

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“LA INDUCCIÓN A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE
COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICA COMERCIAL
ENGAÑOSA”**

NOMBRE

ANDREA ESTEFANÍA NOBOA LEGUÍSAMO

DIRECTOR: DOCTOR ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO, 2012

“ABSTRACT”

El presente plan de disertación previo a la obtención del título de licenciada en ciencias jurídicas ha sido desarrollado al amparo de la nueva normativa jurídica sobre Derecho de la Competencia del Ecuador. Como punto de partida, 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 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. Por medio de estas y otras prácticas comerciales, el público consumidor relaciona los productos y servicios con la calidad y prestigio que los caracteriza, lo cual sirve al consumidor para escoger y elegir lo que más convenga a sus intereses.

El problema surge cuando uno o varios competidores realizan actos que causan perjuicio a otro u otros competidores, de conformidad con la doctrina, la jurisprudencia y algunas normas jurídicas, a estos actos se los llama “actos de competencia desleal” y generalmente están destinados a crear confusión (con los productos o servicios que ofrece otro competidor), error o descrédito (a otro competidor), engaño (al público consumidor), etc. El objeto de este tipo de actos es provocar la desviación de la clientela ajena, y su ilicitud deriva de la deslealtad de los medios empleados.

Mediante Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de Octubre del 2011 se expide en el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la cual en sus artículos 25 y 26 prohíbe y establece que serán sancionados los hechos, actos o prácticas desleales. En concordancia con estas normas y como tema central de mi plan de disertación, el artículo 27 numeral 1 considera desleal “...*toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o establecimientos ajenos...*”. Si bien es cierto que en otros cuerpos normativos ya existían normas que prohibían y sancionaban este tipo de conductas, esta es la primera vez que se expide en nuestro país una ley específica en la

materia, la cual establece procedimientos administrativos especiales y crea un órgano especializado para garantizar la aplicación y efectivo cumplimiento de las mismas.

De este tipo de actos de competencia desleal se desprenden dos problemas principales, el primero que el consumidor no tendrá la capacidad de escoger el producto o servicio que más le conviene de acuerdo a sus intereses y el segundo que se verán afectados los otros competidores, viéndose perjudicados en las ventas que pudieron hacer y que fueron obtenidas deslealmente por el competidor que se aprovechó del esfuerzo ajeno.

Para esta investigación se ha aplicado el método deductivo, utilizando datos generales aceptados como válidos, como por ejemplo; resoluciones de órganos expertos en la materia, estudios realizados por terceras personas que contienen teorías y corrientes de pensamiento sólidas. Esto ha servido como fundamento para desarrollar nuevos aportes teóricos en los cuales se ha incluido mi opinión personal y se ha llegado a varias conclusiones en particular.

Asimismo por medio del método jurídico descriptivo se ha estudiado las normas jurídicas pertinentes, analizando cada uno de los elementos que las conforman, con el fin de obtener resultados y conceptos claros y determinados sobre la temática en cuestión.

Como resultado de este estudio se ha establecido el alcance, contenido, formas y medios de cometimiento de los actos de inducción a la confusión como actos de competencia desleal y la tutela jurídica correspondiente en caso de que los competidores de un mercado incurran en este tipo de conductas.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis colegas, estudiantes de derecho, investigadores y juristas que se encuentren interesados en el estudio de este novedoso tema.

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

A la Vida.

A mis padres, por haberme dado la vida y ser mí apoyo incondicional

A mis hermanos, por ser mis ángeles.

Al Doctor Esteban Argudo Carpio, por dirigirme y asesorarme en la elaboración del presente trabajo.

Tabla de contenido

CAPITULO I.....	5
1. CAPITULO INTRODUCTORIO.- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	5
1.1. El derecho de la libre competencia.....	6
1.1.1. El derecho de la libre competencia en el Ecuador.....	8
1.1.2. El derecho de la competencia desleal	13
1.2. Orígenes y evolución del derecho de la competencia: El derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal	15
1.2.1. Origen del derecho de la libre competencia en el mundo.....	15
1.2.2. Evolución del derecho de la competencia desleal en el mundo	15
1.2.3. Origen del derecho de competencia en Estados Unidos.....	20
1.2.4. Origen del derecho de competencia desleal en Estados Unidos.....	22
1.2.5. Origen y evolución del derecho de la competencia desleal en el Ecuador	23
CAPITULO II.....	29
2. LA COMPETENCIA DESLEAL EN GENERAL: LA INDUCCIÓN A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL	29
2.1. La competencia desleal en general.....	29
2.1.1. Cláusula general o prohibición general de competencia desleal.....	29
2.1.2. Elementos que se deben considerar para que una conducta se pueda considerar competencia desleal	33
2.1.2.1. Acción y omisión.....	33
2.1.2.2. Carácter objetivo	33
2.1.2.3. Ilícito de peligro	34
2.1.3. Naturaleza extracontractual	35
2.2. Criterios valorativos: Usos o costumbres honestos	35
2.2.1. Actividades económicas o prácticas comerciales.....	36
2.2.1.1. Actos o prácticas comerciales desleales	37
2.3. Inducción a la confusión como acto de competencia desleal y práctica comercial engañosa	38
2.3.1. Relevancia social que justifica la regulación de la prohibición y sanción de la inducción a la confusión como acto de competencia desleal	44

2.3.2. Riesgo de confusión en sentido estricto (riesgo de confusión directo o inmediato y riesgo de confusión indirecto o mediato) y riesgo de confusión en sentido amplio o riesgo de asociación.....	47
2.3.3. Daño potencial o efectivo en los actos de confusión desleal.....	49
2.3.4. Valoración de la confundibilidad	49
2.3.4.1. Acción de confundir	50
2.3.4.2. Uso, implantación, consolidación y reconocimiento en el tráfico del medio de identificación	51
2.3.4.3. Consumidor medio	52
2.3.4.4. Apreciación conjunta.....	53
2.3.4.5. Carácter distintivo	54
2.3.4.6. Fin concurrencial	55
2.3.5. Relación de los actos de confusión con otros actos de competencia desleal	57
2.3.5.1. Relación de los actos de confusión con los actos de engaño.....	58
2.3.5.2. Relación de los actos de confusión con los actos de imitación	60
2.3.5.3. Relación de los actos de confusión con los actos de explotación de la reputación ajena.....	61
CAPITULO III	63
3. LA INDUCCIÓN A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y EL RIESGO DE CONFUSIÓN COMO INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	63
3.1. Derechos de propiedad intelectual relacionados con los actos de confusión desleal.....	63
3.1.1. Marcas y lemas comerciales.....	63
3.1.2. Nombres Comerciales	64
3.1.3. Apariencias Distintivas	65
3.1.4. Indicaciones Geográficas	65
3.1.5. Tutela Administrativa como medio de protección de los derechos de propiedad intelectual	66
3.2. Radicación del órgano competente para conocer y resolver: Los actos de competencia desleal por inducción a la confusión y; El riesgo de confusión como infracción a los derechos de propiedad intelectual.....	68
3.2.1. España: La tesis de la primacía en la Jurisprudencia.....	68
3.2.2. Alemania y la Vorrangthese	70
3.2.3. Perú: Directiva No. 001-96 –TRI	71

3.2.4. Ecuador: El interés general.....	72
CAPITULO IV	74
4. LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR EL PRESUNTO COMETIMIENTO DE PRÁCTICAS DESLEALES EN LOS ASUNTOS QUE SE DISCUTEN CUESTIONES RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	74
4.1. La Superintendencia de Control de Poder de Mercado.....	74
4.2. Procedimiento administrativo por el presunto cometimiento de prácticas desleales en los asuntos que se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual: Denuncia ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual; Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado	75
4.2.1. Normas generales para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado: El interés general de consumidores y usuarios; Primacía de la realidad; Mercado relevante	75
4.2.1.1. El interés general de consumidores y usuarios.....	75
4.2.1.2. Primacía de la realidad	78
4.2.1.3. Mercado relevante en relación con el interés general.....	79
4.2.2. Denuncia ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.....	80
4.2.2.1. Análisis Jurídico de la Disposición Reformatoria y Derogatoria Décimo Tercera de la LORCPM que establece que “... La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal...”	82
4.2.3. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado	84
4.2.4. Del procedimiento de investigación y sanción	87
4.2.5. Facultades de investigación de la SCPM.....	91
4.2.6. Medidas preventivas	93
4.2.7. Compromisos de cese	96
4.2.8. Sanción por el cometimiento de actos de competencia desleal	96
4.2.8.1. Circunstancias Agravantes	98
4.2.8.2. Circunstancias Atenuantes.....	98
4.2.9. Medidas correctivas	99
4.2.10. Multas coercitivas.....	100
4.2.11. Recursos en sede administrativa y jurisdiccional	101
4.2.11.1. Recurso de Reposición	101
4.2.11.2. Recurso de Apelación o Jerárquico	102
4.2.11.3. Recurso extraordinario de revisión.....	103

4.2.11.4.	Acción Contenciosa.....	103
4.2.12.	Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.....	104
4.2.13.	Responsabilidad civil.....	104
5.	CONCLUSIONES	105
6.	RECOMENDACIONES	114
7.	BIBLIOGRAFIA.....	116

CAPITULO I

1. CAPITULO INTRODUCTORIO.- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

El conjunto de normas que configuran las reglas jurídicas que deben observar los empresarios en el mercado para desarrollar una actividad económica libre y leal, constituye lo que se conoce modernamente con el nombre de Derecho de la Competencia. Precisamente porque se trata de garantizar una competencia que respete dos principios diferentes, como son el de libertad, y el de lealtad, este sector del ordenamiento se divide, a su vez, en dos subsectores: el denominado “Derecho de la Libre Competencia” (o más simplemente la Libre Competencia), que es el sistema normativo que se encarga de hacer efectivo el principio de libertad de competencia; y el subsector llamado “Derecho sobre la Competencia Desleal” (o más simplemente Competencia Desleal) cuyo objeto es mantener la vigencia de los principios de la lealtad y licitud en la competencia¹.

Así, se puede decir que existen las normas sobre libre competencia, las normas sobre competencia desleal y las normas de protección al consumidor. El objetivo real de todas estas normas es el bienestar de los consumidores, de los competidores y que el mercado funcione de manera correcta. Los dos primeros grupos de normas protegen al consumidor indirectamente y el último de manera directa. Las normas de libre competencia y las de competencia desleal se refieren al mecanismo de competencia en el mercado y las de protección al consumidor se refieren a la elección que realizan los consumidores para adquirir bienes y servicios.

El surgimiento y desarrollo de estas normas se ha dado conforme a las situaciones sociales, políticas y económicas y han sido adaptadas y aplicadas en base a éstas. Si bien es cierto que no han sido creadas y reconocidas de forma paralela, es decir, dentro de una misma época histórica, ha llegado un punto en el que por su

¹ OTERO LASTRES, José Manuel. La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. [www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEwQFjAA&url=http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5322:la-libre-competencia-y-la-propiedad-industrial&catid=27:derecho-de-autor-y-propiedad-intelectual&Itemid=420&ei=FOPHT5aWBla69OT0hoyLDw&usq=AFQjCNH1xI_pD1diY5sgN5RBdcPDb8SW4A&sig2=JLcjl6gVKuyfDIU5qMXWvg](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5322:la-libre-competencia-y-la-propiedad-industrial&catid=27:derecho-de-autor-y-propiedad-intelectual&Itemid=420&ei=FOPHT5aWBla69OT0hoyLDw&usq=AFQjCNH1xI_pD1diY5sgN5RBdcPDb8SW4A&sig2=JLcjl6gVKuyfDIU5qMXWvg). Fecha de acceso: 31 de mayo de 2012.

naturaleza y fin han formado parte de un mismo cuerpo normativo en los distintos países que las reconocen y garantizan.

Las normas de libre competencia, comúnmente referidas como antimonopolio o *antitrust*, buscan evitar atentados contra la existencia de la competencia económica. Así se sancionan; el abuso de una posición en el dominio en un mercado en particular; o la existencia de colusión entre los competidores en un determinado mercado. Entonces queda claro que lo que se busca es mayor competencia, se podría decir, cuanto más competencia mejor².

Por otra parte las normas de competencia desleal no se refieren a la existencia o no de la competencia, sino a la forma en que esta se lleva a cabo, introduciendo el concepto de lealtad, es decir, hay competencia que no vale y que es perjudicial para la sociedad³.

Los actos de competencia desleal son definidos, en general, como toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres en materia de industria y de comercio, que por medios ilegítimos, realiza un fabricante o vendedor para aumentar su cuota de mercado y persiga desviar clientela de un agente del mercado⁴.

1.1. El derecho de la libre competencia

Con el fin de lograr un desarrollo económico - social eficiente y justo, el Estado debe garantizar dentro de límites razonados ciertos derechos económicos fundamentales tales como; la propiedad privada, la libertad de empresa, la libertad de competencia económica.

Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás,

² EYZAGUIRRE, Hugo. El Derecho de la Competencia Desleal. “Los Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia Desleal”. Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007, Págs. 61 y 62.

³ EYZAGUIRRE, Hugo. Ob. Cit. Pág. 62.

⁴ CONDE BAUTISTA, Claudia Victoria. Acciones por competencia desleal aplicables a los actos de desorganización del competidor. www.google.com.ec/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEkQFjAA&url=http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7399.pdf&ei=zM HT-DDDoaY8gSv1fG4Dw&usq=AFQjCNEmijDF9yypYcMc9hKFtOWHG0E7yQ&sig2=QNhN8Jqb4SisK9pKH0OZ1A Pág. (i). Fecha de acceso: 30 de mayo de 2012.

con el objeto de ofrecer y vender bienes y servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela (...). El derecho a la libre competencia económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra, implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia⁵.

Podemos decir, que entre los elementos esenciales de la competencia, tenemos principalmente: la independencia; y la posibilidad y oportunidad de acceso a los mercados por parte de los concurrentes o potenciales competidores. El reconocimiento y protección de la libertad de competencia dentro del ordenamiento jurídico, es vital para una competencia saludable que cuente con el número de competidores necesarios para ello.

El autor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, manifiesta que el enfoque más aceptable para lograr una precisión susceptible de aplicación práctica del concepto de competencia es a través de la exposición de los factores esenciales y concomitantes, que concierne a este tipo de conductas⁶ y menciona los siguientes:

- i) Independencia de las partes que actúen en un mercado.
- ii) Oportunidad de acceso al mercado. Puede observarse que esta faceta de la competencia es tutelada a través de las figuras que sancionan, en forma especial, la obstaculización del acceso al mercado de concurrentes potenciales.
- iii) Libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes. Este aspecto es tutelado a través de las normas que protegen a los dos factores precedentes, lo que le da un carácter relativamente subordinado, así como las reglas que se dirigen contra la negativa a operar con determinadas personas, las discriminaciones y la imposición de cláusulas atadas⁷.

⁵MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Compilación documentos sobre Derecho de la Competencia. Santa Fé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana, 1999. Pág. 18.

⁶CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Editorial: Heliasta, 2005. Pág. 345.

⁷Cláusulas Atadas.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero en MARZETTI, Maximiliano. Derecho Argentino de Defensa de la Competencia. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=maximiliano_marzetti. Pág. 5. Fecha de acceso: 29 de mayo de 2012.

Alfonso Miranda Londoño, manifiesta que las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en el proceso de apertura económica⁸:

- 1) Permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores;
- 2) Proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y
- 3) Fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores.

1.1.1. El derecho de la libre competencia en el Ecuador

En el Ecuador, tenemos algunas normas jurídicas en donde encontramos el fundamento y reconocimiento de la libertad de competencia, entre ellas: La Constitución; La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- Constitución del Ecuador.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Art. 278.- Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde:

- 1) Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental.*

⁸JATAR, Ana Julia y TINEO, Luis en MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf Pág. 317. Fecha de acceso: 5 de febrero de 2012.

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Es así que el Estado reconoce la libertad de empresa y de competencia, como factores que juegan un papel fundamental en la economía y por el hecho de su reconocimiento dentro del marco legal, se convierten en un incentivo para los operadores económicos, quienes pueden aprovechar las ventajas de esta libertad, valiéndose de medios legales para lograr una mayor atracción de clientela y como consecuencia un mejor posicionamiento en el mercado. El derecho a desarrollar actividades económicas y a producir, intercambiar y consumir bienes y servicios, se ha establecido con el fin de asegurar la existencia de un sistema económico competitivo en igualdad de condiciones y oportunidades para quienes se encuentran interesados en acceder a competir en el mercado.

En concordancia con las normas mencionadas, la propia Constitución establece como una de sus políticas comerciales “evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas”.

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

En este sentido, cuando la norma habla de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas⁹, lo hace con el objetivo primordial de defender y promocionar la libertad

⁹Se trata de un monopolio cuando un productor (monopolista) oferente posee un gran poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado. Para que exista un monopolio, es necesario que en dicho mercado no existan productos sustitutos, es decir, no existe ningún otro bien que pueda reemplazar el producto determinado y, por lo tanto, es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar. Un oligopolio es un mercado en el que existe un pequeño número de empresas productoras de un bien o servicio homogéneo y por medio de su posición ejercen un poder de mercado provocando que los precios sean más altos y la producción sea inferior. Estas empresas mantienen dicho poder colaborando entre ellas evitando así la competencia. <http://es.wikipedia.org/wiki/Monopolio> Fecha de acceso: 15 de enero de 2012.

de competencia y evitar las barreras de entrada para quienes quieren competir en el mercado, por el acaparamiento de un grupo o grupos de empresas de ciertos productos y servicios ofrecidos; también lo hace, porque cuando una empresa o un grupo de empresas tienen el monopolio u oligopolio de un bien o servicio, pueden manejar los precios de venta de estos, controlando la cantidad del producto o servicio que ponen a la venta (menor producción – mayor precio).

El hecho de que la norma citada diga “prácticas monopólicas y oligopólicas” en lugar de monopolios y oligopolios, es adecuado, ya que en algunas ocasiones los monopolios u oligopolios surgen de la eficiencia de las empresas, las cuales eliminaron del mercado a otras que no eran tan eficientes.

Lo importante a efectos de cumplir la norma Constitucional en análisis, es que no existan barreras de entrada que inhiban el ingreso de nuevos competidores al mercado y que la cantidad de oferta de los productos o servicios en el mercado no tenga como fin el manejar los precios en perjuicio de los consumidores.

Por último, en cuanto al artículo 304 numeral 6 de la Constitución, es importante aclarar que únicamente son prohibidos los acuerdos entre agentes económicos cuando estos restringen la competencia, ya que muchos acuerdos económicos podrían ir en beneficio de los consumidores.

- Decisión 608: Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina .

El 29 de marzo de 2005, la Comunidad Andina de Naciones CAN, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, aprobó la Decisión 608 que contiene las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, misma que entró en vigencia en el Ecuador con la expedición de la Decisión 616 con fecha 15 de julio de 2005. La Decisión 608, prohíbe y sanciona las conductas establecidas en sus artículos 7 y 8.

El artículo 7, expresa de forma ejemplificativa que actos se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, y entre ellos encontramos los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a. Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b. Restringir la oferta o demanda de bienes y servicios;
- c. Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d. Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e. Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Adicionalmente, el artículo 8 contiene las normas de presunción sobre las conductas que pueden constituir abuso de posición de dominio en el mercado.

De conformidad con esta decisión, se reconoce como órgano competente para el conocimiento, resolución, corrección o sanción de estos actos a la Secretaria General de la CAN, cuando las conductas se hayan realizado en; a) El territorio de uno o más Países miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países miembros. Se aclara que en las demás situaciones, cada País se rige por su legislación nacional, pero en todos los casos, la ejecución de medidas cautelares o definitivas corresponde a cada gobierno de los países miembros.

- Decreto Ejecutivo No. 1614

El 27 de marzo de 2009, mediante Registro Oficial No. 558, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 1614, este decreto fue creado con el fin de regular los comportamientos de los operadores económicos que pudieren ser lesivos a la competencia y con el fin de dar cumplimiento a la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. En el considerando décimo de este decreto, se aclaró que este tendría vigencia hasta que la Asamblea Nacional del Ecuador apruebe la ley que regule la competencia.

Se estableció como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la CAN, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia que fue creada dentro de dicho Ministerio.

Entre las facultades de la Subsecretaría de Competencia, se encontraban las de: promoción, difusión, investigación, corrección y sanción en materia de competencia.

En cuanto a las medidas correctivas y sanciones que esta Subsecretaría podía tomar, se aplicaba el artículo 34 de la Decisión 608, y entre ellas encontramos:

1. El cese inmediato de la conducta restrictiva en un plazo determinado.
2. La imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas al infractor.

El Decreto Ejecutivo No. 1614, fue derogado por la disposición reformativa y derogatoria número décimo quinta de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011.

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Entre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación de la política pública de la que trata la Ley, en relación con el derecho a la libre competencia encontramos:

Art. 4.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.

6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.

9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico (...).

Está claro con lo que desarrollamos sobre el derecho de defensa de la competencia, que uno de los objetivos del Estado es proteger y garantizar la libertad de competencia en el mercado, pero si bien es cierto que este derecho es reconocido y protegido mediante normas jurídicas, por otra parte es limitado, controlado y regulado por el Estado para mantener el equilibrio económico en la sociedad y para velar por una economía justa.

1.1.2. El derecho de la competencia desleal

La regulación jurídica de la competencia desleal presupone el previo establecimiento de la libertad de competencia y por ende de la libertad de empresa y de mercado¹⁰, el reconocimiento de la libertad de competencia no es absoluto ya que implica ciertos límites y responsabilidades, tales como: actuar de forma leal; proceder honestamente; operar dentro de los parámetros establecidos en la ley, etc.

Como polo opuesto a la defensa de la competencia, tenemos el otro aspecto problemático: la degeneración en la lucha competencial con la utilización de prácticas desleales. En este caso se trata de “exceso” de agresividad empresarial a través del recurso a cualquier medio ilícito o desleal para atraerse a los consumidores. Este fenómeno no tiene su origen en la fuerza o la intensidad con que el operador mercantil intenta atraerse el mercado (es más, dicho esfuerzo competitivo y de superación de las propuestas del resto de los competidores es lo que se espera del operador y lo que le conviene al tráfico), si no en la utilización de medios reprochables y que se consideran incorrectos para dejar fuera del mercado a otros operadores, influyendo así en la toma de decisión a cualquier nivel del tráfico mercantil¹¹.

¹⁰ DARNACULLETA I GARDELLA, Mercé. La Competencia Desleal. Madrid, Editorial: Closas - Orcoyen, S.L, 2007. Pág. 23.

¹¹ GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 21.

A pesar de que está claro que la “competencia” es “situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”. Esta idea de “rivalidad” que está implícita en la propia noción de competencia advierte, a poco que se medite sobre ello, del doble riesgo que se cierne sobre la misma. El primer riesgo es que los empresarios, ante el gran reto que supone “rivalizar” entre sí para captar la mayor parte posible de la clientela, decidan renunciar a ello; es decir, que opten por eliminar, limitar o falsear esa rivalidad, ya sea a través de acuerdos, pactos o prácticas, ya sea mediante el abuso de una posición de dominio. El segundo riesgo es que los empresarios “rivalicen” hasta tal extremo y con tanta agresividad que compitan anárquicamente, sin respetar ningún tipo de reglas, no dudando en valerse de cualquier tipo de práctica por ilícita que parezca con tal de asegurarse el éxito en el mercado¹².

Es así, que por ello se ha creado por una parte la legislación en pro de defensa de la competencia, y por otra la legislación que regula las conductas desleales, anticompetitivas y restrictivas de la competencia que resultan perjudiciales para el correcto funcionamiento del mercado, normas que han sido establecidas con el fin de asegurar una competencia transparente, leal y justa.

Pues no es suficiente el reconocer la libertad de competencia, sin que además se regule y sancione el cometimiento de los posibles actos deshonestos que podrían realizarse en beneficio injusto de un competidor (participación mayor en el mercado debido al cometimiento de actos ilícitos) y en desmedro y perjuicio de otros competidores que han actuado correctamente.

Si bien es cierto que el implementar políticas de competencia en un Estado requiere de la inversión de altos costos, ya que para garantizar su cumplimiento se necesita de un aparato técnico para cumplir las funciones que por naturaleza se requiere, es necesario que estas sean establecidas, con el objetivo de alcanzar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, con normas que deben ser adaptadas en cada legislación de conformidad con las circunstancias políticas y económicas.

Sobre el establecimiento y evolución en nuestro país de las normas que regulan las prácticas desleales, trataremos más adelante.

¹² OTERO LASTERS, José Manuel. La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5322. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.

1.2. Orígenes y evolución del derecho de la competencia: El derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal

Partiendo del hecho de que el nacimiento del Derecho de la Competencia desleal, supone el previo reconocimiento de la libertad de competencia, a continuación se estudiará y desarrollará la evolución de estas ramas del derecho, que por su naturaleza y objetivos resultan complementarias cuando de su aplicación se trata.

1.2.1. Origen del derecho de la libre competencia en el mundo

Las normas jurídicas sobre el derecho de defensa de la competencia, surgen como un fenómeno del liberalismo económico del siglo XIX, hasta antes de este período la actividad económica se encontraba estrictamente regulada por medio de reglas de comercio que establecían límites de acceso al mercado por medio del establecimiento de condiciones y requisitos, lo cual limitaba la participación de los agentes económicos.

El acceso al mercado no era libre y como es sabido, para ejercer una industria era necesario obtener la inscripción en la Matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, a las que el Estado otorgaba privilegios para acceder al propio mercado. El Estado y las Corporaciones eran las que regulaban la competencia, pero dicha regulación estaba encaminada al control último de la competencia, no a la defensa de la misma¹³.

Con el surgimiento del liberalismo económico, se reconoce la libertad de competencia y por tanto se introduce la libertad de industria y de comercio, lo cual con el transcurso del tiempo se ha ido transformando y adaptando de conformidad con las necesidades económicas y los lineamientos constitucionales y políticos.

1.2.2. Evolución del derecho de la competencia desleal en el mundo

¹³GONZALES VAZQUEZ, Pablo. Libertad de Competencia. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5253%3ALibertad-de-competencia&catid=256%3Anoticias-de-interes&Itemid=551. Fecha de consulta: 26 de octubre de 2011.

M. Mercé Darnaculleta, cita a Aurelio Menéndez y manifiesta que según este autor, en cuanto a materia de competencia desleal se refiere, han sucedido tres modelos de regulación claramente diferenciados en sus postulados básicos: el origen de la regulación de la competencia desleal responde a lo que él denomina el modelo “paleoliberal”, caracterizado por una regulación fragmentaria y de naturaleza penal; este modelo fue sustituido por el denominado modelo “profesional”, en el que los intereses tutelados son de los empresarios y competidores; en la actualidad, aunque se mantienen algunos rasgos del modelo profesional, prevalece el modelo “social” en el que, junto a los intereses de los competidores, se protegen los intereses de los consumidores, así como el interés público en mantener un orden concurrencial no falseado¹⁴.

a) Modelo Paleoliberal de la competencia desleal.- Esta etapa se da a inicios del siglo XIX, la competencia desleal se relaciona directamente con la revolución industrial en la que se consideraba legítima cualquier iniciativa de industria o de comercio que no estaba expresamente prohibida por una ley (libertad de empresa y libre competencia) y el Estado intervenía de manera mínima en el Mercado, reprimiendo únicamente los fraudes más graves.

La libertad de empresa y de competencia supuso la consolidación del derecho de propiedad como derecho fundamental e impuso la necesidad de protección de los derechos de propiedad industrial¹⁵.

Como consecuencia de la ausencia de reglas Estatales, las empresas recurrieron a sistemas de autotutela para *“evitar y limitar riesgos naturales y permanentes, tales como las guerras de precios, la competencia en el mercado laboral o las políticas ofensivas de venta”*¹⁶.

La autotutela de las empresas no fue suficiente para combatir estos actos, pues, se requería reglas Estatales que regularan, controlaran y sancionaran estos hechos por lo que se desarrolló la normativa que exigía las circunstancias. Es así que se crearon normas de competencia desleal, las cuales se encontraban dispersas y no existía un cuerpo normativo general que las contenga, sino más bien eran tratadas como un complemento de las normas de propiedad industrial.

¹⁴ DARNACULLETA I GARDELIA, Merce. Ob. Cit. Págs. 23 y 24.

¹⁵ GUIDINI en GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Competencia Desleal. Buenos Aires, Editorial: Lexis Nexis, 2004, Pág. 10.

¹⁶ GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián. Ob. Cit.

“En este contexto comenzó a desarrollarse una normativa protectora, cuyas características fueron: (i) la especialidad, en cuanto existe una regulación fragmentaria y no de carácter general respecto de las conductas concurrenciales desleales, (ii) la tipicidad, en cuanto tan sólo se reprimían las conductas que expresa y taxativamente venían determinadas por ley, y (iii) la naturaleza penal de las sanciones, característica que obedecía a la ideología liberal, la cual excluía la intervención del Estado excepto en los casos de grave vulneración de los derechos básicos de los operadores de mercado”¹⁷.

La primera manifestación legislativa sobre competencia desleal la encontramos en Francia en el Art. 418 del Código Penal napoleónico, referente al secreto industrial. Si bien es cierto que antes de 1810 ya existían algunas normas al respecto *“Dicho artículo aplicaba graves sanciones a quien revelara un secreto de fábrica a un extranjero o a un francés residente en el extranjero”¹⁸.*

En materia civil, Francia desarrolló jurisprudencia sobre la cláusula general de responsabilidad civil, protegiendo al competidor perjudicado por otro competidor cuando éste realizaba actos desleales como provocación de confusión entre las prestaciones, violación de secretos industriales o actos de denigración.

En España, se siguió la protección típicamente penal, la cual tipificaba como delito los actos de aprovechamiento de reputación ajena, imitación, engaño y denigración, siendo un sistema represivo de competencia desleal, a través de los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902¹⁹.

b) Modelo profesional o corporativo de competencia desleal.- A finales del siglo XIX y principios del XX, se consolidó el régimen económico liberal, y los empresarios habían adquirido experiencia y se habían formado criterios sobre las conductas correctas o incorrectas que podían tener otros competidores en el mercado. Como consecuencia de ello, los competidores empezaron a reclamar al Estado por la protección jurídica en contra de las prácticas competitivas que consideraban incorrectas.

¹⁷ GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián. Ob. Cit.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ CONDE BAUTISTA, Claudia Victoria. Ob. Cit. Pág. 3. Fecha de acceso: 30 de mayo de 2012.

“Se recurre entonces a la prohibición del acto de competencia desleal en general, superándose la tutela fragmentaria de las legislaciones especiales que protegen los derechos de exclusiva sobre los bienes inmateriales”²⁰.

Se puede decir, que es en esta fase en la que efectivamente cabe hablar de una disciplina de competencia desleal.

Las características de los rasgos de competencia desleal en este período son las siguientes:

- Cláusula general de prohibición de competencia desleal, generalmente, se lo hacía de acuerdo a lo que los empresarios consideraban moralmente regular. Se aplicaban conceptos jurídicamente indeterminados, como por ejemplo, el artículo 10 bis, del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial que establece “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial (...)”.
- La protección a los consumidores era indirecta, se protegía los intereses privados de los propios empresarios y se entendía que así se favorecía a los consumidores.
- Únicamente estaban legitimados para demandar estos actos, quienes se encontraban en una relación competitiva con el demandado.
- Las sanciones, dejaron de ser penales, para adaptarse al derecho privado: acción de cesación, acción de daños y perjuicios, acción de remoción.

No es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor. La anterior normativa penal implicaba la necesidad de culpabilidad para estimar las pretensiones ejercidas frente a actos desleales²¹.

En relación con la materia civil, la creación de estas normas especiales también respondía a que cuando se reclamaba por vía civil la protección por el cometimiento de un acto de competencia desleal, era estrictamente necesario probar que como

²⁰ CONDE BAUTISTA, Claudia Victoria. Ob. Cit. Pág. 13.

²¹ GARCIA MENENDEZ Sebastián. Ob. Cit. Pág. 13.

consecuencia se produjo “daño”, pues se aplicaban las normas de responsabilidad extracontractual y era imposible iniciar acciones como la de prohibición, para evitar que se produzca un daño a pesar de la existencia de indicios objetivos de esta posibilidad.

En este período se debe hacer mención especial al Convenio de la Unión de París, a través del cual se generaliza el modelo profesional en los ordenamientos europeos más representativos. Este Convenio exige a los pujantes países industrializados configurar una disciplina de la competencia desleal como un aspecto de la tutela de la propiedad industrial, común en sus grandes rasgos e inspirada en los intereses profesionales²².

El 20 de marzo de 1883 se había firmado el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, el cual, en su versión original, no contenía precepto alguno sobre la competencia desleal. En la revisión de Bruselas del 14 de diciembre de 1900 se introdujo el artículo 10 bis, por el que se estableció que los ciudadanos de los países de la Unión gozarían en cualquiera de los Estados miembros de la protección contra la competencia desleal acordada para sus nacionales. En la sucesiva revisión de Washington del 2 de junio de 1911 se afirmó genéricamente que todos los países miembros de la Unión deberían crear una normativa apropiada para reprimir la competencia desleal. Es en la revisión de la Haya del 6 de noviembre de 1925 donde por fin se introduce en el art. 10 bis una cláusula general de deslealtad, estableciendo como criterio de valoración de las conductas a los usos honestos en materia comercial e industrial. Dicha cláusula general se mantuvo en las sucesivas revisiones de Londres, Lisboa y Estocolmo²³.

c) Modelo Social.- Este período surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, la competencia deja de ser un derecho de los empresarios y se convierte en una obligación. El objeto de esta etapa ya no es exclusivamente velar por el interés de los competidores, si no es la protección de los intereses de: competidores (interés privado), colectivo de los consumidores, el Estado (interés público).

²² *Ibidem*. Pág.15.

²³ *Ibidem*. Pág. 12.

Es así como surgió la necesidad de derrocar el modelo profesional individualista para asentar el denominado modelo social, en el que prima el interés colectivo y público.

Al ser el funcionamiento del mercado una de las responsabilidades del Estado, éste crea normas jurídicas para cumplir con sus obligaciones, tales como:

- Normas que reprimen las conductas o actos de competencia desleal, por resultar incongruentes con las exigencias del orden concurrencial.
- Normas antitrust o de defensa de la competencia que reprimen la alteración del mercado por ser incongruentes con el orden concurrencial.

Estas normas no persiguen un mismo fin, sin embargo se complementan. Las normas de competencia desleal protegen los intereses de los participantes en el mercado y las normas de defensa de la competencia protegen el mercado como institución.

Como conclusión, en este modelo, el establecimiento de las normas de competencia desleal, está dirigido a ordenar y controlar las conductas de los competidores en el mercado con un fin social, en el cual prevalece el interés general de la sociedad sobre los posibles intereses particulares de los competidores.

1.2.3. Origen del derecho de competencia en Estados Unidos

Los aspectos sustantivos de la legislación antitrust y de competencia desleal de los Estados Unidos se encuentran incorporados, básicamente, en tres leyes: La Ley Sherman, La Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de comercio²⁴.

- Ley Sherman (1890 – 1914)

El senador Jhon Sherman presentó un proyecto de ley contra los monopolios (antitrust), misma que fue aprobada en 1890 por el Congreso. Esta ley surge como

²⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Editorial: Heliasta, 2005. Pág. 114.

respuesta a los acuerdos económicos realizados entre empresarios quienes fijaban precios y se dividían el mercado restringiendo de esta manera la libertad de competencia durante la época entre la guerra civil y el año 1890.

A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust²⁵.

No está por demás mencionar que DiLorenzo sostiene que la normativa antitrust de EE.UU., fue producto de grupos de interés que buscaban protegerse de las grandes corporaciones que crecían rápidamente y lograban precios bajos debido a las economías de escala que obtenían²⁶.

Es decir, este autor considera que al contrario de lo que se piensa, la Ley Sherman no fue producto de imponer la libertad de competencia como principio, sino más bien se trataba de otro tipo de medida.

La ley Sherman ha sido considerada como la Carta Magna de la economía de mercado en los Estados Unidos, cuyos dos primeros artículos constituyen la base del contenido de la ley que en su texto prohíben y sancionan:

1. Todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los Estados Federados o con países extranjeros se declara ilegal²⁷.
2. Toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad, o del comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, y toda persona que se coligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte de comercio entre Estados Federados o con otros países se considera reo o delito punible²⁸.

²⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 35.

²⁷Every contract, combination, in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreing nations, is hereby declared to be illegal.

²⁸Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspiere with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.

En resumen el primer artículo prohíbe cualquier práctica o acuerdo que restrinja la competencia y el segundo artículo prohíbe la monopolización o intento de monopolizar cualquier parte interestatal o internacional del comercio.

La Ley Sherman fue criticada por ser muy genérica puesto que prohibía y castigaba “todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio” y no resultaba clara para los empresarios que querían cumplirla ni para los jueces que tenían que interpretarla.

- Ley Clayton (1914-1936)

En el año 1914 se promulga la Ley Clayton la cual restringía la discrecionalidad de los jueces, y se prohibía de manera específica ciertas conductas.

Según el autor Alfonso Miranda, el contenido de esta ley puede resumirse de la siguiente manera²⁹:

1. Trataba sobre la discriminación de precios.
2. Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores, otorgando dichos privilegios bajo la condición de que no usen, adquieran o consuman los productos de la competencia.
3. Prohíbe las fusiones y adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.
4. Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía.

1.2.4. Origen del derecho de competencia desleal en Estados Unidos

En 1849 fue el juez Duer en el caso “Amoskeag Mfg. Co. V. Spear” quien sentó las bases de la doctrina de la competencia desleal, indicando a su vez cinco sentencias

²⁹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 149 - 150.

como los precedentes fundamentales en la materia. En una de las sentencias citadas, “Croft. V. Day”, en la cual se ventiló un conflicto de uso de nombre comercial, el juez de la causa expresó: “Mi decisión no se basa en un derecho de exclusiva de uso del nombre comercial 'Day and Martín' por parte del demandante, si no en el hecho de que el demandado haya utilizado dicho nombre de forma premeditada para engañar al público y para obtener un beneficio que no le corresponde desde el punto de vista de la justicia y honestidad de los negocios”³⁰.

- Ley de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission Act) 1914.

Esta Ley fue promulgada simultáneamente a la Clayton Act y crea la Comisión Federal de Comercio y la Industria, la cual se encargaba de prevenir las violaciones a las Leyes antitrust y declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas reprimiéndolas a través de procesos administrativos.

La Comisión Federal de Comercio y la Industria fue establecida para impartir órdenes a grandes corporaciones para detener las prácticas injustas en el comercio³¹.

Es importante esta Ley ya que crea el órgano encargado de garantizar el cumplimiento de las normas antitrust, que a su vez previene, controla, impide y reprime los actos de competencia desleal.

Años más tarde se creó la Comisión antitrust del Departamento de Justicia.

1.2.5. Origen y evolución del derecho de la competencia desleal en el Ecuador

- Código Civil

En el Ecuador, frente a la inexistencia de una ley especial que regule los actos de competencia desleal, se aplicaban las normas referentes a responsabilidad extracontractual del Código Civil, según la cual todo daño que pueda imputarse a

³⁰ GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 19.

³¹ Wikipedia. La enciclopedia libre.

http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_la_Comisi%C3%B3n_Federal_de_Comercio. Fecha de acceso: 30 de noviembre de 2011.

malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, es decir, se utilizaba la vía de los delitos y los cuasidelitos civiles. De esta manera la persona a la cual se le causaba un daño podía reclamar la indemnización o reparación.

Tal criterio fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia la cual señaló que las normas de los Arts. 2241³² y 2256³³ del Código Civil tenían aplicación para situaciones de usos comerciales y que las partes afectadas podrían reclamar indemnización o reparación si es que demostraban la existencia de delito o cuasidelito que haya inferido daño a otro (para el caso del artículo 2241 del citado Código Civil), o la malicia o negligencia de la otra persona, (para el caso del artículo 2256 del mismo cuerpo legal) . Para lo cual afirmó *“Para considerar la existencia de la misma habrá que verificar la presencia de acciones contrarias a los usos o costumbres honestos, ya sea usos de carácter nacional o internacional, como corresponda, elementos que deben ser objeto de prueba por quien alega deslealtad”*³⁴.

- Convenio de París

Con fecha 21 de enero de 1996 (R.O. 977, suplemento, 28 de junio de 1996), el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial de Comercio, al convertirse en uno de sus Estados miembros, aceptó con su sola firma todos los Acuerdos de la OMC, siendo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o “TRIP’s) uno de ellos.

El Artículo dos del Acuerdo sobre los ADPIC, establece en su texto:

Artículo 2

Convenios sobre propiedad intelectual

1. En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967).

³²Actual Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

³³Actual Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (...).

³⁴PONCE MARTINEZ, Alejandro, ANDRADE TORRES, Paola, PONCE VILLACIS, Cristina. La Competencia Desleal en Ecuador. Revista jurídica online. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-1/2-la_competencia_desleal.pdf. Pág. 50.

De esta manera, el artículo 10 bis del Convenio de París, constituye el punto de partida de la represión de la competencia desleal en el Ecuador, el cual reza:

Artículo 10bis

Competencia desleal

1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

(i) 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;

(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(iii) 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.

- Decisión 486: Régimen común sobre Propiedad Industrial

Con fecha 1 de diciembre del año 2000, entra en vigencia en el Ecuador la Decisión 486 del Régimen común sobre propiedad industrial de la Comunidad Andina de Naciones. Esta decisión abarca normas importantes sobre competencia desleal en su capítulo XVI, que trata de la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

El artículo 258, incorpora una cláusula general que considera desleal a *“todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea*

contrario a los usos y prácticas honestos”. Adicionalmente en los artículos 259 y 262 se desarrollan de manera ejemplificativa algunos actos de competencia desleal, entre ellos encontramos: los actos de confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 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; y la divulgación, adquisición o uso de secretos empresariales.

El artículo 267, estipula que sin perjuicio de cualquier otra acción, quien tenga legítimo interés podrá pedir a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial y el artículo 268 establece que las acciones por competencia desleal prescriben a los dos años contados desde que se cometió por última vez el acto desleal, a excepción que una norma interna establezca un plazo distinto.

- Ley de Propiedad Intelectual

En el Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998, se publicó la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, en la cual se incluyeron algunas normas sobre competencia desleal, las cuales fueron reproducidas en la Codificación No. 13, publicada en Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de Diciembre del 2006 de la misma Ley.

El libro IV de la mencionada Ley, establecía en cuatro artículos las normas sobre competencia desleal. El Art. 284 consideraba competencia desleal a *“Todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas...”*. Así mismo, el propio artículo rezaba *“La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio”*.

Es decir se trataba de una cláusula general, de una norma de carácter amplio que comprendía no únicamente los actos de competencia desleal relacionados con temas de

propiedad intelectual, sino también, cualquier tipo de hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo cualquier actividad económica. Por último los artículos 285 y 286, instituían de una forma más específica y de manera ejemplificativa qué actos se consideraban desleales, los cuales en realidad se encontraban más relacionados con temas de propiedad intelectual.

Las normas de competencia desleal contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, fueron expresamente derogadas por la disposición decimo segunda de las disposiciones reformativas y derogatorias de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011 que ordena *“Deróguense los artículos 183 al 193 y 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006”*.

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Mediante Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de Octubre del 2011, se expide la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante LORCPM, siendo esta la primera vez que se crea una ley específica cuyo objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; prevenir, prohibir y sancionar los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; controlar y regular las operaciones de concentración económica; y prevenir, prohibir y sancionar las prácticas desleales. El fin de esta ley es buscar la eficiencia en los mercados, alcanzar el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y de los usuarios.

Con el fin de procurar que el mercado funcione de manera transparente y eficiente, el capítulo II de la Ley, ha establecido las normas del régimen de regulación y control, en cuya sección 5 se encuentran desarrolladas las normas sobre las prácticas desleales, en las cuales se define el alcance y contenido de las mismas, se prohíbe el cometimiento de este tipo de actos y se establece de forma ejemplificativa y bastante clara qué actos pueden considerarse desleales.

Esta es la primera vez que se incorpora en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un cuerpo normativo específico que reúne el conjunto de normas que modernamente se lo llama Derecho de la Competencia y que contiene por una parte las normas de protección a la “Libertad de Competencia” y por otra parte recoge las normas del “Derecho sobre la Competencia Desleal”.

- Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Mediante Registro Oficial No. 197 de fecha 7 de mayo de 2012, se publica el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el cual en sus artículos 30 y 31, establece las normas de procedimiento en los casos en los que se han presentado denuncias por la presunta comisión de prácticas desleales, sobre la aplicación de este reglamento se tratará en el capítulo pertinente.

CAPITULO II

2. LA COMPETENCIA DESLEAL EN GENERAL: LA INDUCCIÓN A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

2.1. La competencia desleal en general

2.1.1. Cláusula general o prohibición general de competencia desleal

Por su amplitud, los actos de competencia desleal son prácticamente imposibles de enumerar de forma casuística, además con el paso del tiempo y las nuevas circunstancias del mercado surgen nuevas prácticas que pueden ser consideradas como ilícitas y por ello establecer una definición concreta de competencia desleal es insostenible.

Lo que sí está claro es que hay medios leales para competir, como ofrecer productos de la mejor calidad posible al menor precio posible, sin llegar al dumping, la realización de campañas publicitarias o promocionales, la distribución del producto en todos los lugares en que es buscado, para citar los principales. Se trata de medios en los que el competidor solo se apoya en su propio esfuerzo y desde esta posición, intenta vencer a su o sus competidores. Esta conducta es impecable y leal. Cuando el competidor, para luchar por la clientela, comienza a “apoyarse” en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad y, por ende, la ilicitud, puede aparecer con toda facilidad³⁵.

Con este antecedente, varias legislaciones han optado por establecer una cláusula general, por medio de la cual se establecen principios y lineamientos básicos y generales de competencia desleal, es decir, una cláusula dentro de la que se puede abarcar todas las posibles conductas que puedan ser consideradas como desleales, sin que necesariamente se enumere casuísticamente cada uno de los distintos actos de competencia desleal, lo que no impide que se enumere estos actos de forma ejemplificativa.

³⁵ OTAMENDI, Jorge. La Competencia Desleal. http://adf.ly/778833/banner/http://ar.search.yahoo.com/search?n=10&ei=UTF-8&va_vt=any&vo_vt=any&ve_vt=any&vp_vt=any&vd=all&vst=0&vf=pdf&vm=p&fl=0&fr=yfp-t-725&p=competencia-desleal&vs= Fecha de acceso: 08 de febrero de 2012. Pág.1.

La concreción de una cláusula general que incluya las líneas definitorias de los actos concurrencialmente desleales tiene una finalidad interpretativa, ya que permitirá al juez aplicar a la materia criterios valorativos concretos. Así mismo, tiene una finalidad de seguridad jurídica, puesto que el operador de mercado sería consciente, en términos generales, de cuándo una conducta llevada a cabo en competencia es considerada desleal y cuando no³⁶.

Como se dejó establecido en el primer capítulo, proteger y garantizar la libertad de competencia en el mercado es uno de los objetivos primordiales del Estado y por ello se debe partir del presupuesto de que de manera general los actos de competencia son lícitos y leales. Partiendo de este presupuesto, se entiende que las conductas desleales de los competidores deben ser interpretadas con carácter restrictivo.

De esta manera, e íntimamente relacionada con la necesidad de seguridad jurídica, la función más relevante de una definición (cláusula general) quizá sea la de liberalizar aquellos comportamientos que no son desleales³⁷. Con esto, se quiere decir que al momento en el que el legislador redacta una cláusula general sobre competencia desleal, debe ser cuidadoso de que no se pueda interpretar como desleal un acto que sea leal y esta posibilidad debe quedar totalmente excluida por seguridad jurídica.

Pueden darse casos en los que un competidor tache como “actos de competencia desleal” a conductas lícitas dentro del campo de la libre competencia, lo cual de no tener una cláusula clara que excluya la posibilidad de que estos actos leales puedan englobarse dentro de los “actos desleales” podría ocasionar un grave perjuicio para la sana competencia, constituyendo un obstáculo en el tráfico mercantil.

Otra de las funciones al establecer una cláusula general, es la adaptación del sistema a los cambios que se dan en el mercado debido a situaciones políticas, jurídicas y económicas, cumpliendo así una función preventiva de todos los supuestos o actos desleales que puedan surgir y que no se encuentren previstos en la norma de forma taxativa.

La evolución del tráfico mercantil hace que se genere constantemente nuevos supuestos que pueden quedar excluidos de los actos concretos de competencia desleal previstos por una norma. Por lo tanto, la cláusula general, al establecer los principios

³⁶ EMPARAZA SOBEJANO en GARCIA MENENDEZ Sebastián. Ob. Cit. Pág. 65.

³⁷ *Ibíd.*

básicos y generales de la competencia desleal, nunca quedará obsoleta, y todos los presupuestos no previstos específicamente podrán ser sancionados al quedar incluidos en ella³⁸.

La prohibición general de las prácticas comerciales desleales no es un principio programático, sino una norma sustantiva susceptible de ser aplicada autónoma y directamente para declarar la deslealtad de una determinada práctica y, por ello, para servir de fundamento a la adopción de las medidas de defensa y sanciones que procedan³⁹.

No está por demás mencionar, que a pesar de la existencia de una cláusula general, por motivos de seguridad jurídica se han determinado de manera específica algunos actos o prácticas comerciales desleales que se consideran más comunes y que por la experiencia práctica pueden ser establecidas con mayor precisión.

Cabe manifestar que algunos autores no están de acuerdo con la existencia de una cláusula general, en este sentido García Enterría manifiesta que no caben cláusulas generales que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa⁴⁰.

En este mismo sentido, Danós señala que:

“En el aspecto material el principio de legalidad implica que la norma con rango de ley debe definir dos elementos: la tipificación de las conductas que se consideran infracciones y la determinación de las sanciones que la administración puede aplicar. En otras palabras es menester exigir de los dispositivos legales la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus sanciones. Por tal razón, no es compatible con este principio aquella técnica muy extendida en el derecho sancionador administrativo por la que muchas veces la norma tipificadora de la conducta antijurídica carece de contenido material propio y se estila más bien calificar de manera genérica como

³⁸ GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 66.

³⁹ MASSAGUER, José. El nuevo derecho contra la Competencia Desleal. Navarra, Editorial: Aranzadi S.A., 2006, Pág. 57.

⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Editorial: Civitas, séptima edición, 2000, Pág. 174.

*infracción toda contravención a los mandatos establecidos por una determinada norma*⁴¹.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado del Ecuador, en sus artículos 25 y 26, prohíbe y sanciona los hechos, actos o prácticas desleales por medio de dos cláusulas generales:

Art. 25.- 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...

Art.26.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios...

En este mismo sentido, el artículo 258 de la Decisión 486, considera desleal “*todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos*”.

A pesar de la existencia de estas cláusulas generales, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, enumera de forma casuística algunos actos de competencia desleal. Ello implica que por regla general se debe aplicar estas prohibiciones específicas y únicamente de no existir la conducta (que se considera desleal) tipificada en esta norma, se aplicará la cláusula general, convirtiéndose ésta en una norma de carácter residual, supletoria o complementaria. En otras palabras, solo se aplica la cláusula general cuando no existe una conducta especial aplicable o cuando se trata de una conducta distinta a los tipos específicos previstos en la ley.

De esta forma lo que se busca es encontrar un equilibrio entre la mayor flexibilidad, que la cláusula general brindará a la autoridad y la seguridad jurídica y

⁴¹ DANOS, Jorge en EZCURRA, Huáscar y CHAVEZ, Christian. La Cláusula General Prohibitiva. El Derecho de la Competencia Desleal, Lima, Editorial: UPC, 2007, Pág. 97.

predictibilidad, que se dará a los privados por el hecho de que los actos sancionados y permitidos por los tipos específicos no podrán ser cambiados por la cláusula general⁴².

2.1.2. Elementos que se deben considerar para que una conducta se pueda considerar competencia desleal

2.1.2.1. Acción y omisión

El acto de competencia desleal, deber exteriorizarse, es decir, trascender al mundo externo, al universo en el que vivimos. Esta exteriorización puede manifestarse ya sea por acción, o por omisión de una conducta debida.

En este sentido se ha manifestado García Menéndez diciendo que el acto debe superar el ámbito interno de la organización empresarial o del operador económico que lo realiza y que se manifieste en el mercado⁴³.

2.1.2.2. Carácter objetivo

Con el carácter objetivo de los actos de competencia desleal se quiere decir que lo que se busca es el correcto funcionamiento del mercado, de la competencia en el tráfico mercantil entre competidores, más no la represión a una conducta dolosa. De esta forma resulta irrelevante si el acto se realizó con o sin intención, sino más bien se debe analizar de manera objetiva si el acto es contrario a los usos y costumbres mercantiles o a la buena fe objetiva.

La culpabilidad no es un elemento esencial de la competencia desleal, pues la prevención y represión de los actos desleales en el mercado no pueden depender de la existencia de un elemento psicológico, si no que deben resultar de elementos objetivos⁴⁴.

⁴² *Ibidem*. Pág.100.

⁴³ GARCIA MENENDEZ, Sebastián, *Ob. Cit.* Pág. 49.

⁴⁴ GARCIA MENENDEZ, Sebastián, *Ob. Cit.* Pág. 51.

En este sentido ha sido redactado el inciso tercero del artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que reza *“La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil”*.

Resulta claro del texto de la norma que un competidor puede incurrir en el cometimiento de un acto de competencia desleal aunque nunca haya tenido la intención de realizarlo, o no haya existido conciencia ni voluntad en cometerlo.

Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor. Se habla entonces de criterios de imputación del acto más que de criterios de culpabilidad⁴⁵.

2.1.2.3. Ilícito de peligro

Se habla de un ilícito de peligro, debido a que basta con la posibilidad o el simple riesgo de que se genere un acto de competencia desleal, para que la conducta sea considerada como tal. A pesar de que no exista un resultado práctico del acto, se lo considera desleal por el eventual daño que pudo haberse causado.

A diferencia del derecho de daños en el que se tiene que probar el daño efectivamente causado, en el derecho de competencia desleal no es imperioso hacerlo.

Así lo ha establecido el inciso tercero del artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado *“Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial”*.

García Menéndez, en cuanto al ilícito de peligro se refiere, ha manifestado que:

“Lo que se intenta es interrumpir o evitar el acto que puede alterar la competencia, dejándose en un segundo plano la constatación de la producción

⁴⁵ GARCIA MENENDEZ, Sebastián, Ob. Cit. Pág. 51.

*del daño y el examen de culpabilidad del autor. Comprobado el nexo causal del ilícito, la imputación y sanción son directas.”*⁴⁶

Por último, es importante aclarar que para reclamar indemnización por daños y perjuicios causados por actos de competencia desleal, si se debe probar el daño efectivamente causado, debido a la propia naturaleza del derecho de daños y de lo que se estaría reclamando, es decir, “la reparación del daño causado”.

2.1.3. Naturaleza extracontractual

La ilicitud de los actos de competencia desleal, se fundan en el no cumplimiento del deber general de debido cuidado o diligencia.

El acto de competencia desleal es de naturaleza extracontractual. Nace del deber general de comportarse lealmente y no de la violación de una relación contractual, aunque, en gran parte de los casos, el ilícito se realiza con motivo de un quebrantamiento de contrato, por ejemplo en los casos de inducción a la violación contractual y de violación de secretos y pactos de no competencia⁴⁷.

2.2. Criterios valorativos: Usos o costumbres honestos

Nuestra Ley, recoge el criterio valorativo de “usos o costumbres honestos”, es decir, se considera desleal a todo acto contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

Art. 25.- 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.

⁴⁶ GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 53.

⁴⁷ GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 53.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

El concepto de usos honestos parte de lo que se denomina buena fe comercial. La buena fe constitutiva de competencia desleal, no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de usos honestos o buena fe al calificativo “actividades económicas”, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones⁴⁸.

El fundamentado del reconocimiento de este criterio valorativo, ha sido que permite la adaptación a los cambios que se dan en el tráfico mercantil, ya que los usos y costumbres van mutando ante las nuevas situaciones y con esta norma se ven protegidos los actos que pueden resultar desleales de conformidad con el momento actual y el discernimiento que se puede realizar en tal o cual época determinada sobre una conducta reprochable o contraria a los valores de una sociedad.

Esta norma, además reconoce como válidos los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional, cuando los actos de competencia desleal tengan conexión con más de un país.

2.2.1. Actividades económicas o prácticas comerciales

Debido a la propia naturaleza de un sistema donde se defiende y prima la libertad de empresa y de competencia, siendo este un incentivo para los operadores económicos, quienes pueden aprovechar las ventajas del reconocimiento de esta

⁴⁸ Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso No. 26 – 2008. Pág. 10.

libertad valiéndose de los medios legales para lograr una mayor atracción de clientela, se realizan constantemente un sinnúmero de actos o prácticas comerciales.

El término de “práctica comercial” se refiere a actividades relacionadas con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, y abarca todo acto, omisión, conducta, representación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, que lleve a cabo un comerciante⁴⁹.

2.2.1.1. Actos o prácticas comerciales desleales

Como se dejó analizado en el Capítulo Primero del presente estudio, cuando un competidor, para obtener clientela, comienza a “apoyarse” en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad y, por ende, la ilicitud, puede aparecer con toda facilidad, es decir, no todas los actos o prácticas comerciales son lícitos.

Los actos de competencia desleal se caracterizan por ser actos de competencia que pueden causar perjuicio a otro u otros competidores, que se encuentran destinados a crear confusión, error o descrédito con el objeto de provocar la desviación de la clientela ajena, y cuya ilicitud deriva de la deslealtad de los medios empleados⁵⁰.

Son actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión en el consumidor acerca del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor determinado, impidiendo a aquél elegir debidamente según sus necesidades y deseos⁵¹.

Si bien es cierto que varias legislaciones, entre ellas la nuestra, han optado por establecer una cláusula general, dentro de la que se puede abarcar todas las posibles conductas consideradas como desleales, adicionalmente se han enumerado algunos actos de forma casuística, nuestra ley tipifica estas prácticas desleales en su artículo 27, la presente Tesis estudiará en especial los actos de confusión desleal, con el fin de

⁴⁹ http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_es.pdf . Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012.

⁵⁰ Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 26-IP-2008.

⁵¹ *Ibíd.*

brindar un aporte científico que sirva como fuente de investigación para estudiantes, maestros, investigadores, administradores públicos y administradores de justicia.

2.3. Inducción a la confusión como acto de competencia desleal y práctica comercial engañosa

Los actos de confusión constituyen uno de los más importantes supuestos de actos de competencia desleal. El origen del derecho de la represión de la competencia desleal en el sistema de derecho continental en Europa se inicia y desarrolla a partir de este tipo de comportamientos. Es más, en el sistema anglosajón, la noción de *unfair competition* se refiere principalmente al hacer pasar (*passing of*) un signo distintivo por otro ajeno, lo que no es más que actos de confusión⁵².

Partimos bajo el supuesto que de cometerse uno de los actos o prácticas desleales tipificados como tales en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, debe aplicarse esta norma y únicamente de no existir la conducta (que se considera desleal) tipificada en este artículo, se aplicará la cláusula general (cuando se trata de una conducta distinta a los tipos específicos previstos en la ley). El primero de estos preceptos considerados como desleales y de los que tratará la presente Tesis son “Los actos de confusión”.

Los competidores, para distinguir y diferenciar sus productos, sus servicios y sus establecimientos de los de otros competidores, utilizan signos distintivos u otros medios de identificación que los caracterizan y que se encuentran relacionados con su origen empresarial, su calidad y su prestigio. Lo óptimo y leal en el mercado, es que otros competidores no utilicen estos signos o medios de identificación, ya que de hacerlo incurren en una práctica desleal que distorsiona el sistema concurrencial perjudicando:

- a) A los consumidores que toman su decisión erróneamente basados en las características, forma de presentación u otros medios de identificación del producto o servicio, que son similares o idénticos a las de otro competidor y que son capaces de causar confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o establecimientos ajenos, asumiendo (los consumidores) que lo que adquieren

⁵² DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. El Derecho de la Competencia Desleal. “Actos Parasitarios”. Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007. Pág. 153.

proviene de otro competidor y de no ser así no hubiesen adquirido tal producto o servicio.

- b) Al competidor que ha venido utilizando (o legítimo titular) los signos, características o cualquier medio de identificación en los productos o servicios “originales”, dado que por el cometimiento del acto desleal perdió una venta que pudo haber obtenido.
- c) A los intereses económicos de la sociedad, por la afectación de la transparencia que debe existir en el mercado.

Nuestra Ley, reconoce los actos de confusión como prácticas desleales de la siguiente manera:

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1.- Actos de confusión.- 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 establecimiento ajenos.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Del texto de la ley podemos afirmar que no existe una única conducta reprochable, si no que bajo el término confusión como acto de competencia desleal, podemos encontrar una pluralidad de situaciones.

Los actos más frecuentes de este tipo de conducta se darán principalmente en relación a los “signos distintivos”, esto es, el nombre comercial con respecto al empresario, la marca con respecto al producto y el rótulo en relación al establecimiento mercantil. La actividad de confusión, no queda reducida solo a ello, sino que se extiende a otros signos identificadores, cualquiera que sea su naturaleza, tales como insignias, embalajes, uniformes, fachadas, escaparates, logotipos, etc., así como también

determinados elementos publicitarios como folletos, carteles, eslóganes, catálogos, etc.⁵³.

Dentro de los actos de confusión, se incluye el uso de otros derechos de propiedad intelectual cuya titularidad pertenece a otro, como serían invenciones o derechos de autor; a los anuncios publicitarios que emplean un esquema o estructura idéntica o similar a la de otro anunciante; a la presentación de un producto que sea idéntica o se asemeje a una preexistente; a la manera como se presta un servicio; al empleo de una decoración, estructura, iluminación o uniformes al de otro; etcétera⁵⁴.

Hay incluso determinadas actuaciones que podrían tender a crear confusión en el mercado a través del empleo de títulos de periódicos, revistas (no inscritos como marcas) de películas o videos, de programas radiofónicos o televisivos, cuando estos hayan alcanzado una cierta notoriedad que le lleve a su distinción de otros. Inclusive podría ofrecerse la cobertura jurídica a aquellas conductas tendentes a alcanzar confusión por el uso de una denominación social no inscrita como nombre comercial o marca o inclusive el empleo de la presentación de establecimientos (escaparates) o productos⁵⁵.

El Profesor Marín de Barcena⁵⁶, manifiesta que normalmente será una confusión por signos distintivos, pero que adicionalmente puede darse por:

- Presentación de productos: decoración, disposición de los escaparates, arquitectura, interior de un establecimiento, diseño de los embalajes o etiquetas.
- Elementos propios del merchandising: Nombres de personajes de televisión, cine, famosos, denominaciones símbolos de asociaciones o sociedades deportivas, universidades. En algunos casos, la protección por medio de la propiedad intelectual resulta insuficiente, por ejemplo en los casos del derecho de autor que no alcanza la protección al nombre de un personaje de ficción ni al título de una película o una serie de televisión.

⁵³ Jurisprudencia Española, Sentencia del Juzgado de la Almunia de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992 en BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Valencia. Editorial: Tirant lo Blanch. 2008. Pág. 371.

⁵⁴ DE LA CUESTA, José María. Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena en La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, coordinador Bercovitz Alberto, Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1002. Págs. 40 y 41.

⁵⁵ MASSAGUER en BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 354.

⁵⁶ MARIN DE BARCENA. Principales Actos de Competencia Desleal. http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf . Fecha de consulta: 03 de mayo de 2012.

- Confusión publicitaria: Imitación de la acción publicitaria ajena que resulte apta para ocultar al consumidor la distinta procedencia empresarial de los productos o servicios presentados. Reproducción de los elementos más característicos y distintivos de la campaña precedente (no solo de la idea publicitaria genérica).

Todas estas conductas, encajan perfectamente en el tipo de acto desleal por confusión contenido en el artículo 27 numeral primero de nuestra Ley.

El acto de confusión puede producirse por la introducción o puesta en el mercado de un signo distintivo idéntico o similar a otro existente que resulte normalmente conocido por los consumidores o usuarios, bastando, por tanto, la semejanza, el efecto visual o sonoro o cualquier otro elemento que induzca a confusión. Por tanto, se comete conducta desleal tanto cuando se realice una copia servil, es decir, cuando se reproduzca con exactitud todos los elementos característicos y propios de la marca, como cuando se realice de forma sutil, en el que el proyecto fraudulento procura dar apariencia de diversidad, combinando elementos distintivos de la marca auténtica con otros distintos, como usando un nombre diferente pero usando el mismo color y forma en los envases, embalajes y etiquetas y también un grafismo similar⁵⁷.

Cabe indicar que esta conducta ya había sido recogida en la legislación antecesora a la LORCPM en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador de 19 de mayo de 1998, reproducida en la Codificación No. 13 publicada en Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de Diciembre del 2006 de la misma Ley. Así, de conformidad con el artículo 285 de esta Ley, quedaban tipificados como actos de competencia desleal las “*conductas capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor*”.

En concordancia con el artículo 27 numeral 1 de la LORCPP, el artículo 259 de la Decisión 486 del Régimen Común Sobre Propiedad Industrial establece que constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial “*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*

⁵⁷ Jurisprudencia española, sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1164) en BARONA VILAR Silvia, Ob. Cit. Pág. 345.

competidor”. En este mismo sentido el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en el literal “i”, del numeral tercero, del artículo 10 bis, prohíbe en particular *“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”*.

Las conductas desleales que tipifica nuestra Ley en el artículo 27 numeral 1 son; En primer lugar, de manera más general, las referidas a toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o establecimiento ajenos; En segundo lugar, de manera más específica, algunas relacionadas más estrechamente con los derechos de propiedad intelectual, relativas al empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Para Monteagudo:

*“El acto de confusión está legalmente definido como comportamiento de toda clase idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. De este modo se tipifica el acto de confusión genérico, cualesquiera que sean los medios empleados para generar la posible confusión y cualquiera que sea la esfera de la actividad económica en que se produzca”*⁵⁸.

En la misma línea, Massaguer:

“Define legalmente el acto de confusión como comportamiento de toda clase idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, circunstancia que se atiende producida ya cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la expoliación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o prestaciones (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de deslealtad se asienta en

⁵⁸ MONTEAGUDO en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 123.

la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores)”⁵⁹.

Por otro lado, Otero manifiesta que:

“Cierta sector de la Doctrina define como acto de confusión a aquel realizado a través de la imitación de la forma de las prestaciones de un tercero. Asimismo, todo acto de imitación constituye un supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, ya que el imitador deriva su oferta de la prestación de otro competidor, utilizando como modelo el resultado del trabajo de un tercero.

De esta forma, el acto de imitación oscila entre dos extremos opuestos: la reproducción exacta del modelo tomado como base y la imitación en que el imitador pone cierto esfuerzo creador de su parte ‘recreando’ de esta forma una prestación propia. Sin embargo, en la medida en que generen confusión en los consumidores ambos actos constituyen supuestos de competencia desleal, sólo que en grados distintos⁶⁰”.

El acto de confusión comprende cualquier utilización de un instrumento o medio de identificación empresarial o profesional o de cualquier elemento apto para remitir a una fuente de procedencia empresarial o profesional que proporcione una información incorrecta a los destinatarios acerca de los distintos extremos relevantes en este ámbito⁶¹. Debe tratarse, pues, de un acto adecuado y apropiado para provocar confusión, por lo que solamente se exige la idoneidad del mismo para provocar dicha confusión, sin necesidad de que la misma se produzca efectivamente⁶².

Es decir, la inducción a la confusión como práctica de competencia desleal, implica realizar en el mercado cualquier acto idóneo para inducir al público consumidor a pensar que el producto, prestación o servicio que adquieren o los establecimientos donde estos se comercializan, provienen de un origen empresarial distinto al que en realidad derivan, o a su vez el consumidor llega a pensar que el producto, prestación o servicio que adquiere o los establecimientos donde se

⁵⁹ MASSAGUER en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 123.

⁶⁰ MONTEAGUDO en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 124.

⁶¹ MASSAGUER FUENTES en VIERA GONZALES, Jorge. Análisis de la Reforma del Régimen Legal de la Competencia Desleal y la Publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Madrid, Impreso por Wolters Kluwer, 2011. Pág. 82.

⁶² OTERO LASTRES en VIERA GONZALES Jorge. Ob. Cit. Pág. 82.

comercializan se encuentran relacionados o mantienen cierto tipo de conexión empresarial con cierto competidor del mercado cuando en realidad no es así.

Mediante los actos de confusión, el competidor desleal pretende obtener un beneficio atentando contra uno de los principios más importantes del sistema de competencia: la diferenciación⁶³.

La confusión puede producirse por cualquier medio, en especial suele darse por la similitud o reproducción exacta de cualquier medio de identificación que caracterice al producto, prestación, servicio o establecimiento y que ha venido siendo usado por un tercer competidor en el mercado siendo conocido así por los consumidores, como por ejemplo la similitud o reproducción exacta de; marcas, nombres comerciales, lemas comerciales, dibujos y modelos industriales, apariencias distintivas, etc.

2.3.1. Relevancia social que justifica la regulación de la prohibición y sanción de la inducción a la confusión como acto de competencia desleal

Para un transparente y adecuado funcionamiento del sistema concurrencial, es indispensable que los consumidores tomen decisiones libres y no mediatizadas sobre los productos y servicios que adquieren en el mercado y que efectúen la elección más adecuada conforme a sus intereses, basados en información correcta, real y veraz.

Por medio de la prohibición y sanción de la inducción a la confusión, se protege al consumidor del peligro de error sobre el origen empresarial, en este caso, sobre la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos o a su vez sobre cualquier medio de identificación que en el mercado se asocie a un tercero. De esta manera, se busca desincentivar estas conductas que buscan distorsionar la competencia, ya que de darse estas situaciones, el consumidor no estará en posibilidad de efectuar la elección que más convenga a sus intereses y su discernimiento en el proceso de competencia se verá afectado.

En los actos de confusión desleal, el reproche de deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad, en el sentido de que el objetivo de la conducta es introducir

⁶³ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. Ob. Cit. Pág. 154.

en el proceso de comunicación con los potenciales clientes elementos que resultan idóneos para provocar preferencias o decisiones de mercado que se basan en una incorrecta representación de la realidad acerca de la identidad o procedencia empresarial de la actividad, las prestaciones o el establecimiento⁶⁴.

Así mismo, en un sistema de libre competencia, los competidores utilizan medios para que los consumidores puedan identificar sus productos o servicios en el mercado, como por ejemplo: signos distintivos, etiquetas, envases, colores, formas, slogans. A estos medios de identificación se los relaciona con la calidad y prestigio del producto o servicio que se ofrece y permiten que el consumidor pueda vincular a estos cierto origen empresarial. Si un competidor utiliza estos medios de identificación, sean idénticos o similares a los de otro competidor, corrompen la naturaleza de ellos, viciando su función identificadora, constituyendo una práctica desleal contraria a los usos y costumbres honestas en el mercado.

Se trata de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de error sobre la actividad empresarial o profesional objeto de su interés o sobre el establecimiento que visita o sobre el origen empresarial de los productos o servicios que adquiere o contrata, producido con la apropiación, aproximación o imitación por el agente de medios de identificación ajenos. Los signos, a la vez que permiten a los empresarios diferenciar en el mercado sus actividades, sus establecimientos, sus productos y servicios de los de sus competidores, posibilitan a los consumidores elegir lo que se les oferta, tras vincular al origen empresarial unos determinados juicios de valor. De este modo, la decisión del consumidor puede viciarse por error cuando dichos medios de identificación no cumplen su función, si no que se convierten en causa de confusión sobre aquello que, precisamente, constituye el objeto de su misión informativa. La confusión entre signos se muestra, desde esta perspectiva, como un fallo al sistema concurrencial⁶⁵.

Portellano Diez señala que, a diferencia de otros supuestos de deslealtad, en la doctrina jurídica y económica sobre esta materia reina un amplio consenso: la confusión ha de prohibirse porque es fuente de ineficiencias, es decir, perturba el funcionamiento

⁶⁴ MASSAGUER FUENTES en VIERA GONZALES, Jorge. Ob. Cit. Pág. 82.

⁶⁵ SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2001 (AC 2001/287) en BARONA VILA Silvia. Ob. Cit. Pág. 346.

competitivo del mercado. Es obvio, en este sentido, que el mercado sólo puede funcionar si las ofertas están debidamente diferenciadas⁶⁶.

Por otra parte se sanciona esta conducta por causar no únicamente perjuicio a los consumidores como ya se dejó analizado, sino también a los otros competidores que pierden ventas que pudieron haber obtenido de no ocasionarse este acto, beneficiándose deslealmente quien las realiza en aprovechamiento de la reputación ajena del perjudicado.

Que se lleven a cabo conductas para inducir a la confusión, no solo tienen un efecto en el consumidor que tomará sus decisiones basadas en información incorrecta, sino también en los competidores del proveedor que incurre en dichas conductas. El infractor por estos medios podrá atraer consumidores que, en buena medida, hubieran optado por recurrir a otros proveedores. El infractor habrá obtenido deslealmente ventas que hubieran podido realizar sus competidores⁶⁷.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha pronunciado sobre los actos de competencia desleal regulados por la Decisión 486, y en especial sobre dichos actos vinculados a la propiedad industrial en su Proceso 116-IP-2006, manifestado: *“En un régimen de libre competencia, se justifica que, en el encuentro en el mercado entre la oferta de productores y comerciantes y la demanda de clientes intermedios y consumidores, un competidor alcance, en la venta de sus productos o en la prestación de sus servicios, una posición de ventaja frente a otro u otros, si ha obtenido dicha posición a través de medios lícitos.*

La licitud de medios, en el ámbito vinculado con la propiedad industrial, significa que la conducta competitiva del agente económico debe ser compatible con los usos y prácticas consideradas honestas por quienes participan en el mercado, toda vez que la realización de actos constitutivos de una conducta contraria al citado deber de corrección provocaría desequilibrios en las condiciones del mercado y afectaría negativamente los intereses de competidores y consumidores.

La disciplina de estos actos encuentra así justificación en la necesidad de tutelar el interés general de los participantes en el mercado, por la vía de ordenar la

⁶⁶ PORTELLANO DIEZ en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 122.

⁶⁷ EYZAGUIRRE Hugo. Ob. Cit. Pág. 65.

competencia entre los oferentes y prevenir los perjuicios que pudieran derivar de su ejercicio abusivo”.

2.3.2. Riesgo de confusión en sentido estricto (riesgo de confusión directo o inmediato y riesgo de confusión indirecto o mediato) y riesgo de confusión en sentido amplio o riesgo de asociación

Se puede clasificar los actos de confusión como actos de competencia desleal en un sentido estricto y en un sentido amplio. En relación con el primero, se distingue entre confusión inmediata o directa y confusión mediata o indirecta. Esta clasificación ha sido tomada del Derecho de Marcas; no obstante, la Doctrina señala que también puede ser aplicada para el Derecho contra la Competencia Desleal⁶⁸.

Portellano Diez indica que las modalidades de confusión pueden ser englobadas en dos grandes categorías: confusión en sentido estricto y confusión en sentido amplio. La confusión en sentido estricto tiene lugar cuando se produce un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación, esto es, cuando se considera que ambas prestaciones proceden de la misma empresa. A su vez, dentro de la confusión en sentido estricto se distingue entre la confusión directa o inmediata y la confusión indirecta o mediata. La primera de ellas se da cuando el consumidor, debido a la gran similitud entre las prestaciones, considera que se trata del mismo signo distintivo; paralelamente, el autor señala que en cuanto a creaciones materiales existe confusión directa cuando debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones, el consumidor considera que se trata de la misma mercancía. En cambio, se produce confusión indirecta o mediata en materia de signos distintivos cuando el consumidor aprecia que son signos distintos, pero su parecido lo lleva a entender que ambas prestaciones proceden de la misma empresa⁶⁹.

En la confusión en sentido amplio, el consumidor no sufre una confusión respecto a las actividades, prestaciones o establecimientos, ni sufre una confusión respecto al origen empresarial o profesional, sino que distingue perfectamente que las mercancías provienen de dos empresas diferentes, pero el consumidor considera que

⁶⁸ ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 134.

⁶⁹ PORTELLANO DIEZ en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 136.

entre las empresas existe algún vínculo o relación jurídica, comercial o económica⁷⁰. A este riesgo de confusión en sentido amplio, tanto la doctrina como la jurisprudencia también lo ha llamado riesgo de asociación.

Para Domínguez Pérez, la confusión mediata es la que consiste en inducir a considerar que, aunque los elementos con que se presenta la actividad o la prestación no llevan a identificar una por otra, existe entre ambas una misma fuente empresarial. Por su parte, la confusión inmediata es la que consiste en presentar y hacer pasar a un sujeto o a su actividad, prestaciones o establecimiento por otro sujeto, actividad, prestaciones o establecimientos⁷¹.

En esta misma línea, podemos tomar en cuenta la diferencia que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su proceso número 82-IP-2002, entre la ‘semejanza’ y la ‘identidad’, ya que la simple semejanza presupone que entre los objetos que se comparan existen elementos comunes pero coexistiendo con otros aparentemente diferenciadores, produciéndose por tanto la confundibilidad. En cambio, entre marcas o signos idénticos, se supone que nos encontramos ante lo mismo, sin diferencia alguna entre los signos. La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos que se le ofrecen, un origen empresarial común.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado prohíbe y sanciona los actos de confusión tanto en sentido estricto como en sentido amplio por medio de su artículo 27, numeral primero que considera desleal “(...) *el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero*”. Por lo tanto, la confusión que puede darse “por el uso de cualquier medio de identificación que en el mercado se asocie a un tercero”, se considera desleal, siendo así un precepto amplio de actos de confusión que incluye no sólo la confusión por parte del consumidor sobre la identidad de la empresa o del producto designado con un medio de

⁷⁰ PORTELLANO DIEZ en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 136.

⁷¹ DOMINGUEZ PEREZ en BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 344.

identificación (riesgo directo), sino también aquella otra que se produce cuando no hay confusión sobre la identidad de la empresa, pero sin embargo el consumidor llega a asociar o a pensar que ambas empresas están relacionadas de alguna forma (riesgo indirecto).

2.3.3. Daño potencial o efectivo en los actos de confusión desleal

La LORCPM, considera desleal la confusión incluso cuando exista la posibilidad de que esta se configure, al establecer en su artículo 27 numeral 1 que “... *se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión...*”. En este sentido, no es necesario que la confusión se produzca, se haya producido o se materialice, bastando la mera posibilidad de que dicho acto se origine o que exista un riesgo potencial o inminente para que este pueda sancionarse, es así que carece de importancia la intención de crear confusión; siendo innecesario probar la mala fe de quien comete el acto. De igual forma el artículo 25 que trata en general sobre las prácticas desleales dice que no será necesario acreditar que dicho acto (desleal) genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Para que un acto desleal de confusión sea considerado como tal, tampoco se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil, lo cual ha quedado determinado por el artículo 25 de nuestra Ley.

2.3.4. Valoración de la confundibilidad

Nuestra Ley, no contiene un marco de interpretación para valorar la confundibilidad, sino más bien, esto depende de la casuística que se presente, dependiendo absolutamente del contexto y circunstancias específicas en cada caso, aún así desarrollaremos algunos parámetros establecidos en la doctrina que servirán de base para realizar esta valoración.

2.3.4.1. Acción de confundir

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española “confundir” es *mezclar dos o más cosas diversas de modo que las partes de las unas se incorporen con las de las otras, o barajar confusamente diferentes cosas que estaban ordenadas, o equivocar, perturbar, desordenar una cosa.*

De esta manera, la acción de confundir, se da cuando se realizan actos tendientes a equivocar, perturbar, engañar a las personas sobre una cosa, en este caso sobre la identidad o procedencia empresarial de productos o servicios o a su vez sobre la asociación sobre relaciones económicas o jurídicas que puede darse entre empresas, cuando en realidad no es así. Ambas son las maneras de confusión que se han venido tratando, denominadas como confusión en sentido estricto y confusión en sentido amplio.

La descripción del acto de confusión, se efectúa en consideración a un específico resultado susceptible de ser producido: la actuación causante, configurada mediante una fórmula amplia o genérica, puede ser de cualquier clase, positiva (de apropiación; de imitación, de aproximación mediante técnicas de provocación de estímulos sensitivos...) u omisiva (incumplimiento del deber de diferenciar la presentación de un producto...), pero tiene que ser en todo caso, idónea para crear confusión, aunque el riesgo de asociación (confusión en sentido amplio) es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica⁷².

Quien imita o utiliza signos distintivos o medios de identificación semejantes o parecidos a los que usa otra empresa establecida en el mercado y que ostenta un prestigio, categoría y calidad cimentados en muchos años de cumplimiento de sus compromisos, buena organización, calidad del producto y demás elementos que son determinantes para obtener el éxito y la buena reputación en el mercado, pudiendo sin ninguna dificultad emplear otros para distinguir sus productos, establecimientos o servicios, está realizando un acto de competencia desleal⁷³.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en referencia a este tema se ha pronunciado en el proceso No. 110-IP-2010, en el sentido de que los “actos de

⁷² BARONA VILAR, Silvia. Ob. Cit. Pág. 368.

⁷³ SAP de Sevilla de 1 de marzo de 2000 (JUR 2000/158425) en BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 357.

competencia desleal por confusión”, se refieren a cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio. Lo anterior quiere decir que se pueden presentar diversas maneras de crear confusión respecto de los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. Pueden, en efecto, darse en forma de artificios, engaños, aseveraciones, envío de información, imitación, productos, envases, envolturas, etc.

En este sentido, la utilización de un signo distintivo ajeno para hacer pasar como propios productos ajenos, es considerada como una práctica desleal.

2.3.4.2. Uso, implantación, consolidación y reconocimiento en el tráfico del medio de identificación

Para que pueda ser apreciado el riesgo de confusión, es condición necesaria el previo uso efectivo en el mercado del signo que se dice imitado o semejante y una cierta implantación, caso contrario no puede haber riesgo de confundibilidad, pues resulta improbable y absurdo que surja esta confusión si el medio de identificación no existe o no está siendo utilizado en el mercado.

En el ámbito del Derecho Concurrencial, el riesgo de confusión precisa de un signo (el del demandante) efectivamente usado en el mercado, con independencia de que haya sido registrado o no ante la autoridad competente⁷⁴ (en nuestro caso el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual).

En algunos casos, el requisito de la introducción en el mercado no ha de ser entendido en sentido demasiado estricto, puesto que para su cumplimiento basta que el tráfico tenga conocimiento de su existencia, de manera que con la realización previa de publicidad puede lograrse ese objetivo⁷⁵.

En el siguiente capítulo se desarrollará de manera más profunda sobre los medios de identificación registrados y los no registrados ante el Instituto Ecuatoriano de

⁷⁴ Jurisprudencia española, Sentencia de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (AC/2007/1153) en BARONA VILAR SILVIA. Ob. Cit. Pág. 353.

⁷⁵ CORDERO, Magdú y ANDRADE, Betty en JARA VÁSQUEZ, María Elena. Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%C3%B3n.pdf> Fecha de acceso: 13 de Junio de 2012.

Propiedad Intelectual IEPI, como órgano de fomento, promoción y protección de la creación intelectual en nuestro país.

2.3.4.3. Consumidor medio

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia, han sostenido que la confundibilidad deberá valorarse teniendo en cuenta un consumidor de tipo medio y en relación a la presentación completa de productos, empresas y actividades, de modo que el examen analítico y la impresión general que el aspecto pueda provocar en la media del público⁷⁶.

Para la determinación del riesgo de confusión es necesario valorar la atención que presta el consumidor medio al reconocer la actividad económica, prestaciones o establecimiento presentado con los medios de identificación ajenos, no debe apreciarse un nivel intelectual elevado, si no en el efecto que se produce en el hombre de la calle o en el ama de casa que fácilmente pueden confundirse al comprar al primer golpe de vista.

Esto se ha justificado ya que el consumidor medio, rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente los medios de identificación, como por ejemplo, las marcas, sino que deben confiar en la imagen imperfecta que conservan en la memoria y además su nivel de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios examinada.

Sin embargo, cabe aclarar que el artículo 27 de la LORCPM que trata sobre las conductas desleales, no está dirigida únicamente a consumidores, ya que podría incluso tratarse de operadores profesionales u otra categoría de sujetos más versados. Por ello, es necesario determinar la impresión que causa en ellos conforme al círculo de destinatarios a los que está dirigido el producto, servicio o establecimiento, de modo que para juzgar la conducta desleal, se debe reflejar la mayor o menor especialización, sofisticación o conocimiento del receptor potencial del mensaje.

Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que no cualesquiera similitud de los modelos o productos que se pudieren comercializar originan confusión en el mercado,

⁷⁶ ASCARELLI en ESPINOZA Karina. Ob. Cit. Pág. 124.

desprestigio y perjuicios económicos, de modo que la misma deberá venir por la percepción externa que se realice de los mismos, más quizás que por la denominación que de éstos se de, de modo que aun cuando pudiera existir riesgo de asociación de marcas, en el caso de los profesionales técnicos en la materia, cuando se trate de productos de los que ellos son directamente receptores – como sucede, por ejemplo, en el caso de los responsables de los grandes supermercados o establecimientos comerciales de droguería o farmacias-, difícilmente confundirán éstos la procedencia y características concurrentes en cada producto y su aspecto económico⁷⁷.

2.3.4.4. Apreciación conjunta

Para apreciar la nota de confundibilidad o riesgo de confusión debe darse preferencia al conjunto sobre los elementos aislados, pues resulta irrelevante que existan diferencias entre los signos distintivos o que analizados uno por uno los elementos que lo integran, no coincidan entre sí, cuando el juicio que a primera vista realiza el consumidor le lleva a concluir que se trata del mismo signo⁷⁸.

Lo relevante es la impresión general que causan los medios de identificación del producto, servicio o establecimiento en las personas, ya que si se han incorporado colores, formas, letras, dibujos para querer “aparentar” diferencia sin que esta se logre o sea real y de la apreciación conjunta resulta confusión o riesgo de asociación, la práctica será considerada desleal ya que de manera general el consumidor medio en el momento de escoger no podrá diferenciar lo que se le ofrece ya que no es habitual que se ponga a analizar uno por uno los elementos de los cuales se compone el producto o servicio en el momento de la compra y tampoco es usual que el consumidor tenga delante las dos marcas o medios de identificación al momento de escoger y pueda apreciar tales diferencias, en todo caso mucho menores que las semejanzas.

En la prohibición de la confusión no sólo son importantes las indicaciones utilizadas para distinguir los productos, servicios o empresas, sino también la apariencia de los productos y la presentación de los servicios.

⁷⁷Jurisprudencia española SAP de Albacete de 30 de abril de 2003 (JUR 2003/198479) en BARONA VILAR SILVIA. Ob. Cit. Pág. 366.

⁷⁸ Sentencia Española del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993 en VIERA GONZALES Jorge.

El riesgo de confusión debe valorarse desde una visión directa del conjunto, sintética, de todos los elementos integrantes de cada denominación confrontada, teniendo en cuenta los elementos fonéticos y gráficos, para obtener una impresión global, desde una perspectiva verbal y visual inescindible, de modo que el todo prevalece sobre las partes o factores componentes⁷⁹.

En conclusión, se debe analizar de forma conjunta cada uno de los medios de identificación, sin atender uno por uno los factores excluyentes del resto, ya que todos ellos son los que permiten establecer la similitud o reproducción de estos elementos distintivos y asignar tal o cual origen empresarial al producto o servicio y por tanto la eventual confusión de los consumidores que es lo que jurídicamente interesa.

2.3.4.5. Carácter distintivo

Se debe analizar la mayor o menor aptitud del medio de identificación para identificar los productos o servicios de los que se trata atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada y distinguir estos productos y servicios de los de otras empresas.

Por ejemplo, en cuanto al carácter distintivo de marcas, se debe tomar en consideración, en particular, las cualidades intrínsecas de la marca, incluido el hecho de que esta carezca o no de cualquier elemento descriptivo de los productos o servicios para los que ha sido registrada; la cuota del mercado poseído por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de la marca; la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla; la proporción de los sectores interesados que identifican los productos o servicios atribuidos a una procedencia empresarial determinada gracias a la marca; así como las declaraciones de las cámaras de comercio e industria o de otras asociaciones profesionales⁸⁰.

Este mismo criterio resulta aplicable a cualquier medio de identificación, a pesar de que generalmente será más frecuente que los actos de confusión se realicen en relación con las marcas.

⁷⁹Jurisprudencia española, SAP de Valencia de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/197193) en BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 360.

⁸⁰ BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 366.

2.3.4.6. Fin concurrencial

Por otra parte, según el modelo social de represión de la competencia desleal, que es el que sigue actualmente la Doctrina, para que exista un acto de confusión no es necesario que haya una relación directa entre los competidores. Asimismo, no interesa la actividad económica que el competidor realiza, sólo sería necesario que haya un fin concurrencial; ya que si es para un uso privado no se configuraría un acto de confusión o un riesgo de confusión. Por ello, lo relevante es que haya una finalidad de competir dentro del mercado⁸¹.

Existe un fin concurrencial, cuando el acto se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado, de quien lo realiza o de un tercero, en otras palabras, cuando se tiene por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

En referencia a este punto, para catalogar un acto como desleal, es condición necesaria que los competidores concurren en un mismo mercado. Lo anterior es así, ya que si no hay competencia, es decir, si los actores no concurren en un mismo mercado no se podría hablar de competencia desleal. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se ha pronunciado en este sentido, en su proceso No. 129-IP-2006:

“En todo caso, procede tener en cuenta que, a los fines de juzgar sobre la deslealtad de los actos capaces de crear confusión, es necesario que los establecimientos, los productos o la actividad industrial o comercial de los competidores concurren en un mismo mercado. En la doctrina se ha dicho sobre el particular que “para que un acto sea considerado desleal, es necesario que la actuación se haya producido en el mercado, esta actuación sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes en el mercado, consumidores o empresarios, o pueda distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo. (...) para que el sistema competitivo funcione hay que obligar a competir a los empresarios e impedir que al competir utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo en sí (...) (FLINT BLANCK, Pinkas: “Tratado

⁸¹ BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 366.

de defensa de la libre competencia”; Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 115).” (Proceso N° 116-IP-2004. Ibídem).

De todas formas resulta substancial dejar claro que el análisis sobre confundibilidad se debe realizar en forma independiente en cada caso que se presenta y que los parámetros de valoración dependerán de la casuística que se analiza, así por ejemplo, cuando el acto de confusión desleal se realiza en relación con una marca notoriamente conocida, pues, no será necesario en todos los casos que el acto se realice en el mismo mercado ya que concurre mayor riesgo de deslealtad cuanto más intensa es la notoriedad y cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo.

- Notoriedad

El grado de notoriedad va a incidir en el grado de confundibilidad, si bien ello no supone que a más notoriedad, más confundibilidad. Repárese que cuando el grado de notoriedad es muy grande, el signo está perfectamente identificado por el consumidor, lo que implica que se reduce el riesgo de asociación o de confundibilidad⁸².

De conformidad con el artículo 197 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, para determinar si una marca es notoriamente conocida, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) La extensión de su conocimiento por el sector pertinente del público como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales se utiliza;

b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;

c) La antigüedad de la marca y su uso constante; y,

d) El análisis de producción y mercadeo de los productos o servicios que distinguen la marca.

En esta misma línea, de conformidad con el artículo 198 de la mencionada Ley, para determinar si una marca es de alto renombre se debe tener en cuenta, entre otros,

⁸² BARONA VILAR Silvia. Ob. Cít. Pág. 362.

los mismos criterios establecidos para las marcas notoriamente conocidas, pero deberán ser conocidas por el público en general.

En concordancia con lo que se ha venido tratado en este punto sobre “la valoración de la confundibilidad”, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), ha establecido en sus Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial⁸³, que para determinar la existencia de actos de confusión es necesario revisar, entre otros:

- (i) La forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión;
- (ii) El nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios;
- (iii) El grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación; y
- (iv) El grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación.

De este modo, a la hora de realizar la investigación pertinente, la autoridad competente deberá tener en cuenta el sector socioeconómico al que el productor o proveedor dirige su producto, el tipo de bien o servicio en cuestión (si es de consumo o uso cotidiano, excepcional, etcétera), la relevancia del rasgo que en principio induce a confusión, las características de bienes o servicios similares que concurren en el mercado con los que están siendo objeto de análisis, etcétera⁸⁴.

2.3.5. Relación de los actos de confusión con otros actos de competencia desleal

En el articulado de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, es posible hallar otras conductas que indudablemente se encuentran estrechamente vinculadas con los actos de confusión, incluso es perfectamente posible que el acto desleal no solo se efectúe desde la tipificación de una sola conducta, sino

⁸³ Resolución 001-2001-LIN-CCD-INDECOPI. Pág. 13.

⁸⁴ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL ENRIQUE. Ob. Cit. Pág. 156.

dentro de varias de ellas ya que los hechos realizados pueden encontrarse fundamentados en algunas de estas, convirtiéndose de esta forma en tipos de carácter complementario.

2.3.5.1. Relación de los actos de confusión con los actos de engaño

El artículo 27 numeral segundo de la LORCPM, recoge los actos de engaño y establece:

2.- Actos de engaño.- 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.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos (...).

Así por ejemplo, podría darse el caso que pueda provocarse error sobre: la naturaleza, características, calidad, ventajas, atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios o establecimientos, por el uso de signos distintivos o cualquier medio de identificación que en el mercado pertenezca o se asocie con un tercero y que quien los está utilizando no tenga legítimo derecho de hacerlo, creando por tanto confusión sobre la procedencia empresarial y aprovechándose de la reputación ajena. Pues, es sabido que quienes concurren a participar en el mercado, utilizan medios de identificación para distinguir sus productos, servicios y establecimientos de los de otros competidores, a los cuales se les atribuye y asocia con su calidad, prestigio, ventajas, atributos, etc., y si otro competidor utiliza estos medios de identificación, está cometiendo actos de competencia desleal por confusión y por error.

Asimismo, podría ocurrir que quien no tenga el legítimo derecho de emplear una indicación geográfica⁸⁵, lo haga, provocando error sobre el origen o procedencia territorial de un producto (engaño - error) y sobre el origen empresarial de los productos (confusión).

Tanto en los actos de error como en los de confusión, puede transmitirse una información equivocada o equívoca, afectando al comportamiento que se tenga o se pudiere tener en el mercado. Sin embargo, el ámbito objetivo de la información es lo que permite diferenciarles, de manera que en el supuesto de los actos de confusión ésta se extiende sobre la actividad, prestaciones o establecimiento, mientras que en el supuesto del error, la información se centra en la composición, modo de fabricación, utilidad, precio, etc., si bien sería posible que ambas conductas se estuvieran realizando conjuntamente. De este modo, el mismo hecho podría tener diversa trascendencia jurídica⁸⁶.

En este sentido, podemos encontrar la SAP de Salamanca de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/198071), en la que se pone de manifiesto como una publicidad está claramente o directamente vinculada al engaño de los consumidores haciéndoles creer que una empresa es otra, de manera que termina considerándose como *un acto de evidente competencia desleal la engañosa publicidad llevada a cabo por la demandada ya que procedió a contratar el 26 de octubre de 1999 con COPE Salamanca la emisión de cuñas publicitarias en las que se afirmaba que Suministros industriales M. sigue ofreciéndoles toda su experiencia*. Es por ello que considera esta Sala que *esta expresión por sí misma revela la evidente intención de aparecer a los ojos de proveedores y clientes como la misma empresa o al menos digna heredera de Comercial M., creando confusión y aprovechándose del buen nombre comercial y de la reputación adquirida por la demandante*⁸⁷.

⁸⁵ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.-

Art. 237.- *Se entenderá por indicación geográfica aquella que identifique un producto como originario del territorio de un país, de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, incluidos los factores naturales y humanos.*

Art. 239.- *El derecho de utilización exclusiva de las indicaciones geográficas ecuatorianas se reconoce desde la declaración que al efecto emita la Dirección Nacional de Propiedad Industrial. Su uso por personas no autorizadas, será considerado un acto de competencia desleal, inclusive los casos en que vayan acompañadas de expresiones tales como "género", "clase", "tipo", "estilo", "imitación" y otras similares que igualmente creen confusión en el consumidor.*

⁸⁶ BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 346.

⁸⁷ Jurisprudencia Española, SAP de Salamanca de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/198071).

En la práctica, son muchos los supuestos en que los actos de confusión y los actos de engaño son alegados como tipos desleales y que además en la realidad se confunden en cuanto con la misma unidad de acto es posible realizar ambas conductas reprochables⁸⁸.

2.3.5.2. Relación de los actos de confusión con los actos de imitación

Por su parte, los literales a y b del numeral tercero del artículo 27 de la LORCPM, recogen los supuestos de los actos de imitación confusoria de la siguiente manera:

3.- Actos de Imitación.- 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. 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.

Considero que el reproche de deslealtad contenido tanto en el artículo 27 numeral primero, como en el numeral tercero (literales “a” y “b”), descansa sobre la misma idea confusoria, tomando en cuenta además que el numeral primero, incluye como acto de confusión desleal a la que se realiza por “cualquier medio” de identificación que en el mercado se asocie a un tercero, convirtiéndose así en un precepto de carácter general que podrá ser adaptado en la particularidad de cada caso confusorio. De todas formas este tratamiento dual de normas puede ser aplicado de forma complementaria.

⁸⁸ BARONA VILAR Silvia. Ob. Cit. Pág. 389.

En este caso, resulta indudable la estrecha relación entre los actos de confusión y los actos de imitación, podría considerarse hasta cierto punto a los actos de imitación como una especial modalidad de los actos de confusión, pues por su naturaleza la acción imitadora suele tener como resultado la asociación entre imitador e imitado.

Es importante aclarar que de manera general se reconoce la libertad de imitación, ya que en el mercado resulta necesaria la estandarización de ciertos productos y servicios a fin de satisfacer las necesidades de los consumidores y además que si lo que se protege es “la libertad de competencia”, se debe permitir la imitación salvo cuando produzca confusión respecto de la procedencia empresarial de los productos. Es, en este supuesto cuando se afecta el proceso competitivo, pues los consumidores eligen sobre la base de información errónea y por confusión compran a una empresa o adquieren un servicio que en realidad no es el que se ha ganado sus preferencias⁸⁹.

2.3.5.3. Relación de los actos de confusión con los actos de explotación de la reputación ajena

El precepto que sanciona los actos de explotación de reputación ajena, los encontramos en el numeral sexto del artículo 27 de la LORCPM que reza:

6.- Explotación de la reputación ajena.- 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.

Cuando un competidor utiliza medios de identificación de productos, servicios o establecimientos que no le pertenecen, resulta evidente que lo hace con el ánimo de confundir sobre el producto o servicio que se adquiere o sobre su origen empresarial con el fin de usar el prestigio, notoriedad y fama que estos han adquirido en el mercado y así poder captar clientela, explotando la reputación ajena del legítimo titular o de quien ha venido utilizando estos medios de identificación, obteniendo ventajas a costa de este tercero que tiene una reputación ganada y ha logrado una posición consolidada en el mercado.

⁸⁹ DIEZ CANSECO, Luis y ENRIQUE PASQUEL. Ob. Cit. Pág. 155.

Se sanciona la explotación de la reputación ajena por cuanto evidentemente en el mercado la fama y el buen nombre se traducen en prestigio y valor comercial, concretado tanto en la capacidad de atracción de la clientela, como en la posibilidad de que la utilización de los signos entrañe la asociación e incluso la traslación de aquella fama o buen nombre a la actividad, prestaciones o establecimiento de quien indebidamente los emplea y, en su caso, la defraudación de las expectativas del público⁹⁰.

⁹⁰ MASSAGUER FUENTES en BARONA VILAR Silvia. Ob. Cít. Pág. 548.

CAPITULO III

3. LA INDUCCIÓN A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y EL RIESGO DE CONFUSIÓN COMO INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

3.1. Derechos de propiedad intelectual relacionados con los actos de confusión desleal

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador (Codificación No. 13), publicada en Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de Diciembre del 2006, reconoce y establece la normativa sobre los derechos de propiedad intelectual en nuestro país, es decir, sobre la *“propiedad especial que se tiene sobre un conjunto de bienes inmateriales que pertenecen a una persona natural o jurídica relacionados con la actividad industrial o comercial que ellas realizan”*⁹¹.

A objeto de este estudio, resulta relevante realizar un breve análisis sobre algunos derechos exclusivos que se protegen por medio de esta Ley y de su respectivo registro ante la autoridad competente nacional, en nuestro caso, ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI.

Son susceptibles de registro ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, entre otros, de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual:

3.1.1. Marcas y lemas comerciales

Art. 194.- Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado.

Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

También podrán registrarse como marca los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas (...)

⁹¹ MARIN RUALES, Germán Humberto, Medidas cautelares en la propiedad industrial y en la nueva ley de competencia desleal. En: Revista Homo iuris. Ensayos de Derecho Contemporáneo. No. 1. Agosto de 1999, pág. 223.

Entre las prohibiciones de registro de marca, encontramos entre otras las siguientes:

Art. 196.- Tampoco podrán registrarse como marca los signos que violen derechos de terceros, tales como aquellos que:

a) Sean idénticos o se asemejen de forma tal que puedan provocar confusión en el consumidor, con una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para proteger los mismos productos o servicios, o productos o servicios respecto de los cuales su uso pueda causar confusión o asociación con tal marca; o pueda causar daño a su titular al diluir su fuerza distintiva o valor comercial, o crear un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;

b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido de forma tal que puedan causar confusión en el público consumidor (...)

El registro de una marca tiene una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y puede renovarse por períodos sucesivos de diez años. El registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que utilice un signo idéntico o similar a la marca registrada sin su consentimiento y, en especial realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, cuando el uso de ese signo pudiese causar confusión o producir a su titular un daño económico o comercial, u ocasionar una dilución de su fuerza distintiva.

3.1.2. Nombres Comerciales

Art. 229.- Se entenderá por nombre comercial al signo o denominación que identifica un negocio o actividad económica de una persona natural o jurídica.

Los nombres comerciales se protegen sin obligación de registro y el derecho al uso exclusivo de un nombre comercial nace de su uso público, continuo y de buena fé en el comercio, por al menos seis meses, constituyendo su registro una presunción de

propiedad a favor de su titular. No se puede adoptar como nombre comercial un signo o denominación que sea confundible con otro utilizado previamente por otra persona o con una marca registrada.

El nombre comercial es el identificador de la empresa ante el mercado y puede ser totalmente independiente del nombre con el que esa empresa se haya aprobado en la Superintendencia de Compañías e inscrito en el Registro Mercantil, por lo que ambos no tienen por qué coincidir en absoluto si el usuario así lo desea.

El plazo de duración del registro de nombres comerciales, tiene el carácter de indefinido, los titulares de nombres comerciales tienen derecho a impedir que terceros sin su consentimiento usen, adopten o registren nombres comerciales, o signos idénticos o semejantes que puedan provocar un riesgo de confusión o asociación.

3.1.3. Apariencias Distintivas

Art. 235.- Se considera apariencia distintiva todo conjunto de colores, formas, presentaciones, estructuras y diseños característicos y particulares de un establecimiento comercial, que lo identifiquen y distingan en la presentación de servicios o venta de productos.

Las apariencias distintivas se protegen de idéntica manera que los nombres comerciales, es decir, sin obligación de registro y su derecho al uso exclusivo nace de su uso público, continuo y de buena fé, por al menos seis meses, siendo su registro una presunción de propiedad a favor de su titular.

El plazo de duración del registro de apariencias distintivas tiene el carácter de indefinido, los titulares de apariencias distintivas tienen derecho a impedir que terceros sin su consentimiento usen, adopten o registren apariencias distintivas, o signos idénticos o semejantes que puedan provocar un riesgo de confusión o asociación.

3.1.4. Indicaciones Geográficas

Art. 237.- Se entenderá por indicación geográfica aquella que identifique un producto como originario del territorio de un país, de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, incluidos los factores naturales y humanos.

La vigencia de la declaración que confiere derechos exclusivos de utilización de una indicación geográfica, se determina por la subsistencia de las condiciones que la motivaron. La Dirección Nacional de Propiedad Industrial puede dejar sin efecto dicha declaración en el evento de que se modifiquen las condiciones que la originaron. El uso de indicaciones geográficas por personas no autorizadas, se considera un acto de competencia desleal, inclusive cuando se trate de otras similares que igualmente creen confusión en el consumidor.

3.1.5. Tutela Administrativa como medio de protección de los derechos de propiedad intelectual

En fin, entre las prohibiciones de registro de marcas, nombres comerciales, apariencias distintivas e indicaciones geográficas contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, encontramos varias relativas a las que por ser idénticas o similares puedan causar confusión o riesgo de asociación con otras previamente registradas y en el caso de que estos signos sean utilizados por un tercero sin autorización de su titular, la propia Ley establece los medios para la protección y defensa de los derechos de propiedad intelectual, tales como el procedimiento de Tutela Administrativa⁹² en sede administrativa ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI y los procesos de conocimiento en sede judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo⁹³. Adicionalmente la LPI establece las sanciones⁹⁴ correspondientes por violación de estos derechos intelectuales.

⁹² Art. 332.- *La observancia y el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual son de interés público. El Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos sobre la propiedad intelectual y velará por su cumplimiento y observancia.*

⁹³ Art. 294.- *(Reformado por la Disposición Reformatoria quinta, num 1, de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Serán competentes para el conocimiento de las controversias sobre esta materia, en primera instancia, las juezas y jueces de lo contencioso administrativo del domicilio del demandado, y en segunda instancia, la sala especializada en dicha materia de la corte provincial respectiva.*

Tienen legitimidad de personería activa para iniciar estas acciones exclusivamente los titulares de estos derechos, las cuales también pueden ser iniciadas de oficio por el IEPI.

Es en este punto donde surge el cuestionamiento de: cuando es el órgano competente para conocer sobre estos actos de inducción a la confusión el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI en aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual y cuando es el órgano competente para conocer de estas prácticas desleales la Superintendencia de Control y Poder de Mercado⁹⁵ en aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, partiendo del hecho de que la naturaleza jurídica de los actos de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial, es uno solo, ya que ambas figuras jurídicas se refieren a mezclar productos, establecimientos o servicios, de manera que no puedan distinguirse.

Los recursos de casación que se dedujeren en esta materia serán conocidos por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Notas:

- La Disposición Reformatoria Quinta, num. 1, del Código Orgánico de la Función Judicial (Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009), dispone que en donde diga "los Jueces Distritales de Propiedad Intelectual y, en segunda instancia los Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual.", se ponga: "las juezas y jueces de lo contencioso administrativo del domicilio del demandado, y en segunda instancia, la sala especializada en dicha materia de la corte provincial respectiva"; sin embargo, esta norma no fue adecuada al veto parcial del Presidente de la República, que modificó la estructura orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa; estableciendo como única instancia competente para conocer esta materia a la sala especializada de la Corte Provincial.

- La Sentencia No. 0002-09-SCN-CC de la Corte Constitucional (R.O. 651-S, 7-VIII-2009), establece que mientras el Consejo de la Judicatura no designe los jueces en materia de propiedad intelectual, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo deberán resolver las acciones sometidas a su conocimiento, conforme el régimen y competencias que regían con anterioridad a la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial. Cabe indicar que la actual estructura de la Función Judicial prevé una única instancia en la materia.

⁹⁴ Art. 339.- (Sustituido por la Disposición Reformatoria Décimo Tercera de la Ley s/n, R.O. 555-S, 13-X-2011).- Concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada. Si se determinare que existió violación de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de 3 a 7 días y o con una multa de entre quinientos (500) dólares de los Estados Unidos de América y cien mil (100.000) dólares de los Estados Unidos de América y, podrá disponerse la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Ley o confirmarse las que se hubieren expedido con carácter provisional.

La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal.

⁹⁵ El Decreto Ejecutivo No. 1614, creó la Subsecretaría de Competencia como órgano de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia. La disposición transitoria tercera de la LORCPM, dispone que hasta que el Superintendente de Control y Poder de Mercado asuma legalmente la posesión de su cargo, será la Subsecretaría de Competencia quien siga conociendo sobre asuntos relacionados con esta materia.

3.2. Radicación del órgano competente para conocer y resolver: Los actos de competencia desleal por inducción a la confusión y; El riesgo de confusión como infracción a los derechos de propiedad intelectual

No es de sorprenderse de la concurrencia existente sobre la normativa de competencia desleal y la normativa de propiedad intelectual, no es la primera vez que esto ocurre, pues en países como España, Alemania, Perú, Colombia, entre otros, también existen normas sobre ambas materias y se ha llegado a comprender que no se trata legislación opuesta ni contradictoria, sino más bien se ha entendido que son normas de carácter complementario.

Este problema hay que resolverlo reconociendo el carácter complementario de ambas disciplinas y entendiendo que no hay conexión de ley especial frente a ley general, sino complementariedad entre ambas⁹⁶.

A continuación se estudiarán las soluciones que han ofrecido la doctrina, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de países en los cuales ha surgido esta concurrencia de normativa que actualmente también se da en el Ecuador y los criterios que se han establecido en nuestra Ley para determinar el órgano competente para el conocimiento de los presuntos cometimientos de prácticas desleales.

3.2.1. España: La tesis de la primacía en la Jurisprudencia

Rafael García Pérez ha manifestado que el recurso indiscriminado a la Ley de Competencia Desleal podría vaciar de significado la regulación dispuesta por otras leyes⁹⁷, en especial la Ley de Marcas.

En este sentido, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo español, ha señalado en repetidas ocasiones que la regulación específica sobre los distintos derechos de propiedad industrial prima sobre la regulación de la Ley de Competencia

⁹⁶ MARIN DE LA BARCENA. Principales Actos de Competencia Desleal. http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf. Fecha de acceso: 04 de mayo de 2012.

⁹⁷ GARCÍA PÉREZ, Rafael. Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de Marcas y en la Ley de Competencia Desleal. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9164/1/comunicacions_11_Garcia_Perez_Rafael_451-462.pdf. Fecha de acceso: 06 de mayo de 2012.

Desleal y que esta no duplica la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, sino que tiene carácter complementario, de modo que se aplica cuando no existen derechos de exclusiva o más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusiva. El Tribunal Supremo establece la primacía de la legislación sobre la propiedad industrial, sin descartar que la Ley de Competencia Desleal pueda proyectar una protección complementaria sobre situaciones que, en todo o en parte, no la obtengan con la legislación especial reguladora de un específico título de propiedad industrial⁹⁸.

La Ley de Marcas, al regular los signos, deja flancos sin protección que son verdaderamente importantes para un orden concurrencial transparente y para mantener unas ofertas claras en el mercado. Y esos flancos, en la medida en que sea necesario para la defensa de un correcto orden concurrencial, quedan para la Ley de Competencia Desleal, la cual no puede detener su acción protectora del mercado sólo porque la lesión a las reglas del mismo se produzca con o contra signos⁹⁹.

En algunas ocasiones, se ha justificado la postura a favor de la Ley de Marcas con fundamento en el carácter de Ley especial del que goza, diciendo que: “Ha de partirse del principio simple: La Ley de Marcas es Ley especial¹⁰⁰ en su materia. De ahí que el concurso que pudiera suscitarse con la Ley de Competencia Desleal cuando se imputan actos de confusión entre signos distintivos debe ser resuelto, siguiendo el criterio de consunción, a favor de la legislación marcaria por lo que no se ha de examinar en sede de competencia desleal si ha existido imitación o similitud entre los signos que lleven a confusión o no”.

Así mismo, el Profesor Marín de la Barcena, sostiene que la protección de competencia desleal sirve para la tutela cuando no existen derechos de exclusión o cuando se pretende una protección más allá de los lindes objetivos y del contenido del derecho de exclusión, de intereses jurídicamente protegidos por la normativa de competencia desleal. Se enjuiciarán como actos de confusión aquellos conflictos sobre signos distintivos que se plantean fuera del ámbito de aplicación del sistema de marcas

⁹⁸ GARCIA PÉREZ, Rafael. Ob. Cit. Págs. 456 - 457.

⁹⁹ GARCIA PÉREZ, Rafael. Ob. Cít. Págs. 456 - 457.

¹⁰⁰ SAP Barcelona de 8 noviembre 2005 (JUR 2006\86752, Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch, FJ).

(confusión publicitaria, derivada del título de una obra) o por signos no registrados ni protegidos por la Ley de Marcas¹⁰¹.

En resumen, de conformidad con la jurisprudencia española, la aplicación de la Ley de Competencia Desleal quedaría limitada a aquellos casos en los que “no sea aplicable al supuesto la Ley de Marcas ni se dé un resultado rechazable a la luz de los principios a los que esta última condiciona la protección”¹⁰².

3.2.2. Alemania y la Vorrangthese

La doctrina alemana de la primacía del Derecho de la propiedad industrial y del Derecho de autor sobre el Derecho contra la competencia desleal afirma que en su campo de aplicación aquellos Derechos establecen una regulación cerrada o exhaustiva que excluye la aplicación del Derecho contra la competencia desleal, que sólo se aplica en algunos casos de forma subsidiaria.

El origen de la doctrina se halla en la sentencia MAC Dog, en la que el Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof) sostiene que la Ley de Marcas pone a disposición del actor una regulación completa y cerrada que impide la invocación concurrente de la Ley contra la Competencia Desleal (Unlauterer Wettbewerbs Gesetz), que queda relegada a una aplicación complementaria en aquellos casos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Marcas. En aquel caso, resuelto por sentencia de 30 de abril de 1998, McDonalds había demandado a una empresa que fabricaba para animales bajo las marcas Mac Dog y Mac Cat. En la instancia, el tribunal condenó a la demandada por infracción de la cláusula general de competencia desleal de la entonces vigente Unlauterer Wettbewerbs Gesetz (Ley contra la Competencia Desleal) de 1909, sin considerar necesario entrar a examinar si existía una infracción desde la perspectiva del Derecho de marcas. El Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof) consideró errónea esta manera de proceder. Según el alto tribunal, desde la entrada en vigor de la Ley de Marcas, la protección de las marcas que gozan de renombre se desprende de la propia Ley de Marcas, que establece una regulación

¹⁰¹ MARIN DE LA BARCENA. Ob. Cít. Pág. 3.

¹⁰² MARIN DE LA BARCENA. Ob. Cit. Pág. 455.

especial y completa en este aspecto, por lo que no cabe aplicar la Unlauterer Wettbewerbs Gesetz (Ley contra la Competencia Desleal)¹⁰³.

3.2.3. Perú: Directiva No. 001-96 –TRI

Resulta posible asemejar un acto de confusión con uno que vulnere un derecho de propiedad intelectual pues ambas instituciones protegen a quienes se ven afectados por terceros que producen, brindan bienes o servicios idénticos o similares a los suyos¹⁰⁴.

Entre la problemática que ha surgido sobre la normativa de competencia desleal y la normativa de propiedad industrial y respecto al órgano competente que debe conocer sobre estos asuntos, encontramos¹⁰⁵:

1. La presentación simultánea de dos denuncias referidas a los mismos hechos ante la Oficina de Signos Distintivos y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, generando una duplicidad innecesaria de procedimientos en los que se discuten substancialmente los mismos asuntos y argumentos, y en los que se corre el riesgo de resoluciones contradictorias.
2. La división de un mismo caso entre la Oficina de Signos Distintivos y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, de manera que cuando un caso presenta la violación de un derecho de propiedad industrial registrado con marca o nombre comercial y además otros elementos que configuran competencia desleal (imitación o copia de otros elementos distintivos de un negocio distintos a marcas, nombres comerciales, explotación de reputación ajena, etc.) se abra un expediente referido a la violación de la Propiedad Industrial y otro referido a los demás elementos involucrados ante la Comisión de Competencia Desleal. Esto lleva a dividir actos complejos que configuran

¹⁰³ GARCIA PÉREZ, Rafael. Ob. Cit. Págs. 458 – 459.

¹⁰⁴ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. Ob. Cit. Pág. 162.

¹⁰⁵ DIRECTIVA No. 001 – 96 – TRI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú. <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/sala/DIRECTIVAN001-96-TRI.pdf>. Fecha de acceso: 10 de mayo de 2012.

infracciones. Al dividirse estos casos en dos, los órganos encargados de resolver podrían perder la perspectiva de conjunto con que deben evaluarse los hechos.

El problema práctico de determinar cuándo la Comisión de Represión de la Competencia Desleal es competente para conocer casos de confusión que involucren la violación de propiedad intelectual y cuándo son competentes la Oficina de Signos Distintivos y la de Invenciones y Nuevas Tecnologías, ha sido solucionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por medio de la Directiva 001-96-TRI. En ella señaló que, en las denuncias referidas a derechos de propiedad industrial inscritos o nombres comerciales inscritos o no, será competente la Oficina de Signos Distintivos o la de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según corresponda, siempre que la misma fuese presentada por su titular. Por su parte, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal será competente en aquellas denuncias presentadas por alguien que no sea el titular del derecho o cuando él mismo no se encuentre registrado, salvo el caso del nombre comercial¹⁰⁶.

3.2.4. Ecuador: El interés general

Como se ha venido diciendo, las relaciones entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho de la competencia son del más variado carácter. Su aparente contradicción se revela como una verdadera complementariedad tanto en aspectos sustanciales como procedimentales. En cuanto a los aspectos sustanciales es posible evidenciar la relación entre las normas de competencia desleal, específicamente, los

¹⁰⁶ Artículo Primero.- Las denuncias referidas a derechos de propiedad industrial inscritos o a nombres comerciales, estén o no inscritos, por las infracciones también tipificadas en los artículos 8 (actos de confusión), 14 (explotación de reputación ajena) ó 19 (copia o reproducción no autorizada) del Decreto Ley 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, serán de exclusiva competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin.

Artículo Segundo.- Las denuncias a las que se refiere el artículo anterior comprenderán tanto las infracciones contra los derechos de propiedad industrial correspondiente, como contra otros elementos distintos que, enmarcados dentro de la tipificación contenida en los artículos 8, 14 y 19 del Decreto Ley 26122, se relacionen con el uso del derecho de propiedad industrial en cuestión (como por ejemplo ocurriría con la imitación o copia no sólo de la marca o nombre comercial, sino además de otros elementos distintos de un negocio no protegidos específicamente por un derecho de propiedad industrial).

Artículo Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ley 26122, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal será competente para conocer las denuncias que presente cualquier persona que no sea la titular del derecho de propiedad industrial vulnerado ni haya sido expresamente autorizada por ésta, incluso respecto de dichos derechos, siempre que tenga interés para obrar en el caso.

También será competente la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en aquellos casos en que el derecho de propiedad industrial no se encuentre registrado, salvo el caso del nombre comercial.

actos de confusión, imitación y engaño, con la protección ofrecida por las normas de propiedad industrial¹⁰⁷.

El inciso segundo del artículo 26 de la LORCPM manifiesta que *“Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”*, es decir, por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI.

Esto implica que cuando no exista una posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores y exista titularidad sobre derechos de Propiedad Intelectual, y se realiza un acto que pueda causar confusión como infracción a estos derechos, se aplica la LPI, siendo exclusivamente los titulares de estos derechos quienes puede ejercer las acciones correspondientes y el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI o el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo los órganos competentes para conocer y resolver estas causas en base a la normativa de propiedad intelectual.

Por otra parte, cuando exista la posibilidad de que el acto de confusión afecte al interés general o al bienestar de los consumidores, la Superintendencia del Control de Poder de Mercado o la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰⁸, pueden conocer y resolver la causa, basándose en la regulación de competencia desleal contenidas en la LORCPM y su respectivo Reglamento.

Sobre cómo se debe efectuar la determinación de la posible afectación al interés general y el procedimiento que se debe seguir ante una denuncia presentada por el presunto cometimiento de prácticas desleales, trataremos en el siguiente capítulo, en el cual se analizará el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, publicado mediante Registro Oficial No. 607 de 7 de mayo de 2012, en el cual se establece la forma de cómo se debe determinar la competencia, sea del IEPI como órgano protector de la propiedad intelectual o de la Superintendencia de Control y Poder

¹⁰⁷ CASTRO ARANGO, José Manuel. Relaciones entre la Competencia Desleal y la Propiedad Intelectual. El caso colombiano. http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/7986/1/relaciones_castro_AFDUA_2010.pdf Fecha de acceso: 03 de mayo de 2012.

¹⁰⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.- Art. 69.- Acción contenciosa.- De conformidad con el artículo 173 de la Constitución y con el carácter impugnabile de los actos administrativos, los actos administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado son susceptibles de impugnación, siempre que no se encuentren firmes, mediante acción o recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo. Para deducir la acción contenciosa no será necesario agotar la vía administrativa (...)

de Mercado como organismo técnico de control de la competencia en nuestro País, partiendo del hecho de que los actos de infracción a los derechos de propiedad intelectual suelen ser actos realizados en el mercado con finalidad concurrencial y por lo tanto encajan en el ámbito de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado la cual contiene los actos de competencia desleal, entre los cuales se encuentran cuestiones relativas a la propiedad intelectual.

CAPITULO IV

4. LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR EL PRESUNTO COMETIMIENTO DE PRÁCTICAS DESLEALES EN LOS ASUNTOS QUE SE DISCUTEN CUESTIONES RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

4.1. La Superintendencia de Control de Poder de Mercado

Conforme a nuestra Constitución, las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, fue creada por medio de la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de 13 de Octubre de 2011, siendo ésta un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, la cual tiene amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores: público, privado y de la economía en general, todo lo dispuesto en la LORCPM y su Reglamento, siendo un organismo que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Constitución del Ecuador.-

Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La LORCPM, ha establecido que la SCPM debe estar conformada al menos por dos órganos especializados, uno de investigación y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia.

De conformidad con el artículo 37 de la Ley, corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, fomentar la competencia y la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en ella.

4.2. Procedimiento administrativo por el presunto cometimiento de prácticas desleales en los asuntos que se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual: Denuncia ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual; Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

4.2.1. Normas generales para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado: El interés general de consumidores y usuarios; Primacía de la realidad; Mercado relevante

4.2.1.1. El interés general de consumidores y usuarios

Tanto la LORCPM (art. 26), como su Reglamento (arts. 30 y 31) respectivo, han establecido que cuando se trate de cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, estos casos serán conocidos y resueltos por el IEPI, caso contrario será la Superintendencia de Control de Poder de Mercado el órgano competente para conocer del caso. Debemos partir diciendo que “el interés general” es un concepto abstracto, del cual no cabe una definición objetiva o aceptada por todos, sin embargo, a continuación se desarrollarán algunos lineamientos para comprender de mejor manera este término que ha venido siendo establecido por algunas normas jurídicas.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

Art. 208.- Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley:

10. Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente.

El interés se puede tratar en varios conceptos, por una parte está el interés particular que se refiere al interés individual que puede corresponder al de una persona o a un grupo determinado, en oposición a este tipo de interés está el interés general que se refiere a los intereses de toda una comunidad y que se le puede utilizar como sinónimo de interés público, interés social o bien común¹¹⁰.

El Estado es la instancia donde se define y expresa lo que en un determinado momento se considera el interés general, es por medio de las estructuras estatales por las que se concilian los intereses particulares con los intereses colectivos, lo que no quiere decir que no existan problemas de interpretación del Interés General o Público. En el caso de que alguna decisión gubernamental o el procedimiento para realizarla causen controversia, es ahí cuando se tiene que tomar en cuenta el Interés General o Público para evitar conflictos sociales y buscar el consenso entre los actores del conflicto, lo cual no significa que si el Estado representa el Interés General estará exento de conflictos ya que una toma de decisiones apelando al Interés Público puede afectar a otros ciudadanos que sientan que no están siendo tomados en cuenta sus intereses¹¹¹.

Este principio del interés público nace en el derecho francés en el siglo XVIII y desde un principio aparece confrontado con dos concepciones sobre el interés general. Una, es la que entiende que el interés general no es más que la suma de los intereses particulares y la otra es la que expresa que el interés general es la misión encomendada al Estado y que estos fines deben imponerse a los intereses de los individuos y que representan la expresión de la voluntad general¹¹².

Es común pensar en interés público como un concepto que se opone al interés privado o al interés de cada persona. Esto es parcialmente cierto, ya que el interés público constituye el interés social o del todo; pero también lo anterior no es excluyente del interés de cada individuo o persona¹¹³.

¹¹⁰ RODRIGUEZ CALDERON, Juan José. La Teoría del Interés en la Administración Pública. <http://www.gestiopolis.com/economia-2/la-teoria-interes-adiministracion-publica.htm>. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² FRANCH SAGUER, Martha. El Interés Público: La Ética Pública del Derecho Administrativo. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1632/21.pdf>. Pág.406. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.

¹¹³ PICASSO UVALLE, Nora Estefanía. La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo. [http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la utilizacin del concepto de ip en el derecho administrativo.pdf](http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la%20utilizacin%20del%20concepto%20de%20ip%20en%20el%20derecho%20administrativo.pdf). Pág. 1. Fecha de acceso: 17 de mayo de 2012.

El interés general se concreta cuando la Administración en ejercicio de su potestad y atribuciones conferidas mediante el ordenamiento jurídico, actúa por medio de sus órganos exteriorizando su voluntad. En cada caso concreto compete a la Administración determinar por medio de un acto administrativo¹¹⁴, si los actos de confusión podrían afectar o no al interés general o al bienestar de los consumidores y con ello establecer qué órgano será el competente para resolver cada proceso.

Para establecer la posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, se debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 30 y 31 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, lo cual se convierte en una garantía tanto para el denunciado que puede presentar sus explicaciones respectivas, como para los posibles afectados, ya que la SCPM podrá ejercer todas sus facultades de investigación y en particular recabar toda la información que estime necesaria, tanto del denunciado como de cualquier otra persona o entidad pública o privada, de conformidad con el ordenamiento jurídico, para concluir si efectivamente podría darse una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores.

La motivación será un elemento esencial para determinar si en realidad se podría producir una “posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores”, ya que en esta se reflejará realmente si existe o no afectación al interés público. Por el contrario, cuando la Administración no fundamente su actuación, será difícil o incluso imposible buscar resolución sobre la afectación al interés público.

Hay quienes han criticado el establecimiento de este concepto de “interés general” dentro del ordenamiento jurídico, manifestando que la libertad otorgada a la autoridad administrativa para determinar el alcance de interés público ha sobrepasado los límites del concepto, se ha abusado de potestad de la autoridad para decidir sobre estos límites. Lo anterior es resultado de la falta de parámetros expresamente establecidos para el estudio del concepto y así saber si la autoridad ha realizado este, de

¹¹⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

manera correcta y apegada a Derecho. Lo que afecta la seguridad jurídica del particular ya que no tiene la certeza respecto la manera de proceder de la autoridad¹¹⁵.

Por último, cabe indicar que el interés general no es un concepto estático sino dinámico, ya que se va adaptando a las necesidades de cada momento y a las circunstancias políticas, jurídicas y económicas de cada país.

4.2.1.2. Primacía de la realidad

En todos los casos en los que se aplique la LORCPM, se debe atender a la realidad del acto realizado y al efecto económico causado, sin olvidar que la LORCPM es un instrumento de ordenación de conductas en el mercado¹¹⁶ y no un medio de defensa de intereses particulares. La Ley establece que para la aplicación de la misma, se debe determinar la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico¹¹⁷.

En este sentido, la LORCPM ha establecido en su artículo dos que “Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, **en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional**” (Las negrillas y el subrayado son míos).

¹¹⁵PICASSO UVALLE, Nora Estefanía. La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo.

http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la_utilizacion_del_concepto_de_ip_en_el_derecho_administrativo.pdf

f. Pág. 2. Fecha de acceso: 17 de mayo de 2012.

¹¹⁶Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

¹¹⁷Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

4.2.1.3. Mercado relevante en relación con el interés general

En todos los casos, incluyendo los asuntos sobre prácticas desleales, en este caso sobre los actos de confusión y para establecer la posible afectación o no afectación al interés general o bienestar de los consumidores, la autoridad administrativa debe determinar el mercado relevante, considerando al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

Un mercado relevante es un mercado específico en términos de producto y área geográfica. Esta noción es básica para cualquier análisis de competencia pues las restricciones a ella no se producen en abstracto sino con relación a bienes, servicios, áreas y clientelas concretas. De allí que generalmente la autoridad de control de competencia tiene entre sus primeras actividades realizar una investigación la determinación del mercado relevante¹¹⁸.

El artículo 5 de nuestra Ley, desarrolla esta Institución del mercado relevante y manifiesta que:

- a) El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
- b) El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

¹¹⁸ GRIJALVA JIMENEZ, Agustín y TROYA JARAMILLO, José Vicente. Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1811/1/RF-01-TC-Grijalva.pdf> Pág. 21. Fecha de acceso: 31 de mayo de 2012.

- c) La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

Considero que esta obligación contenida en el artículo número 5 de la LORCPM, de realizar la determinación del mercado relevante, es fundamental para establecer la posible afectación o no afectación al interés general o bienestar de los consumidores, ya que esta posible afectación al interés general, no necesariamente se refiere a la afectación de la totalidad de las personas en nuestro país, sino básicamente a la posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores dentro del mercado relevante.

4.2.2. Denuncia ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual

De conformidad con el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, de presentarse una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, es decir el IEPI, este: deberá correr traslado al presunto responsable con la denuncia para que presente explicaciones en el término de quince (15) días y; deberá consultar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado si existen indicios del cometimiento de dichas prácticas, y si tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios.

El IEPI, deberá informar al denunciante y al denunciado sobre la consulta realizada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Las explicaciones que hubiere presentado el presunto responsable serán remitidas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para su conocimiento y resolución

A efectos de absolver la consulta, la SCPM podrá ejercer todas sus facultades de investigación y en particular recabar toda la información que estime necesaria, tanto del denunciado como de cualquier otra persona o entidad pública o privada.

La Superintendencia absolverá la consulta en el término de sesenta (60) días de haberla recibido, la cual tendrá efecto vinculante¹¹⁹ y puede determinar:

- a) Que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas, con lo que se notificará a la autoridad consultante, la que sin más trámite dispondrá el archivo de la denuncia.

- b) Que se discuten únicamente cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios. **De ser ese el caso, la competencia radicaré en el IEPI, quien resolverá el caso de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual y su respectivo ordenamiento jurídico.**

- c) Determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas desleales denunciadas y que estas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, en este caso la Superintendencia de Control del Poder de Mercado avocará conocimiento, e iniciará un procedimiento de investigación, para el efecto ordenará la remisión del expediente por parte del IEPI.

En el caso de que en la acción iniciada por el interesado (ante el IEPI) se presenten únicamente temas de propiedad intelectual, sin que éste señale que se han cometido prácticas desleales y fundamente su acción y sus pretensiones solamente en los derechos conferidos por la LPI y su respectiva normativa, no será necesario que la SCPM se pronuncie sobre la posible afectación al interés general, pues, en este caso no se trata de una denuncia por la presunta comisión de actos desleales, si no se trataría de una denuncia realizada exclusivamente por el cometimiento de infracciones a los derechos de propiedad industrial, por lo cual no se aplica el

¹¹⁹ Es aquel por el cual las decisiones tomadas por determinado órgano en ejercicio de sus atribuciones en determinado proceso, pasa a valer para los demás procesos que discutan cuestiones idénticas.

procedimiento establecido en el artículo 30 del reglamento a la LORCPM, sino que el IEPI deberá resolver directamente conforme al procedimiento establecido en la Ley.

4.2.2.1. Análisis Jurídico de la Disposición Reformatoria y Derogatoria Décimo Tercera de la LORCPM que establece que “... La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal...”

La Disposición Reformatoria y Derogatoria primera de la LORCPM, ordena “*Deróguese todas las disposiciones contrarias a esta Ley que se encuentren vigentes, así como toda atribución de autoridad nacional en materia de competencia entregada a otros organismos y entes públicos para juzgar y sancionar los asuntos regulados bajo esta Ley*”, sin embargo la Disposición Reformatoria y Derogatoria Décimo Tercera del mismo cuerpo normativo, en su numeral segundo, inciso primero, establece que “... *La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal...*”. Al parecer esta norma atribuye al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, la facultad de conocer y resolver asuntos de competencia desleal, ante lo cual esta Institución (IEPI) ha realizado con fundamento en el artículo 237 numeral tercero de la Constitución¹²⁰ una consulta a la Procuraduría General del Estado, con el fin de que esta Institución se pronuncie sobre la aplicación de la Ley.

En mi criterio, si bien es cierto que a primera vista parece que la Disposición Reformatoria y Derogatoria Décimo Tercera de la LORCPM, atribuye al IEPI la facultad de conocer y resolver asuntos de competencia desleal, este examen no puede ser resuelto apresuradamente, pues debe considerarse que uno de los más altos principios de Derecho Administrativo es el “principio de competencia reglada”.

¹²⁰ Constitución del Ecuador.- Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

La competencia reglada se define en forma elemental como aquella que se deriva de la existencia previa de la ley, mediante la cual se faculta a la autoridad para ejercer solo las funciones atribuidas expresamente¹²¹.

Nuestra Constitución, consagra dicho principio en su artículo 226 *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

La competencia para que el IEPI pueda conocer asuntos de competencia desleal consagrada en el artículo 287¹²² de la LPI, fue derogada mediante la Disposición Derogatoria y Reformatoria Décimo Segunda de la LORCPM que ordena *“Deróguense los artículos 183 al 193 y 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006”*.

Después de esto, ni en la Ley de Propiedad Intelectual, ni en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, ni en ninguna otra Ley, se ha reconocido de forma expresa, como lo ordena la Constitución, que el IEPI tenga la atribución de conocer y resolver sobre asuntos de competencia desleal, quedando sin piso la aplicación de la Disposición Reformatoria y Derogatoria Décimo Tercera de la LORCPM que como ya se dijo en su numeral segundo, inciso primero, manifiesta que *“... La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal...”*. Pues el IEPI no podrá conocer y resolver asuntos de competencia desleal ya que no se cumple con este requisito *sine qua non* del establecimiento previo de las competencias y facultades en la Ley y por tanto no aplica la disposición en análisis.

¹²¹ <http://derechoadministrativoespecial.blogspot.com/> Fecha de acceso: 25 de mayo de 2012.

¹²² Ley de Propiedad Intelectual, Codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006.- Art. 287.- Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares.

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

No se puede entender que por medio de la norma en estudio se está atribuyendo competencia al órgano de propiedad intelectual para el conocimiento de prácticas desleales ya que esta no manifiesta ello explícitamente y que la lógica jurídica no lo permite. Resulta claro del espíritu general de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y de su multiplicidad de normas que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado será quien deberá conocer sobre el cometimiento de prácticas desleales y además tomando en cuenta la derogación de las atribuciones en materia de competencia entregadas a otros organismos.

Así mismo el Código Civil del Ecuador entre sus reglas para la interpretación de la Ley, en su artículo 18 numeral 6, manifiesta que “...se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural...”.

En concordancia con esta regla de interpretación y a manera de ejemplo, la Disposición Transitoria Tercera de la LORCPM, reza “*Todos los procedimientos y sus correspondientes expedientes iniciados por autoridades tales como (...) el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y cualquier otra autoridad pública continuarán siendo conocidos por las referidas autoridades. Una vez que el Superintendente de Control de Poder de Mercado haya asumido legalmente posesión de su cargo, determinará el plazo para que todos los procedimientos en curso y sus respectivos expedientes sean remitidos a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado...*”.

Es decir, según la normativa que se ha venido estudiando en el desarrollo de esta Tesis, corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el conocimiento de los actos de competencia desleal, y es también en este sentido que han sido redactados los artículos 30 y 31 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM.

4.2.3. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

El procedimiento por el presunto cometimiento de prácticas desleales, puede iniciar de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia

formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

Cuando la denuncia por cometimiento de actos desleales sea presentada directamente ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, una vez recibida la denuncia el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM¹²³. Si la denuncia no cumpliera los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo.

Si la denuncia cumple los requisitos de ley, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días.

Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de las infracciones denunciadas, para lo que podrá ejercer todas sus facultades de investigación, las cuales estudiaremos más adelante.

Vencido el término para que el denunciado presente explicaciones, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días y de conformidad con el artículo 31 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, podrá determinar:

¹²³ Art. 54.- Contenido de la denuncia.- La denuncia deberá contener:

- a) El nombre y domicilio del denunciante;
- b) Identificación de los presuntos responsables;
- c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;
- d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;
- e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;
- f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,
- g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.

- a) Que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, en este caso la Superintendencia deberá remitir el expediente al IEPI, quien avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual. **Esta resolución también puede realizarse al concluir la etapa de investigación.**
- b) Que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y sin más trámite deberá disponer el archivo de la denuncia.
- c) Mediante resolución motivada, determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y que tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, en este caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado iniciará un procedimiento de investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario.

El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa son de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.

Como se ha analizado, nuestra legislación a diferencia de otras, utiliza este criterio de “posible afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios” para determinar la competencia¹²⁴ del órgano que conocerá sobre las denuncias por el presunto cometimiento de prácticas desleales, en este caso sobre los actos de confusión desleal. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado será quien establezca si existe la posible afectación o no al interés general y una vez establecido este asunto, se determinará si la competencia radica en la SCPM o

¹²⁴ La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer. ARNAZ Rafael en DROMI Roberto. El Acto Administrativo. Buenos Aires, 1997, Pág. 35.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

Art. 84.- DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto.

Art. 85.- RAZONES DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa se mide en razón de:

- a) La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados;
- b) El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y,
- c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

en el IEPI, en los casos en que la SCPM determine que únicamente se discuten cuestiones relativas a la Propiedad Intelectual.

4.2.4. Del procedimiento de investigación y sanción

Los artículos 30 y 31 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, indican que el inicio del procedimiento de investigación, será de conformidad con las disposiciones constantes en el artículo 56 de la Ley y en los artículos 62 a 67 del Reglamento, mismos que establecen las siguientes reglas de procedimiento:

- a) Resolución de inicio de investigación o de archivo de la denuncia.- Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez.

La resolución de inicio de la etapa de investigación deberá contener como mínimo lo siguiente:

1. Identificación de los presuntos responsables y de los denunciados, si los hubiere;
2. La conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;
3. Hechos que motivaron la resolución de inicio;
4. Identificación de terceros que ostenten su condición de interesados, si los hubiere; y,
5. Plazo de duración de la etapa de investigación.

Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia.

b) Etapa de investigación.- El órgano de investigación podrá requerir a cualquier operador económico, institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones y realizará cuantas actuaciones, procedimientos y análisis resulten necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades de conformidad a las facultades establecidas en la Ley. Las facultades de investigación de la SCPM las estudiaremos más adelante.

La información solicitada deberá ser proporcionada en el término que se señale en el requerimiento de información y de no ser el caso se aplicarán las multas y sanciones que establece la Ley.

c) Acceso a información del expediente.- Durante la tramitación del procedimiento en la etapa de investigación, las partes podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial.

d) Acumulación o desglose de expedientes.- El órgano de investigación, de oficio o a solicitud de los interesados, podrá ordenar la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa. Así mismo, el órgano de investigación, de oficio o a solicitud de los interesados, podrá ordenar el desglose de los expedientes cuando la naturaleza de los hechos denunciados haga necesaria la tramitación de procedimientos independientes.

e) Ampliación de la Resolución de Inicio de Investigación.- Cuando, en el curso de la investigación se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta

comisión de otras infracciones, o se presenten nuevos interesados no incluidos anteriormente, se podrá ampliar la resolución de inicio de investigación.

Dicha ampliación será notificada a los presuntos responsables a fin de que contesten y deduzcan excepciones en el término de quince (15) días.

- f) Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.

Los últimos incisos de los artículos 30 y 31 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, ordenan que concluida la investigación, la SCPM continuará con el procedimiento y resolverá según lo establecido en los artículos 58 a 61 de la Ley y 68 a 72 del Reglamento, que desarrollan las siguientes etapas del procedimiento:

- a) Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con: el informe de resultados de la investigación y copia de la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días.

Si el denunciado no contestare la denuncia en el término previsto, el procedimiento continuará en rebeldía, reconociendo a éste su derecho a acceder y solicitar copias de todas las actuaciones del expediente.

- b) Término de prueba.- El órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad. Durante la etapa de prueba las partes podrán deducir las alegaciones y presentar o solicitar al órgano de investigación se practiquen las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses.

- c) Audiencia Pública.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, si lo estimare conveniente para la marcha de las investigaciones, ordenará la convocatoria a audiencia pública en la que se señalará el día y hora de la misma.

Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

- d) Informe Final.- Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.

El informe final será remitido al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.

- e) Resolución.- Una vez recibido el informe final y en el término de tres (3) días, el órgano de sustanciación y resolución correrá traslado con el mismo a las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de diez (10) días.

Si el órgano de sustanciación y resolución lo estimare conveniente, ordenará que se convoque a audiencia pública señalando el día y hora de la misma. Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Habiéndose corrido traslado a las partes con el informe final; o, una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.

La resolución deberá contener los antecedentes del expediente, las alegaciones aducidas por los interesados, las pruebas presentadas por estos y su valoración, los fundamentos de hecho y derecho de la resolución, la identificación de las normas o

principios violados y los responsables, la calificación jurídica de los hechos, la declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la decisión sobre la aplicación, exención o reducción del importe de la multa.

Si se determinare que se produjo una infracción a la Ley, el órgano de sustanciación y resolución mediante resolución, impondrá las sanciones y medidas correctivas que establece la Ley o, de ser el caso, la exención o reducción de la multa cuando corresponda.

Durante este periodo, si el órgano de sustanciación y resolución lo considera necesario, podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieren servir como prueba. El órgano de investigación remitirá al órgano de sustanciación y resolución un informe sobre los resultados de las actuaciones complementarias que hubiere realizado.

4.2.5. Facultades de investigación de la SCPM

El artículo 48 de la LORCPM, establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, **antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento**, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, así mismo instituye que no se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente.

Las Facultades de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, las encontramos en el artículo 49 de la ley, que reconoce que ésta a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas:

1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza.
2. Notificar, examinar y receptar declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Las declaraciones se deben efectuar con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado.
3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren.

Cuando el lugar donde se realice la inspección sea el domicilio de una persona natural, se requiere autorización judicial.

En el acto de la inspección podrá tomarse y recuperarse copia de los archivos físicos, virtuales o magnéticos, así como de cualquier documento o información que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. De ser necesario el descerrajamiento en el caso de locales o establecimientos que estuvieran cerrados, se deberá contar con autorización judicial.

Cualquier otra información no relevante o ajena a la investigación, será mantenida hasta su devolución, con estricta reserva por parte de la Superintendencia de

Control del Poder de Mercado y sus funcionarios, siendo por tanto responsables del sigilo en que debe mantenerse en observancia del derecho a la intimidad de las personas.

En conclusión la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare, para lo cual toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.

En los casos en los que se necesite efectuar allanamientos, retenciones, así como para obtener y mantener copias de la correspondencia física y virtual, incluyendo cuentas bancarias y otra información de carácter confidencial, reservado o secreto, la SCPM deberá solicitar al juez la autorización e intervención, misma que podrá ser conferida por cualquier autoridad judicial de la jurisdicción en la cual se vayan a realizar las acciones mencionadas, aun cuando no sea del domicilio del investigado o denunciado.

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas, así lo ordena el artículo 79 de la Ley.

4.2.6. Medidas preventivas

Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley y del los artículos 73 y siguientes del Reglamento, el órgano de sustanciación y resolución, **antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación** podrá, a sugerencia del órgano de investigación o

a solicitud del denunciante, establecer por el plazo que estimare conveniente, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

- Órdenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.
- La imposición de condiciones.
- La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
- La adopción de comportamientos positivos.
- Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales. Está prohibido dictar: privación de la libertad; prohibición de salida del país; o el arraigo como medidas preventivas.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento.

Cuando las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciante, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida. El órgano de sustanciación y resolución

emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

En los casos en los que las medidas preventivas se adopten antes de iniciarse la etapa de investigación, dichas medidas caducarán si no se inicia el procedimiento de investigación en el término de quince (15) días desde su notificación.

El órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción.

En el caso que sea el denunciante o denunciantes quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta.

Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud.

Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento.

En caso de desacato de las medidas preventivas ordenadas, se podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días.

4.2.7. Compromisos de cese

De conformidad con el artículo 89 de la Ley, hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, suspendiéndose los demás plazos previstos.

La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta.

En caso de que se acuerde un compromiso y este sea incumplido, la SCPM iniciará el proceso de ejecución y aplicación de las sanciones previstas en la Ley y, de ser el caso, adoptará las medidas correctivas a que hubiere lugar.

4.2.8. Sanción por el cometimiento de actos de competencia desleal

De conformidad con el artículo 78, numeral 2, literal “c” de la LORCPM, el falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas o actos desleales es considerado una falta grave.

Las infracciones graves son sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, así lo ha establecido el artículo 79, literal “b” de la Ley.

Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, las infracciones graves se sancionan con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

El artículo 80 de la Ley, dispone que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c. El alcance de la infracción.
- d. La duración de la infracción.
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.

La reincidencia se considera circunstancia agravante, por lo que en estos casos la sanción aplicable no puede ser menor a la sanción precedente, pudiendo la SCPM imponer multas de manera sucesiva e ilimitadamente.

Cuando la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de la conducta desleal son superiores a los umbrales del 10% del volumen de negocios total del infractor, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios.

Las multas por concepto de las infracciones, serán recaudadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y se depositarán en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, estas multas podrán ser recaudadas mediante acción coactiva de la Administración.

4.2.8.1. Circunstancias Agravantes

Las circunstancias agravantes han sido desarrolladas en el artículo 81 de la Ley y encontramos las siguientes:

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la Ley.
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora de la Superintendencia.

4.2.8.2. Circunstancias Atenuantes

Así mismo, en el artículo 82 de la Ley se han establecido circunstancias atenuantes para fijar el importe de la sanción, entre estas encontramos las siguientes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

4.2.9. Medidas correctivas

Además de la sanción pecuniaria que se imponga por la infracción cometida, los artículos 73 y siguientes de la LORCPM, reconocen que la SCPM podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir la conducta que ha dado nacimiento al procedimiento, y adoptar los medios para evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las conductas contrarias a la Ley.

La implementación de medidas correctivas no obstará la aplicación de las sanciones impuestas en la resolución.

En caso de que se hayan impuesto medidas correctivas, el o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeran asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la SCPM ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la Ley.

En el caso de incumplimiento de las medidas correctivas o cumplimiento tardío, parcial o defectuoso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá:

a) Ordenar medidas correctivas adicionales.

b) Aplicar las sanciones previstas en la Ley.- De conformidad con el artículo 78, numeral 1, literal “c” de la Ley, se considera falta leve el incumplimiento de medidas correctivas. Las infracciones leves se sancionan con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa o en el caso de que no sea posible determinar el volumen de negocios, con una multa entre 50 a 2000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

4.2.10. Multas coercitivas

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, de conformidad con el artículo 85 de la Ley, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

a. A cesar en una conducta prohibida o que hubiere sido sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley.

- b. Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según lo previsto en la presente Ley.
- c. Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- d. Al cumplimiento del deber de colaboración.
- e. Al cumplimiento de las medidas preventivas y/o correctivas.

4.2.11. Recursos en sede administrativa y jurisdiccional

Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos¹²⁵ y están llamados a cumplirse desde su notificación.

Los actos administrativos son impugnables según dispone el artículo 173 de la Constitución de la República y están revestidos del carácter de estabilidad¹²⁶ administrativa, sin embargo el Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

4.2.11.1. Recurso de Reposición

Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado pueden ser recurridos en sede

¹²⁵ Es la presunción de validez del acto administrativo, mientras no se demuestre lo contrario por autoridad competente. Es una presunción legal relativa, “Iuris Tamtum” que puede ser desvirtuada por el interesado si acredita que el acto es ilegítimo.

¹²⁶ Es la irrevocabilidad del acto por la propia administración pública. Es la prohibición de la revocación de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que ha sido notificado al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado.

administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición, así lo reconoce el artículo 66 de la Ley.

El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

Transcurrido el término de 20 días sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado¹²⁷ y se agotará la vía administrativa, quedando solo la vía judicial.

El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo¹²⁸. El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario.

4.2.11.2. Recurso de Apelación o Jerárquico

De conformidad con el artículo 67 de la Ley, los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de la LORCPM podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, el cual se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición.

El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos.

El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario.

¹²⁷ Los actos que causan estado son aquellos que ya no pueden recurrirse en la vía administrativa aunque pueden recurrirse en la vía judicial contencioso administrativa.

¹²⁸ El efecto devolutivo es aquel por el cual el juez a quo está obligado a remitir el proceso al juez ad quem para que éste resuelva sobre la impugnación oportunamente interpuesta, sin suspender la ejecución del acto o resolución recurrida (efecto suspensivo).

Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabe ningún otro recurso en vía administrativa.

4.2.11.3. Recurso extraordinario de revisión

El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme.

4.2.11.4. Acción Contenciosa

El artículo 69 de la Ley permite que de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y con el carácter impugnabile de los actos administrativos, los actos administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado son susceptibles de impugnación, siempre que no se encuentren firmes, mediante acción o recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo.

Para deducir la acción contenciosa no será necesario agotar la vía administrativa.

El término para interponer este recurso ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es de noventa días contados a partir de la notificación del acto recurrido. El recurso contencioso de plena jurisdicción sólo tendrá efecto devolutivo.

Este recurso contencioso no es suspensivo respecto de las medidas preventivas y medidas correctivas en ningún caso, salvo la suspensión de la multa económica siempre que el perjudicado o sancionado rinda caución por el cincuenta por ciento de valor fijado por la autoridad de competencia, mediante póliza de seguro o garantía bancaria emitida a favor del Tribunal correspondiente.

El recurso contencioso de nulidad u objetivo se podrá proponer dentro del plazo de tres años desde la vigencia del acto recurrido. Este recurso sólo tendrá efecto devolutivo y no suspensivo.

4.2.12. Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones

La LORCPM, en su artículo 70 determina que la facultad de iniciar procesos administrativos, sea de oficio o a petición de parte prescriben en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el día en que hayan cesado.

En cuanto a las sanciones impuestas por el cometimiento de infracciones por el cometimiento de conductas desleales, estas prescriben a los ocho años.

La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes.

4.2.13. Responsabilidad civil

Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas desleales podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.

5. CONCLUSIONES

- El conjunto de normas que deben cumplir los competidores en el mercado dentro del desarrollo de sus actividades económicas, se conoce con el nombre de Derecho de la Competencia. El Derecho de la Competencia, por una parte contiene las normas para garantizar la libertad de competencia llamado “Derecho de la Libre Competencia”, y por otra parte contiene el sistema normativo que regula la competencia desleal llamado “Derecho sobre la Competencia Desleal” cuyo objeto es velar por los principios de lealtad y licitud en el mercado. El Derecho de la Competencia protege los intereses de: competidores (interés privado), colectivo de los consumidores, el Estado (interés público).
- Las normas sobre libre competencia, las normas sobre competencia desleal y las normas de protección al consumidor, tienen como objetivo el bienestar de los consumidores, el bienestar de los competidores y que el mercado funcione de manera correcta. Los dos primeros grupos de normas protegen al consumidor indirectamente y el último de manera directa.
- La libertad de competencia económica, es la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él contienda con los demás y sin barreras de entrada, con el objeto de ofrecer y vender bienes y servicios a los consumidores.
- En el Ecuador, tenemos algunas normas jurídicas en donde encontramos el fundamento y reconocimiento de la libertad de competencia, entre ellas principalmente la Constitución que en su artículo 66 numeral 15 reconoce y garantiza a las personas el derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva, siendo este un incentivo para los operadores económicos, quienes pueden aprovechar las ventajas de esta libertad, valiéndose de medios legales para lograr una mayor atracción de clientela y como consecuencia un mejor posicionamiento en el mercado.
- El derecho a la libertad de competencia no es absoluto ya que puede darse un “exceso” de agresividad empresarial a través del recurso a medios ilícitos o desleales para atraerse a los consumidores, lo cual es reprochable y se considera

incorrecto por dejar fuera del mercado a otros operadores, influyendo injustamente en la toma de decisiones de los consumidores en el tráfico mercantil. Por ello se ha creado la legislación que regula y sanciona las conductas desleales, anticompetitivas y restrictivas de la competencia que resultan perjudiciales para el correcto funcionamiento del mercado, normas que han sido establecidas con el fin de asegurar una competencia transparente, leal y justa.

- Hace algunos años en el Ecuador frente a la inexistencia de una ley especial que regule los actos de competencia desleal, se aplicaban las normas referentes a responsabilidad extracontractual del Código Civil, según la cual todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, es decir, se utilizaba la vía de los delitos y los cuasidelitos civiles. De esta manera la persona a la cual se le causaba un daño podía reclamar la indemnización o reparación
- El punto de partida de la represión de la competencia desleal en nuestro país es el artículo 10 bis del Convenio de París, ya que con fecha 21 de enero de 1996 (R.O. 977, suplemento, 28 de junio de 1996), el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial de Comercio, por lo cual, aceptó con su sola firma todos los Acuerdos de la OMC, siendo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o “TRIP’s) uno de ellos, el cual reza en su artículo dos que “... *los Miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967)*”.

El artículo 10 bis del Convenio de París, establece que “... *los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal... Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*”.

- En la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, publicada en Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998, se incluyeron algunas normas sobre competencia desleal, las cuales fueron reproducidas en la Codificación No. 13, publicada en Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de Diciembre del 2006 de la misma Ley. El libro IV de la mencionada Ley, establecía en cuatro artículos

las normas sobre competencia desleal y entre ellas desarrollaba una cláusula general contenida en los siguientes términos “*Se considera competencia desleal todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas (...)*”. Estas normas fueron expresamente derogadas por la disposición decimo segunda de las disposiciones reformativas y derogatorias de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011.

- Mediante Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de Octubre del 2011, se expide la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, siendo esta la primera vez que se crea una ley específica que regula el Derecho de la Competencia en general y en la cual dentro de sus objetivos se encuentra el prohibir y sancionar las prácticas desleales.

- La LORCPM, en su artículo 27 numeral 1, establece que los actos de confusión son considerados prácticas desleales indicando que “*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 establecimiento ajenos.*

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero”.

- Se considera desleal la inducción a la confusión en virtud de que los competidores, para “distinguir y diferenciar” sus productos, sus servicios y sus establecimientos de los de otros competidores, utilizan medios de identificación que los caracterizan y que se encuentran relacionados con su origen empresarial, su calidad y su prestigio y si un tercero los utiliza incurre en una práctica desleal que distorsiona el sistema concurrencial, afectando tanto a consumidores, a competidores y al mercado como tal. Por medio de la prohibición y sanción de la inducción a la confusión, se protege: al consumidor del peligro de error sobre el origen empresarial de los productos o servicios que adquiere ya que éste no estará en posibilidad de efectuar la elección que más convenga a sus intereses y su discernimiento en el proceso de competencia se verá afectado; a los competidores que perdieron una venta que pudieron obtener y que un tercero la obtuvo deslealmente; y al mercado por la transparencia que debe existir en él.

- Bajo el término confusión como acto de competencia desleal, podemos encontrar una pluralidad de situaciones. Los actos más frecuentes de este tipo de conducta se darán principalmente en relación a nombres comerciales y marcas, sin embargo la actividad de confusión, no queda reducida solo a ello, sino que se extiende a otros medios de identificación de actividades, prestaciones, productos o establecimiento ajenos cualquiera que sea su naturaleza, tales como insignias, embalajes, uniformes, fachadas, escaparates, logotipos, etc., así como también determinados elementos publicitarios como folletos, carteles, eslóganes, catálogos, etc.

Puede incluirse el uso de otros derechos de propiedad intelectual cuya titularidad pertenece a otro, como serían invenciones o derechos de autor; a los anuncios publicitarios que emplean un esquema o estructura idéntica o similar a la de otro anunciante; a la presentación de un producto que sea idéntica o se asemeje a una preexistente; a la manera como se presta un servicio; al empleo de una decoración, estructura, iluminación o uniformes al de otro; etcétera.

- El acto de confusión puede producirse por la introducción o puesta en el mercado de medios de identificación idénticos o similares a otros existentes que resulten normalmente conocidos por los consumidores o usuarios, bastando, por tanto, la semejanza, el efecto visual o sonoro o cualquier otro elemento que induzca a confusión. Por tanto, se comete conducta desleal tanto cuando se realice una copia servil, es decir, cuando se reproduzca con exactitud todos los elementos característicos y propios de producto o servicio, como cuando se realice de forma sutil (procurando dar apariencia de diversidad).
- La inducción a la confusión como práctica de competencia desleal, implica realizar en el mercado cualquier acto idóneo para inducir al público consumidor a pensar que el producto, prestación o servicio que adquieren o los establecimientos donde estos se comercializan, provienen de un origen empresarial distinto al que en realidad derivan, o a su vez el consumidor llega a pensar que el producto, prestación o servicio que adquiere o los establecimientos donde se comercializan se encuentran relacionados o mantienen cierto tipo de conexión empresarial con cierto competidor del mercado cuando en realidad no es así.

- La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado prohíbe y sanciona los actos de confusión tanto en sentido estricto como en sentido amplio por medio de su artículo 27, numeral primero que considera desleal “(...) *el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero*”. Por lo tanto, la confusión que puede darse “por el uso de cualquier medio de identificación que en el mercado se asocie a un tercero”, se considera desleal, siendo así un precepto amplio de actos de confusión que incluye no sólo la confusión por parte del consumidor sobre la identidad de la empresa o del producto designado con un medio de identificación (riesgo directo), sino también aquella otra que se produce cuando no hay confusión sobre la identidad de la empresa, pero sin embargo el consumidor llega a asociar o a pensar que ambas empresas están relacionadas de alguna forma (riesgo indirecto).
- La LORCPM, considera desleal la confusión incluso cuando exista la posibilidad de que esta se configure, al establecer en su artículo 27 numeral 1 que “... *se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión (...)*”. En este sentido, no es necesario que la confusión se produzca, se haya producido o se materialice, bastando la mera posibilidad de que dicho acto se origine o que exista un riesgo potencial o inminente para que este pueda sancionarse, es así que carece de importancia la intención de crear confusión; siendo innecesario probar la mala fe de quien comete el acto.
- No es necesario acreditar que los actos desleales generen un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, así lo ha establecido el artículo 25 de nuestra Ley.
- Nuestra Ley no contiene un marco de interpretación para valorar la confundibilidad, sino más bien, esto depende de la casuística que se presente, dependiendo absolutamente del contexto y circunstancias específicas en cada caso, aún así entre los parámetros de valoración establecidos en la doctrina se ha dicho que se debe analizar: a) El uso, implantación, consolidación y

reconocimiento en el tráfico mercantil del medio de identificación; b) Se debe tomar en cuenta el consumidor medio (ya que este rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente los medios de identificación, como por ejemplo, las marcas, sino que deben confiar en la imagen imperfecta que conservan en la memoria); c) La apreciación tiene que ser conjunta ya que si se han incorporado colores, formas, letras, dibujos para querer “aparentar” diferencia sin que esta se logre o sea real, la práctica será considerada desleal; d) Análisis del carácter distintivo, por medio del estudio de la mayor o menor aptitud del medio de identificación para identificar los productos o servicios de los que se trata atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada y distinguir estos productos y servicios de los de otras empresas.

- En el articulado de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, es posible hallar otras conductas que indudablemente se encuentran estrechamente vinculadas con los actos de confusión, incluso es perfectamente posible que el acto desleal no solo se efectúe desde la tipificación de una sola conducta, sino dentro de varias de ellas ya que los hechos realizados pueden encontrarse fundamentados en algunas de estas, convirtiéndose de esta forma en tipos de carácter complementario, por ejemplo, un acto de inducción a la confusión presupone que se ha realizado un acto de imitación con el fin de explotar la reputación ajena de un tercer competidor.
- Existen derechos de propiedad intelectual sobre los que la Ley especial en la materia establece los medios para su protección y defensa, tales como el procedimiento de Tutela Administrativa en sede administrativa ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI. Estos derechos pueden resultar estrechamente vinculados con los actos de confusión desleal ya que los actos de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial, es uno solo, debido a que ambas figuras jurídicas se refieren a mezclar productos, establecimientos o servicios, de manera que no puedan distinguirse. Ante esto el inciso segundo del artículo 26 de la LORCPM manifiesta que *“Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores,*

serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”.

Esto implica que cuando no exista una posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores y exista titularidad sobre derechos de Propiedad Intelectual, y se realiza un acto que pueda causar riesgo de confusión como infracción a estos derechos, se aplica la LPI, siendo exclusivamente los titulares de estos derechos quienes puede ejercer las acciones correspondientes y IEPI el órgano competente para conocer y resolver estas causas.

Por otra parte, cuando exista la posibilidad de que el acto de confusión afecte al interés general o al bienestar de los consumidores, la Superintendencia del Control de Poder de Mercado será quien debe conocer y resolver la causa, basándose en la regulación de competencia desleal contenidas en la LORCPM y su respectivo Reglamento.

- En todos los casos en los que a pesar de que no exista titularidad sobre derechos conferidos en base a la Ley de Propiedad Intelectual y se realicen conductas que tengan por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos, pudiendo producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, se aplica la normativa de competencia desleal contenida en la LORCPM y su respectivo reglamento. Por ejemplo, en casos de marcas no registradas que han venido siendo usadas y se encuentran implantadas en el mercado.
- En el caso de que el titular de un derecho de propiedad intelectual presente su acción ante el IEPI y la fundamente únicamente en la normativa de propiedad intelectual, ejerciendo los derechos conferidos en ella y basándose solamente en sus procedimientos, sin denunciar sobre el cometimiento de actos o prácticas desleales, el IEPI no deberá consultar a la SCPM acerca de ningún asunto, pues el procedimiento establecido en el artículo 30 del Reglamento a la LORCPM, se aplica únicamente cuando se ha denunciado “la presunta comisión de prácticas

desleales”. En estos casos el procedimiento y resolución serán de conformidad con el ordenamiento jurídico sobre propiedad intelectual.

- En el caso de que la denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales sea presentada ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y si esta autoridad determina que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, remitirá el expediente al IEPI, el cual avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la LPI y su respectivo el ordenamiento jurídico.
- La legitimación activa contenida en la LPI, recae exclusivamente sobre el titular de los derechos de propiedad intelectual, a diferencia de la LORCPM que de conformidad con su artículo 53 establece que el procedimiento de investigación puede iniciar; de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo, es decir, no es únicamente el titular de los derechos de propiedad intelectual quien goza de legitimación activa, si no cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre legítimo interés.
- La LORCPM no tiene como fin, al menos directamente, proteger al titular de la marca o medio de identificación, no pretende resolver conflictos entre competidores, sino ser un instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Los destinatarios de su protección no son los titulares de los signos, ni los empresarios, sino todos los que participan en el mercado, incluso los consumidores, y el mercado mismo.
- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare, para lo cual toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la

Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violenta los derechos ciudadanos.

En los casos en los que se necesite efectuar allanamientos, retenciones, así como para obtener y mantener copias de la correspondencia física y virtual, incluyendo cuentas bancarias y otra información de carácter confidencial, reservado o secreto, la SCPM deberá solicitar al juez la autorización e intervención.

- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley y de los artículos 73 y siguientes del Reglamento, el órgano de sustanciación y resolución, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, establecer por el plazo que estimare conveniente medidas preventivas, las cuales deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar, siendo prohibido dictar privación de la libertad; prohibición de salida del país; o el arraigo.
- De conformidad con el artículo 89 de la Ley, hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.
- El artículo 78, numeral 2, literal “c” de la LORCPM, ha establecido que el falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas o actos desleales es considerado una falta grave y serán sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, las infracciones graves se sancionan con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

6. RECOMENDACIONES

- Dado que la LORCPM ordena que en los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, estos serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia, es decir el IEPI, recomiendo que antes de presentar una denuncia por el cometimiento de actos de confusión desleal que como ya se ha estudiado están íntimamente vinculados a la propiedad intelectual, el denunciante analice no solo jurídica si no también económicamente si estos actos efectivamente podrían afectar el interés general o el bienestar de los consumidores.
- Recomiendo a quienes han venido utilizando cualquier medio de identificación de productos o servicios en el mercado y se sienten perjudicados por el uso ilegítimo de un tercero de estos medios de identificación, creando la posibilidad de confusión y se sienten desprotegidos por no tenerlos registrados como derechos de propiedad intelectual, analizar la posibilidad de iniciar una denuncia por el cometimiento de prácticas desleales de conformidad con la LORCPM.
- Recomiendo que si el denunciado está consciente de que ha cometido prácticas desleales, ofrezca un compromiso con el fin de cesar la conducta objeto de la investigación y de subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producirse en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas ya que esto se considera circunstancia atenuante de conformidad con la Ley.
- Recomiendo que los operadores económicos, proporcionen de manera rápida y transparente los informes o información que hayan sido solicitados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado dentro del marco de la Constitución y la Ley, a efectos de realizar sus investigaciones, ya que el no

hacerlo se considera una falta leve y está sancionado con una multa de hasta el 8% del volumen de negocios.

- Recomiendo que de haberse dictado medidas preventivas, el denunciado las cumpla en la medida de lo posible ya que de no hacerlo la Superintendencia podrá imponer medidas correctivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento jurídico.

- Recomiendo que de obtenerse una resolución a favor del denunciante una vez concluido el procedimiento administrativo, el afectado inicie un procedimiento por vía civil para reclamar la respectiva indemnización por daños y perjuicios de conformidad con la Ley, ya que las sanciones impuestas en este tipo de procedimientos van al Tesoro Nacional del Estado.

- Recomiendo a los Abogados que vayan a patrocinar causas relativas a asuntos regulados por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, trabajar en forma conjunta con expertos en materia económica dado el alto contenido de criterios económicos que se desarrollan en la Ley.

Libros

- BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch., 2008.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Editorial: Heliasta, 2005.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Mercé. La Competencia Desleal. Madrid, Editorial: Closas - Orcoyen, S.L, 2007.
- DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. El Derecho de la Competencia Desleal, “Actos Parasitarios”. Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007.
- DROMI, Roberto. El Acto Administrativo. Buenos Aires, 1997.
- EYZAGUIRRE, Hugo. El Derecho de la Competencia Desleal, “Los Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia Desleal”. Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007.
- EZCURRA, Huáscar y CHAVEZ, Christian. La Cláusula General Prohibitiva. El Derecho de la Competencia Desleal, Lima, Editorial: UPC, 2007.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Editorial: Civitas, séptima edición, 2000.
- GARCIA MENENDEZ, Sebastián. Competencia Desleal. Buenos Aires, Editorial: Lexis Nexis, 2004.
- MASSAGUER FUENTES en VIERA GONZALES, Jorge. Análisis de la Reforma del Régimen Legal de la Competencia Desleal y la Publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Madrid, Impreso por Wolters Kluwer, 2011.
- MASSAGUER, José. El nuevo derecho contra la Competencia Desleal. Navarra, Editorial: Aranzadi S.A., 2006.

- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Compilación documentos sobre Derecho de la Competencia. Santa Fé de Bogotá. Fundación Cultural Javeriana, 1999.
- SAINZ DE AJA BORJA, EYZAGUIRRE HUGO y otros. El Derecho de la Competencia Desleal. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2006.

Normas Legales

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).
- **Código Civil del Ecuador**
- Constitución Política del Ecuador.
- Convenio de París.
- Decisión 486: Régimen común sobre Propiedad Industrial
- DIRECTIVA No. 001 – 96 – TRI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú.
<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/sala/DIRECTIVAN001-96-TRI.pdf> . Fecha de acceso: 10 de mayo de 2012.
- Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.
- Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.
- Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Registro Oficial No. 197 de fecha 7 de mayo de 2012.

Web

- CASTRO ARANGO, José Manuel. Relaciones entre la Competencia Desleal y la Propiedad Intelectual. El caso colombiano.
http://dspace.uah.es/jspui/bitstream/10017/7986/1/relaciones_castro_AFDUA_2010.pdf Fecha de acceso: 03 de mayo de 2012.

- CONDE BAUTISTA, Claudia Victoria. Acciones por competencia desleal aplicables a los actos de desorganización del competidor. www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEkQFjAA&url=http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7399.pdf&ei=zMHT-DDDoaY8gSv1fG4Dw&usq=AFQjCNEmijDF9yypYcMc9hKFtOWHG0E7yQ&sig2=QNhN8Jqb4SisK9pKH0OZ1A. Fecha de acceso: 30 de mayo de 2012.
- CORDERO, Magdú y ANDRADE, Betty en JARA VÁSQUEZ, María Elena. Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%C3%B3n.pdf> Fecha de acceso: 13 de Junio de 2012.
- Derecho Argentino de Defensa de la Competencia. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=maximiliano_marzetti. Pág. 5. Fecha de acceso: 29 de mayo de 2012.
- DIRECTIVA No. 001 – 96 – TRI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú. <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/sala/DIRECTIVAN001-96-TRI.pdf> . Fecha de acceso: 10 de mayo de 2012.
- FRANCH SAGUER, Martha. El Interés Público: La Ética Pública del Derecho Administrativo. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1632/21.pdf>. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.
- GARCIA PÉREZ, Rafael. Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de Marcas y en la Ley de Competencia Desleal. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9164/1/comunicacions_11_Garcia_Perez_Rafael_451-462.pdf. Fecha de acceso: 06 de mayo de 2012.
- GONZALES VAZQUEZ, Pablo. Libertad de Competencia. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5253%3Alibertad-de-competencia&catid=256%3Anoticias-de-interes&Itemid=551. Fecha de consulta: 26 de octubre de 2011.

- GRIJALVA JIMENEZ, Agustín y TROYA JARAMILLO, José Vicente. Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1811/1/RF-01-TC-Grijalva.pdf>
Fecha de acceso: 31 de mayo de 2012.

- http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_es.pdf .
Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 26-IP-2008.

- <http://es.wikipedia.org/wiki/Monopolio> Fecha de acceso: 15 de enero de 2012.

- JATAR, Ana. Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela. <http://www.procompetencia.gov.v/politicadecompetenciavenezuela.html>. Fecha de acceso: 2 de noviembre de 2011.

- MARIN DE BARCENA. Principales Actos de Competencia Desleal. http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf . Fecha de consulta: 03 de mayo de 2012.

- MARIN DE LA BARCENA. Principales Actos de Competencia Desleal. http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf . Fecha de acceso: 04 de mayo de 2012.

- MARIN RUALES, Germán Humberto, Medidas cautelares en la propiedad industrial y en la nueva ley de competencia desleal. En: Revista Homo iuris. Ensayos de Derecho Contemporáneo. No. 1. Agosto de 1999.

- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso en GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan David, CASTRO GAITAN, Catalina, FANDIÑO REYES y otros. El Derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere8/DEFINITIVA/TESIS19.pdf> Pág. 65. Fecha de acceso: 27 de noviembre de 2011.

- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf Pág. 317. Fecha de acceso: 5 de febrero de 2012.

- OTAMENDI, Jorge. La Competencia Desleal. <http://adf.ly/778833/banner/http://ar.search.yahoo.com/search?n=10&ei=UTF-8&va vt=any&vo vt=any&ve vt=any&vp vt=any&vd=all&vst=0&vf=pdf&vm=p&fl=0&fr=yfp-t-725&p=competencia-desleal&vs=> Fecha de acceso: 08 de febrero de 2012.

- OTERO LASTERS, José Manuel. La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5322. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.

- OTERO LASTRES, José Manuel. La Libre Competencia y la Propiedad Industrial. www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEwQFjAA&url=http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5322:la-libre-competencia-y-la-propiedad-industrial&catid=27:derecho-de-autor-y-propiedad-intelectual&Itemid=420&ei=FOPHT5aWBla69QT0hoyLDw&usq=AFQjCNH1xI_pD1diY5sgN5RBdcPDb8SW4A&sig2=JLcjl6gVKuyfDIU5qMXWvg. Fecha de acceso: 31 de mayo de 2012.

- PICASSO UVALLE, Nora Estefanía. La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo. http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la_utilizacin_del_concepto_de_ip_en_el_derecho_administrativo.pdf. Fecha de acceso: 17 de mayo de 2012.

- PICASSO UVALLE, Nora Estefanía. La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo. http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la_utilizacin_del_concepto_de_ip_en_el_derecho_administrativo.pdf. Fecha de acceso: 17 de mayo de 2012.

- PONCE MARTINEZ, Alejandro, ANDRADE TORRES, Paola, PONCE VILLACIS, Cristina. La Competencia Desleal en Ecuador. Revista jurídica online. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-1/2-la_competencia_desleal.pdf. Pág. 50.
- RODRIGUEZ CALDERON, Juan José. La Teoría del Interés en la Administración Pública. <http://www.gestiopolis.com/economia-2/la-teoria-interes-adiministracion-publica.htm>. Fecha de acceso: 16 de mayo de 2012.
- Wikipedia. La enciclopedia libre. http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_la_Comisi%C3%B3n_Federal_de_Comercio. Fecha de acceso: 30 de noviembre de 2011.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Andrea Estefanía Noboa Leguisamo, portadora de la cédula de ciudadanía número 100296645-3, autora del trabajo de graduación intitulado: **“LA INDUCCION A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICA COMERCAL ENGAÑOSA”**, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 09 de Agosto de 2012

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

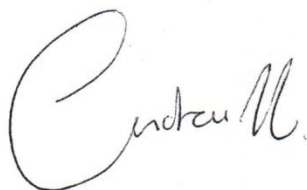
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Andrea Estefanía Noboa Leguisamo, portadora de la cédula de ciudadanía número 100296645-3, autora del trabajo de graduación intitulado: **“LA INDUCCION A LA CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICA COMERCAL ENGAÑOSA”**, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 09 de Agosto de 2012



C. I. 100296645-3

INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE

E334312222

00072066

00072066

APPELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE NOBOA JORGE ANDRES


APPELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE LEGUISAMO MARIA BELEN

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN QUITO 2011-08-08

FECHA DE EXPIRACIÓN 2021-08-08

Comcast

DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CEDULA DE CIUDADANIA

APPELLIDOS Y NOMBRES NOBOA LEGUISAMO ANDREA ESTEFANIA

LUGAR DE NACIMIENTO PICHINCHA QUITO LA MAGDALENA


FECHA DE NACIMIENTO 1987-12-09

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO F

ESTADO CIVIL Soltera

No. 100296645-3



REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN

Referendum y Consulta 7-May-2011

100296645-3 026 - 0037

NOBOA LEGUISAMO ANDREA ESTEFANIA

IMBABURA IBAPRA

SAN FRANCISCO

DUPLICADO USD: 8

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

DELEGACION PROVINCIAL DE PICHINCHA - 0010

2454360 06/10/2011 9:22:52

2454360

