estos actos, y continuar desarrollando la normativa que se requiera en base a las necesidades sociales.</p>	<p>necesidad de una regulación penal ante la necesidad social por los delitos contra la propiedad industrial, específicamente de competencia desleal en marcas registradas.</p>
<p>¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?</p>	<p>Efectivamente se debería regular este tema penalmente en tanto el cometimiento de alguno de estos actos desleales se haga con la intención expresa de causar daño, debido a que la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado establece a estos actos como cuasi delitos, pues hace falta el elemento del dolo para establecerlos como delitos, por esto sería necesario ejecutar un procedimiento para determinar la existencia de este factor y perseguir al acto como delito, esto debe hacerse en atención a la necesidad social.</p>	<p>Totalmente, estableciendo parámetros más justos, especialmente en el sentido del establecimiento de un límite de 53.250 dólares americanos de perjuicio de una empresa para poder iniciar un procedimiento penal, ya que se debería establecer este monto de acuerdo a la capacidad económica de la empresa perjudicada, pues la pequeña y mediana empresa difícilmente van a sufrir perjuicios mayores y quedaran en indefensión, así que debería hacerse de manera proporcional.</p>	

Elaborado por: Cevallos (2017)

Tabla 3.2. Análisis de entrevistas al funcionario del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

Preguntas	Respuestas Dr. Nelson Luna	Análisis
<p>¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?</p>	<p>No, pues es totalmente subsanable a través de la regulación de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado</p>	<p>Al no estar en contacto directo con esta realidad, no posee una noción completa del tema y es lo que sucede en muchos de los casos, al ser un tema poco conocido y tratado, por tanto su criterio se basa en el conocimiento tácito que tiene sobre el tema, dejando entrever la necesidad de desarrollar un mayor conocimiento sobre esta problemática de tal manera que pueda ser tomada en serio y regulada por igual.</p>
<p>¿El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual regula los actos de competencia desleal?</p>	<p>La entidad que regula este tema es la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, por tanto el IEPI, sin embargo al tratarse de marcas registradas debería ser también competencia del IEPI, pero existe desconocimiento del tema.</p>	
<p>¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?</p>	<p>Con el Código anterior existía un mayor número de casos de competencia desleal conocidos, puesto que la existencia de normativa y de procedimiento lo permitía, ahora no se tramitan las causas y quedan en la impunidad.</p>	
<p>¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?</p>	<p>Entre las principales alternativas esta la concientización, sin embargo la sociedad no siempre responde a este estímulo y por eso surgió la necesidad de crear normas y es lo que se debería hacer.</p>	
<p>¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?</p>	<p>Los criterios son variados, sin embargo si hay quienes consideran la necesidad de la regulación penal de la competencia desleal y son los mismos quienes están conscientes de la gravedad del asunto y la importancia de una correcta regulación penal.</p>	

Elaborado por: Cevallos (2017)

Tabla 3.3. Análisis de entrevistas a los funcionarios de la Fiscalía General de Estado – Pichincha

Preguntas	Respuestas Dra. Angélica Paredes, Fiscal de Pichincha	Respuestas Dr. Max Jaramillo, Fiscal de Pichincha	Análisis
¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?	Si es grave en vista de que afecta tanto social, económica y jurídicamente a la sociedad y el bien jurídico vulnerado no es solo el derecho de los competidores sino de los consumidores.	Si es grave, pero no necesariamente es tan grave, pues se puede subsanar con la correcta aplicación de normativa.	En este sentido existen criterios completamente opuestos por parte de los fiscales de Pichincha, en función del conocimiento de cada uno sobre el tema, entendiendo que para uno este tema no es penalmente regulable y la otra considera que dicha regulación es elemental.
¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?	Ninguno, desde 2014 con el COIP.	Ninguno desde 2014, se han presentado pero me he inhibido de conocer por falta de normativa.	
¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?	Regulación penal, pues es el poder coercitivo lo que muchas veces rige de mejor manera el comportamiento de la sociedad.	Estructurar normas de conducta en competencia de propiedad intelectual netamente que regulen este tema, adicionalmente de potenciar lo establecido en el COIP.	
¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?	Si, completamente se debería tipificar todos los tipos de competencia desleal con su respectiva sanción.	Sí, pero en ciertos aspectos, que serían los más graves, por el principio de mínima intervención penal.	

Elaborado por: Cevallos (2017)

Tabla 4. Análisis de entrevistas a los funcionarios del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.

Preguntas	Respuestas Dr. Stalin Palacios, Juez Penal de Pichincha	Respuestas Dr. Marcelo Narváez, Juez Penal de Pichincha	Análisis
¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?	No realmente, porque el IEPI y la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, pueden trabajar en subsanar este problema.	Si porque causa perjuicios a varios entes del mercado, de la sociedad y en general al derecho.	Al igual que en el caso de los fiscales existen dos criterios completamente opuestos, determinando por un lado la importancia de esta regulación y por otro la presumible falta de necesidad de la misma.
¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?	No, desde 2014 con la publicación del Código Orgánico Integral Penal, pero si he conocido aproximadamente 5 casos con el Código Penal derogado.	No, desde la publicación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, pero conoció varios casos con la legislación anterior.	
¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?	Que exista un mayor esfuerzo de las entidades correspondientes y que trabajen en regular este tema.	Concientización, y potenciación de la normativa penal que regula estas conductas, sobretodo entender que es un tema que hay que tratar y que no se puede dejar en el aire.	
¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?	No, porque cada entidad tiene sus propias competencias, y el tema penal está diseñado para delitos.	Sí, pero siendo muy cuidadosos en cuanto a la aplicación de penas, determinando cuales son los actos de competencia desleal que efectivamente requieren de intervención penal de acuerdo a su estructura y cuáles deberían mantenerse bajo la regulación de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.	

Elaborado por: Cevallos (2017)

3.3. Criterios Jurídicos

- La justicia, al ser concebida como el hecho de dar a quien lo que le corresponde es uno de los principales valores perseguidos por la sociedad, es así que en pro de su consecución se han llevado a cabo disputas entre individuos a lo largo de la historia, es por esto que actualmente el Ecuador establece en el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) que se constituirá como un Estado constitucional de derechos y justicia, por cuanto es fundamental hacer efectivo este principio, haciendo justiciables todos los derechos establecidos en la misma, en este caso con respecto de la protección de los derechos de propiedad intelectual para protegerlos de figuras tales como la competencia desleal, y si estos derechos no se hacen efectivos a través de los distintos instrumentos jurídicos se viola este principio.
- Otro de los objetivos que persigue el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el alcance del bien común, es por eso que la Constitución de la República (2008) establece en el artículo 83, numeral 7 como uno de los deberes de los ciudadanos ecuatorianos la promoción del bien común conforme a los principios del buen vivir. Al vulnerar los derechos económicos del mercado a través de la violación de los derechos de propiedad intelectual con el cometimiento de actos desleales, se infringe este principio ya que al perjudicar a una empresa, el daño no es únicamente para la misma, sino más bien para la sociedad en general, ya sea como consumidores o como ciudadanos que requieren de los recursos del estado, que surgen en su mayoría de los impuestos pagados por dichas empresas para cubrir las necesidades sociales.
- Al omitir la tipificación de todos los delitos de competencia desleal en la codificación del Código Orgánico Integral Penal y sus respectivas sanciones se

está vulnerando directamente el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República (2008), pues no existen normativa suficiente para llevar a cabo procedimientos penales en el caso de sufrir algún tipo de perjuicio generado por el cometimiento de actos de competencia desleal, por cuanto los competidores no se sienten protegidos frente a estos delitos lo que obstaculiza la consecución de la justicia y da paso a la impunidad, teniendo este fenómeno un efecto general lejos de ser particular.

- Además de vulnerar los principios ya mencionados, la insuficiencia normativa con respecto a la regulación penal de los actos de competencia desleal, transgrede los derechos de los titulares de las marcas o competidores, establecidos en la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado y de los consumidores determinados en la Ley de Defensa del Consumidor. Pues lejos de ser los competidores los únicos perjudicados en el cometimiento de actos desleales, los consumidores como entes reguladores del mercado son quienes indirectamente resultan agredidos, se convierten en víctimas cuando adquieren servicios o productos equívocamente, llevados por la confusión generada por los competidores desleales.
- Es imperiosa la necesidad de establecer una tipificación completa de los actos de competencia desleal y sus respectivas sanciones, tanto pecuniarias como de apremio personal, en el marco jurídico penal ecuatoriano, con la finalidad de evitar la transgresión de los principios y derechos establecidos con anterioridad, pues es menester comprender que al dejar este vacío legal no solo se vulneran los derechos económicos o de propiedad intelectual ya que se están violando aspectos tan importantes como la justicia, el bien común, la seguridad jurídica, y

los derechos de los competidores y consumidores, como entes activos del mercado.

- La reforma correspondiente al Código Orgánico Integral Penal, debe darse en el artículo 208 A y añadirse un artículo 208 B.

208 A. Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor. La persona que fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales será sancionada con una multa proporcional al monto del perjuicio causado.

La misma pena se aplicará a la persona que produzca, reproduzca o comercialice a escala comercial, mercancía pirata que lesione el derecho de autor para las obras registradas o no, entendiéndose estas como cualquier copia hecha sin consentimiento del titular del derecho de autor o de una persona debidamente autorizada por él.

Las disposiciones precedentes no se aplicarán a bienes o productos que no tengan un fin comercial.

En el caso de las marcas notorias, no se requerirá que el titular del derecho demuestre que la marca está válidamente registrada, sino únicamente su derecho como titular.

Cuando una persona jurídica sea la responsable, será sancionada con las mismas multas y su extinción.

No constituye delito la fabricación o comercialización de mercancías imitadas que tengan una marca con características propias que no conlleven a una

confusión con la marca original, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar.

208 A. La persona que incurra en actos de competencia desleal tales como, actos de confusión, actos de engaño, actos de Imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley, de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno o las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero, la imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél. Además de actos tales como actos de denigración así como realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado, realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado, realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado.

Así como también actos de comparación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos empresariales como la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas, el espionaje industrial o comercial, el incumplimiento de una obligación contractual o legal, el abuso de confianza, la inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y, la adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3), y 4).

Al igual que la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, las prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. Así también el acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor, dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos, amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas, la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley, será sancionado con multas proporcionales al perjuicio causado por el cometimiento de estos actos, así como también pena privativa de libertad de 6 meses hasta 10 años, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas que puedan tomarse para cada caso.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. El marco jurídico penal vigente en el Ecuador para la regulación de los actos de competencia desleal es totalmente insuficiente, al existir un artículo único establecido en el Código Orgánico Integral Penal 208 A, que tipifica un máximo de tres actos de competencia desleal en relación a los veintiséis que señala la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado en su artículo 27, y estableciendo sanciones pecuniarias de un mínimo de 53.250 dólares americanos, se deja un enorme vacío legal que obstaculiza el cumplimiento del fin máximo del derecho que es la justicia, aumentando la impunidad y privando de un sinnúmero de derechos a los individuos afectados por este problema.
2. En cuanto a la aplicación de la insuficiente normativa del Código Orgánico Integral Penal (2014), esta podría considerarse completamente nula pues a pesar de existir un artículo que si establece a la competencia desleal como un delito, aunque no abarca todo el contenido de la misma, las denuncias por actos desleales son inadmitidas por los fiscales, quienes se inhiben de conocer este tipo de procesos basados en la inexistencia de norma jurídica pertinente, es decir que actualmente está resulta inútil al estar incompleta, dejando en evidencia la incompetencia de los fiscales para investigar estos casos y la imposibilidad de que los mismos lleguen a manos de los jueces penales, por cuanto estos ni siquiera llegan a enterarse de la existencia de dichas denuncias.
3. Los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones son Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia, los tres últimos establecen normativas penales extensas y

completas con respecto a la competencia desleal, tipificando en los respectivos códigos penales los diversos actos desleales y las sanciones correspondientes para los mismos, siendo estas de carácter tanto pecuniario como de apremio personal. Entendiendo que el ordenamiento jurídico de dichos estados contempla el tema de la competencia desleal como el verdadero problema que constituye para la sociedad y la justicia, pero sobre todo para el sistema económico de cada uno de ellos.

4. Resulta imperiosa la necesidad de incluir una normativa completa en el Código Orgánico Integral Penal con respecto a la competencia desleal, tipificando cada uno de los actos desleales establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado con sus respectivas sanciones tanto pecuniarias como de apremio personal y reduciendo el monto establecido para iniciar un procedimiento por estos delitos de acuerdo a un análisis del estado económico de la víctima, sea esta una persona natural o jurídica, para que esto sea determinado proporcionalmente y no exista una cifra única que deja en desventaja a la pequeña y mediana empresa frente a las grandes industrias, asegurando el acceso igualitario de todos a la justicia.
5. El perjuicio causado por la comisión de actos de competencia desleal, lejos de lo que se piensa, no afecta únicamente a las grandes empresas que compiten en el mercado, tiene una gran incidencia sobre los consumidores que sufren las consecuencias de estas prácticas desleales, pero sobre todo tiene un efecto negativo sobre el estado como tal, pues al existir esta competencia negativa se pone en riesgo a las empresas, muchas de las que caen en quiebra y dejan de pagar impuestos al estado, mismos que sirven para cubrir el gasto público, perjudicando a los sectores de educación, salud, vivienda y demás servicios por el déficit económico que esto representa.

RECOMENDACIONES

1. Desarrollar capacitaciones dirigidas a legisladores que desde la Asamblea Nacional estructuran la normativa que rige el comportamiento de la sociedad, para que comprendan a profundidad el tema de la competencia desleal, la necesidad de regularla penalmente el cometimiento de estos actos desleales y el perjuicio que conlleva dejar de hacerlo para los ámbitos jurídico, social y económico.
2. Tipificar detalladamente en el Código Orgánico Integral Penal los actos de competencia desleal establecidos en la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado para la regulación penal de los mismos, con las respectivas sanciones económicas (multas) y penas privativas de libertad proporcionales a cada uno de ellos.
3. Establecer parámetros económicos proporcionales al estado financiero de las empresas perjudicadas, quitando el valor mínimo fijado de 53.250 dólares americanos, y desarrollando un método de cálculo igualitario, permitiendo que pequeñas y medianas empresas con flujos económicos menores puedan acceder al derecho a la justicia en el caso de que sean víctimas de estos actos.
4. Continuar con el desarrollo de esta investigación para obtener más criterios que permitan comprender la importancia de la regulación penal de la competencia desleal en marcas registradas en el Ecuador, para acabar con la injusticia y la impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Merchán, José Andrés (2012). *La imitación y confusión como actos de competencia desleal*. Quito. UDLA, Sede Ecuador. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Abalco Rivera Ana Priscila (2016). *La competencia desleal y su relación con la propiedad intelectual en el uso engañoso de marcas semejantes: Análisis de la responsabilidad institucional del Estado y su normativa*. Proyecto de investigación previo a la obtención del Título de Abogada. Carrera de Derecho. Quito: UCE.
- Abarza, J. y Katz J. (2002) “*Los derechos de Propiedad Intelectual en el mundo de la OMC*”. Chile: Naciones Unidas.
- Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (1994).
- Alarcón Barrera, Miche Alejandro. (2014). *El régimen jurídico de la publicidad engañosa en el Ecuador*. Quito. UDLA, Sede Ecuador. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Albán (2013). *La propiedad intelectual y la propiedad industrial en el derecho*. (1a. ed.). Quito: Fausto Reinoso.
- Antequera (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. (1a. ed.). Bogotá: Parilli.
- Ascarelli. (1956). *Teoría della concorrenza e dei beni immateriali (Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales)*, Milán: Letuci
- Bardales. (2005). *Ley de Marcas*. Buenos Aires: La Plata.
- Baumbach-Hefermehl. (1995). *Disciplina de la Competencia Desleal: Modelo Social; Funciones de la disciplina y clasificación de los casos*. España: Lvcintivns, Alicante.

- Bercovitz. (2002). *Apuntes de Derecho Mercantil, tercera edición revisada y puesta al día*. Navarra: Aranzadi.
- Bertone. (2003). *Derecho de Marcas: Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Breuer (1946). *Tratado de marcas de fábrica y de comercio*. Buenos Aires: Córdoba.
- Callman. (1990). *The law of unfair competition and Monopolies*. (1a. ed.). Illinois: Callaghan & Co.
- Camino Saltos, María Salomé (2008). *El derecho de competencia de mercado en el Ecuador*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UDLA. Quito.
- Carrara. (2013). *Programa de Derecho Criminal (Vol I)*. Italia: Lucca
- Casado. (2000). *Derecho de marcas y protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos Grupo Amaya S.A.
- Cepeda. (2012). *La competencia desleal y protección de los datos de prueba de entidades farmacéuticas en el Ecuador*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UDLA, Quito.
- Chavane & Burst (1976). *Droit de la propriété industrielle*. (1a. ed.). París: Le Pelel.
- Chinaje. (2007). *Derecho de Marcas*. (1a. ed.). Montevideo: REUS.
- Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (INGENIOS). Registro oficial N°. 899, suplemento del 9 de diciembre del 2016
- Código Orgánico General de Procesos. (2016). Ley 0. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015. Última modificación: 18-dic.-2015

Código Orgánico Integral Penal (2014). Publicada en Registro Oficial 557.

Código Penal derogado (1971).

Código Penal Boliviano Gaceta Oficial de Bolivia (Resolución Ministerial N° 162/10 de 10 de Septiembre de 2010) Ley 0. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015. Última modificación: 18-dic.-2015

Código penal de Colombia, Ley 599 de 2000, publicado en Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000

Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

Código Penal de la República De Panamá. Adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley S de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010.

Código Penal Federal mexicano. Publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931. Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de diciembre de 1979

CODIGO PENAL Peruano, (2010) DECRETO LEGISLATIVO N° 635.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Publicada en Registro Oficial 449.

Convenio de París (1883).

Corroza (1978). *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas

Cuenca De Pons. (1931). *Cámara Civil y Correccional de la Capital Federal*. 15-6-1931, J.A-6- 1145

Decisión Andina 486 de la Comunidad Andina de Naciones. (2000)

Dolz. (2010). *El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Derecho Español, Europeo e Internacional*. Madrid: Ompi.

Espinoza, Karina. (2008). *El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández. (1936). *La competencia ilícita en la legislación y jurisprudencia españolas*. Madrid: Castellan.

Fernández. (2008). La licitud de la publicidad comparativa en el derecho comparado y en Ecuador. Tesis (Abogada), Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia; Quito.

Ferraz. (1996). *Desafío competitivo para la industriaria*. Rio de Janeiro: Campos.

Font. (1987). *La crisis de la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la Competencia Desleal*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.

Garrigues. (1964). *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Cantaclaro.

Guerrero Orellana, María Fernanda, (2011) Condiciones de la competencia en el Ecuador. UCE

Guyet, Jacques. (1988). *Les actions en justice, (Las acciones en la justicia), en Trabajos de la jornada de estudios organizada*. Centro de Derecho de la Empresa el 10 de marzo de 1988 en la Universidad de Lausana. p. 89

Handelsrecht. (1914). *Manual del Derecho Mercantil Completo*. Ucrania: Leipzig.

- Haguenauer. (1990). *La competitividad. Una reseña bibliográfica con énfasis en el caso brasileño*, en Pensamiento Iberoamericano. (N°17). Madrid: Sociedad Serrarla Quinto Centenario.
- Hefermehl. (1995). *Principales actos de Competencia Desleal*. Alemania: University Law Review.
- Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (2017). Página oficial recuperada de: <https://www.propiedadintelectual.gob.ec/>
- Keller. (2003). *Brand Synthesis: The Multidimensionality of Brand Knowledge*. (vol. 29). Canadá: Journal of Consumer Research.
- Kohler. (1878). *Derecho de patentes*. California: Mannheim.
- Krasser. (1972). *La repression de la concurrence deloyale dans les Etats Membres de la Communaute Economique Europeenne*. (4a. ed.). Paris: Dalloz.
- Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado (L.R.C.P.M.) (2011) Ley 0 Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011.
- Lehmann (1977). *Wettbewerbsrecht. Strukturpolitik und Mittelstandsschutz*. Alemania: Gewerblicher Rechtsschutz und Urherberrecht.
- López Vargas, Melanie Christina (2012). *La correcta aplicación de medidas cautelares dentro de la competencia desleal en el sistema jurídico ecuatoriano*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UDLA. Quito.
- López Vázquez, Diego José (2013). *Falsificación como forma de competencia desleal en los derechos de autor y marcas*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Quito. UDLA.
- Malo Villagómez, Norela María (2010). *La publicidad engañosa como competencia desleal*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UDLA. Quito.

- Mathely. (1994). *Le Nouveau Droit Francais des Marques*. Italia: Journal Des Notaires Et Avocats
- McMains (1993). *Unfair trade practicase*. Ohio: Saint Paul.
- Meini. (2005). *El Delito de Receptación, la receptación sustitutiva y la receptación en cadena según el criterio de la Primera sala Penal 75 Transitoria de la Corte Suprema*. Perú: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Menéndez. (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Catalina.
- Monsalve. (2012). *Politica criminal*. (Radicación N° 41151. Acta N°44). Bogotá: Ponente.
- Montaña & Moll. (2013). *La nueva gestión de las marcas*. Madrid: Complutense.
- Mouchet & Zorraquin. (1997). *Introducción al Derecho*. (4ta. ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Nims. (1947). *The Law of Unfair Competition and Trademarks*. (Vol. 1). New York: Owner.
- Noboa Leguísamo, Andrea Estefanía (2013). *La inducción a la confusión como acto de competencia desleal y práctica comercial engañosa*. UCE
- Ortiz Pérez, Francisco (2015). *La competencia desleal en el Ecuador: procesos administrativos y judiciales para conocer y resolver actos de competencia desleal que afectan al interés particular*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UDLA. Quito.
- Otamendi. (2002). *Derecho de Marcas*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Otamendi. (1989). *Comentarios a la Ley 3/1991 de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

- Pouillet. (1915). *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*. París: Avicino.
- Pisko. (1962). *Das kaufmannische Unternehmen (La empresa comercial)*. Eirenberg: Handbuch des gesamten.
- Riquetti Pulido, Rina (2016). *Protección a la competencia leal y honesta: propuesta de reforma a la ley orgánica de control y regulación del poder de mercado y su reglamento de aplicación*. Quito. UDLA, Sede Ecuador. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Rodríguez & Román. (1997). *Comentarios de la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Complutense.
- Roubier. (1954). *Le Droit de la Propriete Industrielle*. (vol. 1). París: Sirey.
- Ruiz. (2007). *Intrusión en la clientela ajena y redes de distribución*. Salamanca: Pamplona.
- Sacoto. (2013). *Compendio de Introducción al derecho Penal*. Quito: Editora Jurídica.
- Saint-Gal. (1962). *Protection et defense des marques de fabrique et concurrence deloyale*. (2a. ed.). París: Delmas et Cie.
- Sevilla Holguín, María Verónica (2011). *Competencia desleal: Análisis desde el campo de la propiedad intelectual*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UDLA. Quito.
- Sutherland. (2000). *Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Ulmer. (1968). *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*. Milan: Diritto Comparato.
- Vaello. (2006). *Ideología, Estado e Direito*. (4a. ed.). Sevilla: MAD.

Valladares Aldás, Álvaro Santiago, (2016). *La publicidad parasitaria y su impacto en el ámbito marcarío como acto de deslealtad competitiva en el mercado ecuatoriano*. UCE.

Vázquez. (2013). *La competencia desleal del mercado cubano*. La Habana: Unijuris.

Virgós Soriano, Miguel. (1991). *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal Un análisis del artículo 4 de la Ley española de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas, S.A., p. 21

Wirth, Andreas. “La relación de competencia en la Ley de Competencia Desleal”, en *Revista General de Derecho*, año L, No. 595, de abril de 1994, p. 4017

Zuccherino. (2005). *Tratado de derecho federal, estadual y municipal*. (3a. ed.). Argentina: De Palma.

APÉNDICE

Apéndice 1. Cuestionario para la realización de Entrevistas



CUESTIONARIOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN PARA EL INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

Entrevistado, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. **¿El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual regula los actos de competencia desleal?**

.....

2. **¿Cuántos casos de competencia desleal conoce en un periodo de tiempo determinado?**

.....

3. **¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?**

.....

4. **¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?**

.....

Apéndice 2. Cuestionario para la realización de entrevistas



CUESTIONARIOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN PARA EL INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

Entrevistado, con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: “REGULACION Y CONTROL PENAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL AMBITO DE MARCAS REGISTRADAS EN EL ECUADOR”, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

1. **¿Cuántos casos de competencia desleal ha conocido durante su periodo de labores?**

.....

2. **¿Considera a la competencia desleal como un problema grave en el marco jurídico, social y económico ecuatoriano?**

.....

3. **¿En su criterio, considera que se debería aplicar la regulación y control penal de la competencia desleal?**

.....

4. **¿Qué sugerencias daría usted para la efectiva regulación de la competencia desleal en Ecuador?**

.....

ANEXOS

Anexo 1. Entrevistas a los funcionarios de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado



Anexo 2. Entrevistas al funcionario del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.



**Anexo 3. Entrevistas a los funcionarios de la Fiscalía General de Estado –
Pichincha**



**Anexo 4. Entrevistas a los funcionarios del Tribunal de Garantías Penales de
Pichincha.**



Anexo 5. Resolución de Desestimación del Caso 147-2014 FGE

Riobamba, 10 de Junio 2015

Of. No. 0013 - FG-FCH-UDM

ASUNTO: DESESTIMACION

-25-
 Desesta
 Clave

Señores:

Unidad Judicial Penal de Riobamba, provincia de Chimborazo

Oficina de Sorteos

En su Despacho.-

Indagación Nro. 060101814070473 / 147-2014

Dr. George Ermel Sotomayor Rodríguez, Fiscal de Chimborazo de la Unidad contra la Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional FEDOTI, de la Fiscalía Provincial de Chimborazo, en relación a la indagación previa Nro. 060101814070473 / 147-2014, que por un presunto delito de Propiedad Intelectual, que se ha iniciado en esta fiscalía, se dispone remitir el presente expediente a la sala de sorteos de la Unidad Judicial penal de Riobamba, provincia de Chimborazo, a fin de que uno de los jueces garantistas avoque conocimiento y resuelva sobre lo que a continuación me permito detallar:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

Con fecha 23 de Julio del 2014 se hace llegar un oficio a la Fiscalía signado con el Nr. 1017-PJ-CH-2014, suscrito por el CRNL Luis Ernesto Moreno en calidad de Jefe de la Policía Judicial Subzona- Chimborazo Nr. 8 adjuntando un parte Policial suscrito por el SGOS, Luis Gonzalo Chávez Morocho Investigador de la Policía Judicial, quién manifiesta "que una vez que se ha realizado, vigilancias y seguimientos, por la autoridad competente se ha podido evidenciar que en el sector de la Libertad Barrio Vencedores"; barrio Buenaventura, Barrio La Victoria, (24 de mayo), barrio Largos El Rosal, existen inmuebles los mismos que son frecuentados por varios ciudadanos y vehículos quienes se han asociado ilícitamente para adulterar y comercializar Cemento, materia prima para la construcción que es obtenido de la empresa Chimborazo, en el interior de estos inmuebles se estaría mezclando el cemento con arena cernida la misma que es obtenida en terrenos que estarían arrendando en diferentes sectores de la ciudad y provincia".- en el parte de referencia constan algunos inmuebles pero Se resalta El inmueble 1 de la ciudadano Margarita Sincha Carrillo, ubicado en el Barrio la Libertad vía de segundo orden sin nombre, inmueble de una planta de construcción de bloque y ladrillo, techo eternit. Por tal razón se dio a la Indagación Previa Nr. 060101814070473 / 147-

2014 , para investigar este delito

SEGUNDO.-MARCO LEGAL.-

EN LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA VIGÉSIMA SEGUNDA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL MANIFIESTA " DERÓGUESE LOS ARTÍCULOS 319 AL 331, Y EL SEGUNDOMINICIO DEL ARTÍCULO 342 DE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NR. 426 DE 2ª DE DICIEMBRE DE 2006.

CON LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EL 10 DE AGOSTO DEL 2014 QUE SE HIZO REFERENCIA EN EL PARAGRAFO ANTERIOR NO SE TIENE MARCO LEGAL ALGUNO EN DELITOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

TERCERO.- CONCLUSIÓN.-

En la investigación que se colige con la entrada en vigencia del Código orgánico Integral Penal el 10 de Agosto del 2014 , publicado en el R.O No. 180 de fecha 10 de febrero del 2014 , quedo despenalizada la figura legal del delito de propiedad Intelectual que no se encuentra incorporada al mismo. Por lo tanto opera el principio de favorabilidad consagrado en el art 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, el 5.2 y 16.2 del Código orgánico Integral Penal. Por lo que al no existir penalización actual existe un obstáculo legal insubsanable. Por lo expuesto solicitado se sirva disponer aceptar la **DESESTIMACION** ordenando el archivo definitivo de la presente investigación.

Atentamente.-

Dr. Mg. George Eniel Sotomayor Rodríguez

**FISCAL DE LA UNIDAD DE DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL E
INTERNACIONAL DE LA FISCALIA PROVINCIAL DE CHIMBORAZO**