



TESIS DOCTORAL

**HACIA UNA CLÁUSULA GENERAL CONTRA LA COMPETENCIA
DESLEAL EN ECUADOR**

Pablo René Carrasco Torrontegui

Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»

Universitat de València

Directores:

Dra. María José Vañó Vañó

Profesora Titular

Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»

Universitat de València

Dr. Felipe Palau Ramírez

Catedrático de Derecho Mercantil

Centro de Investigación en Gestión de Empresas

Universitat Politècnica de València

Programa de doctorado: Derecho, Ciencias Políticas y Criminología

Facultat de Dret, Universitat de València

Valencia, julio 2022

Dedicada a Isabel, Iñaki y María
Paz, a quienes los llevo en mi
corazón.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO. - COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR. 13	
I. Introducción	13
II. Regulación de la competencia y de la competencia desleal en Ecuador13	
III. Otras normas de regulación de la competencia desleal.....	18
1. Introducción.....	19
2. Competencia desleal en el Código Civil Ecuatoriano	19
A. Introducción	19
B. Responsabilidad civil extracontractual.....	20
C. Competencia desleal como abuso de derecho	39
3. Competencia desleal desde la perspectiva de la regulación de la propiedad intelectual.....	49
A. Introducción	49
B. Aplicación de los Convenios de París y ADPIC como normas integrantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	50
C. Decisión 486, Régimen Común Sobre Propiedad Industrial en la Comunidad Andina de Naciones	58
D. Normas de propiedad intelectual e industrial en el Derecho interno ecuatoriano	66
E. (sigue) Resoluciones en aplicación de las normas de Propiedad Intelectual a supuestos de competencia	75
4. Interrelación de la competencia desleal con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	84
5. Normas de regulación de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones	99
6.- Recapitulación	104
CAPITULO SEGUNDO. - REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LORCPM.....	107
I. Introducción	107
II. Anclaje constitucional de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	108
III. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	115
1. Naturaleza jurídica e intereses protegidos	115

A. Naturaleza jurídica	116
B. Intereses protegidos.....	117
2.- Estructura de la Ley.....	119
A. Conductas prohibidas en la Ley	119
B. Mercado relevante	128
C. Órganos encargados de su aplicación y sanciones	130
D. (sigue) Prohibición de la duplicidad de sanciones	133
IV. Competencia desleal en la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	139
1. Estructura de su regulación.....	142
2.- Definición de deslealtad	143
3. Ilícito corporativo frente al ilícito de mercado en interés de los competidores, consumidores y el mercado	145
4.- Ámbito de aplicación y ausencia del requisito de finalidad concurrencial en la Ley	154
V. (sigue) Cláusula general contra la competencia desleal.....	158
1.- Introducción	158
2.- Ilícito objetivo	159
A. Competencia desleal y el cuasidelito	162
B. Objetivación de la deshonestidad, pronunciamientos recientes de la autoridad	168
3. Ilícito de peligro.....	171
4. Norma sustantiva	174
A. Cláusula general, un aparente conflicto constitucional.....	175
B. Interpretación superadora	180
C. Falta de técnica legislativa en la sanción de conductas desleales por aplicación de la cláusula general.....	188
5. Aplicación de la Cláusula general, experiencia de la autoridad ecuatoriana..	190
6. Naturaleza extracontractual	196
7. No exigencia de la relación de competencia	198
8. Relación de la cláusula general con otras normas de competencia desleal	199
CAPÍTULO TERCERO. - APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROHIBITIVAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LORCPM	209
I. Introducción	209

II. Prohibición general de competencia desleal.....	211
1. Actos desleales como ilícitos autónomos en la Ley	213
A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia	217
B. Deficiencias de la posición jurídica	227
2. Competencia desleal como un ilícito antitrust en la Ley	230
A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia	236
B. Deficiencias de la posición jurídica	246
III. Falseamiento de la competencia por actos desleales.....	248
1.- Introducción:	248
2. Requisitos de cualificación de los actos desleales contenidos en el artículo 26 de la LORCPM	253
3. Falseamiento y otros términos utilizados en la Ley	255
4. Intereses protegidos como requisito de prohibición	258
A. Primer interés protegido, la competencia.....	259
B. Segundo interés protegido, la eficiencia económica	262
C. Tercer interés protegido, el bienestar general	266
D. Cuarto interés protegido, los derechos de los consumidores y usuarios	269
E. (sigue) Protección de los consumidores y usuarios en los pronunciamientos emitidos por la Superintendencia.....	273
5. El falseamiento de la competencia en el mercado relevante	285
IV. Relación de la competencia desleal y la propiedad intelectual en la lorcpm	289
V. Responsabilidad civil derivada de una conducta desleal	299
CAPITULO CUARTO. - HACIA UNA LA CLÁUSULA GENERAL CONTRA COMPETENCIA DESLEAL.....	305
I. Introducción	305
II. Necesidad de una cláusula general contra la competencia desleal en Ecuador	307
III. Proyecto de Ley de competencia desleal enviado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.....	316
1. Estructura del proyecto normativo	317
2.- Ámbito de aplicación	318
3. Cláusula general contra la competencia desleal	322
4. Mecanismo de represión de conductas desleales.....	329
A. Aparente distanciamiento del sistema unitario de competencia	330

B. Deficiencias detectadas en el mecanismo de represión de la competencia desleal	334
5. Otros aspectos positivos y negativos	342
6. Reflexiones finales	345
IV. El sistema de represión de la competencia desleal desde el marco constitucional ecuatoriano.....	346
1. Modelo de represión privada de la competencia desleal	351
2. Modelo represión pública de la competencia desleal	354
A. Represión pública de la competencia desleal en Perú.....	355
B. Valoración del sistema peruano a la luz del Derecho Constitucional ecuatoriano	358
C. Represión pública de la competencia desleal de los actos de competencia desleal dirigidos a consumidores	360
D. (sigue) El caso de Gran Bretaña e Italia.....	361
V. Propuesta de una ley de competencia desleal.....	375
1.- Cláusula general en la nueva Ley de competencia desleal.....	376
2. Propuesta de un sistema mixto de represión de competencia desleal.....	377
CONCLUSIONES	387
BIBLIOGRAFÍA. -	403
JURISPRUDENCIA	420
RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.....	423

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
ap.	Apartado
AC	Aranzadi Civil
art. (arts.)	Artículo (artículos)
BACM	Boletín Aranzadi Civil-Mercantil
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
COA	Código Orgánico Administrativo
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CRPI	Comisión de Resolución de Primera Instancia
CUP	Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CAN	Comunidad Andina de Naciones
Coord.	Coordinador / coordinación
CCJC	Cuadernos Cívitas
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DO	Diario Oficial
Dir.	Director / dirección
dis.	Disposición
Ed.	Edición
Ibidem	En el mismo lugar
ep.	Epígrafe
et al.	Y otros
IEPI	Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LODC	Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado
núm.	Número

op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	páginas
par.	Párrafo/s
PYME	Pequeña y mediana empresa
PCCI	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales
RD	Real Decreto
RO	Registro Oficial Ecuador
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Bases de datos electrónica
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
SENADI	Servicio Nacional de Derechos Intelectuales
s.e.u.o.	Salvo error u omission
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
ss	Siguientes
s.l.	Sin lugar (de edición)
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
SA	Sociedad Anónima

SL	Sociedad Limitada
SCPM	Superintendencia de Control del Poder de Mercado
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
TR.	Texto Refundido
Tít.	Título
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
ult.op.loc.cit.	Última obra y lugar citados
Vid.	Véase
V. gr.	Verbi gratia
Vol.	Volumen / volúmenes

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de estudio tiene por objeto el realizar un profundo análisis de la regulación de la competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en particular determinar si las normas vigentes ofrecen una real cláusula general contra la competencia desleal que resulte eficaz para los distintos casos que pueden tener lugar en el mercado.

En este sentido, en esta investigación se revisan las distintas normas que regulan de forma directa o indirecta a los actos de competencia desleal en el Derecho común, como son las figuras jurídicas contenidas en el Código Civil. Además, en el presente trabajo se revisa la regulación de la competencia desleal desde la perspectiva de las normas de propiedad intelectual vigentes, derecho comunitario y normas de protección a consumidores.

Adicionalmente en ámbito de Derecho de la competencia, Ecuador cuenta con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)¹ que entre sus distintas disposiciones contiene regulación específica de prohibición y sanción de prácticas desleales.

En este sentido, la LORCPM a pesar de ser una norma de naturaleza antitrust, al incluir entre las conductas prohibidas a los actos de competencia desleal ha generado la discusión de si su tratamiento legal es aplicable a los distintos supuestos de conductas desleales o si, por el contrario, los actos desleales son entendidos como ilícitos antitrust y por ende los requisitos para su represión legal se ajustan a los de una norma de defensa de la competencia.

Dicha disputa es importante en la medida que las normas antitrust –o de defensa de la competencia– y de la competencia desleal son ramas del derecho de la

¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Publicado en el Registro Oficial primer suplemento número 555 de 13 de octubre de 2011.

competencia, que tradicionalmente tiene objetos jurídicos similares, pero que cuentan con mecanismos de activación y ámbito de aplicación claramente diferenciados.

Al respecto, tanto las normas de defensa de la competencia como las de represión de la competencia desleal buscan proteger el orden concurrencial saneado, sin embargo, la afectación al interés público –es decir la significancia del efecto anticompetitivo real o potencial en el mercado– constituye la característica que activa la norma antitrust. Por el contrario, la gravedad de los efectos de la conducta desde la óptica de competencia desleal suele carecer de relevancia².

Esta situación cobra relevancia en la medida que la autoridad ecuatoriana de competencia no ha mantenido un único criterio respecto de la naturaleza jurídica de la regulación de la competencia desleal en la Ley, lo que ha generado inseguridad jurídica en los administrados y en la sociedad.

Con la finalidad de determinar la real naturaleza jurídica de la LORCPM, el presente trabajo de investigación estudia el anclaje constitucional ecuatoriano del Derecho de la competencia y de la competencia desleal, las disposiciones contenidas en la LORCPM y los principales pronunciamientos emitidos por las autoridades en la materia.

Ahora bien, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), en años recientes ha interpretado, en su mayoría de sus resoluciones, que la actual LORCPM regula la competencia desleal desde la óptica de Derecho antitrust, por lo que exige que la infracción a la Ley por actos desleales tenga lugar únicamente

²Desde la perspectiva de la regulación española de la competencia desleal Vid. DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, en la *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, N° 213, mayo / junio 2001. p. 7.

Ambas, acabamos de decirlo, protegen y tutelan lo mismo: el orden concurrencial saneado. Las conductas o prácticas que atenten contra este orden concurrencial, contra la competencia, habitualmente encajarán en alguno de los tipos especiales de los artículos 6 a 17 LCD, o serán perseguibles en virtud de la cláusula general del art. 5. **Sólo cuando, por la relevancia del comportamiento éste produzca una afectación sensible de la competencia, y por tanto sea una cuestión que afecte al interés público, entrará en juego la LDC. Por tanto, la afectación del interés público es la característica de la acción que activa los resortes del juicio antitrust:** si es un acuerdo entre empresas, porque ese cártel tenga capacidad de falseamiento de la competencia; si es una conducta unilateral, porque su carácter abusivo viene determinado por el requisito previo de hallarse en posición de dominio. **En cambio, esta circunstancia de afectación del interés público, para el orden civil es irrelevante, como ha tenido oportunidad de manifestar reiteradamente la jurisprudencia...** (Énfasis añadido)

respecto de aquellas conductas que generen con un efecto anticompetitivo cualificado en el mercado, es decir, necesariamente la conducta enjuiciada debe afectar el orden público económico.

No obstante, dicha interpretación de la Ley pone en evidencia el real desafío que competidores y consumidores tiene para alcanzar una adecuada represión de los actos de competencia desleal que no generan un efecto distorsionador significativo en el mercado. Es decir, la actual regulación de la materia no permite una adecuada protección de los intereses de los distintos participantes en el mercado, como son el de los competidores, el de los consumidores, y el del interés público de mantener un orden concurrencial saneado.

En tal virtud, transcurridos casi 10 años desde la promulgación de la Ley, la presente tesis busca evaluar si la actual configuración normativa contiene una real cláusula general de competencia desleal y órganos encargados de su aplicación, acorde a las necesidades de la sociedad. Para ello se realizará un análisis exhaustivo de las disposiciones legales de la LORCPM, así como de las normas conexas y de experiencias administrativas y judiciales en su aplicación, además de contar en todo momento con un análisis de legislación comparada, principalmente la legislación española, pero también la colombiana, peruana e italiana.

El tema objeto de estudio es de actualidad, como se deduce del hecho de que entre las recomendaciones del Informe de Resultados de los Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia en Ecuador, del primero de 1 abril de 2021, propiciados por la autoridad nacional de competencia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) se propuso que se entregue a una agencia independiente de la competencia para conocer y resolver los casos de competencia desleal y considerar la posibilidad de eliminar dichas conductas de la LORCPM.

Así las cosas, la autoridad ecuatoriana de competencia, a inicios del año 2022³, remitió a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal

³ Además, el proyecto de Ley, respondió al Examen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia en Ecuador, 2021, p. 156, en el que expresó: «*De manera alternativa, Ecuador*

a fin de alcanzar una adecuada represión de este tipo de conductas, es decir para aquellos actos que además de afectar los derechos de los particulares, falsean intereses de orden público y la libre competencia.

Entre sus principales características se encuentra una regulación de la cláusula general contra la competencia desleal similar a la contenida en la Ley 3/1991 española, y en particular dicho proyecto realiza una división de competencias para reprimir actos anticompetitivos, en este sentido el Proyecto de Ley reconoce a la acción privada ante órganos judiciales como mecanismo para la protección de intereses particulares de competidores y consumidores en el mercado, mientras que reserva la acción pública ante la autoridad de competencia para aquellos casos que el acto anticompetitivo genere un efecto significativo en el mercado.

Más allá del Proyecto de Ley, la presente investigación analiza los distintos mecanismos de represión de la competencia desleal y propone aquel que desde la perspectiva del marco constitucional ecuatoriano se perfila como más eficaz para salvaguardar los distintos intereses protegidos en la Constitución del Ecuador y el Derecho de la competencia desleal.

Justificación

Hasta la fecha no existen muchos estudios académicos específicos de la regulación ecuatoriana de la competencia y de la competencia desleal, en tal sentido, el presente trabajo se presenta como original tanto por el tema tratado como por su profundidad.

La novedad de nuestro trabajo se sitúa en el análisis y la discusión de los principales pronunciamientos emitidos por la autoridad ecuatoriana de competencia respecto de la competencia desleal en el marco de la Ley Orgánica de Regulación y

debería considerar si es práctico confiar la revisión de los casos de competencia desleal, independientemente de que el autor tenga o no poder de mercado, a una agencia separada. En cuyo caso, Ecuador debería considerar si elimina la competencia desleal de la LORCPM. Estos cambios permitirían a la SCPM enfocarse en su función central, el cumplimiento y la promoción de competencia y evitar posibles malentendidos en relación con los diferentes objetivos que persigue la ley de competencia, por un lado, y la ley de competencia desleal, por el otro».

Control del Poder de Mercado en consideración de la dificultad de obtener ciertas resoluciones administrativa debido a su falta de publicidad.

Si bien, desde el año 2020, todas las resoluciones emitidas por la autoridad de competencia han sido publicadas, el hallar y estudiar resoluciones anteriores a dicha fecha no ha sido tarea sencilla, para ello, se ha tenido que revisar y obtener multicopiados desde procesos judiciales en procesos contenciosos administrativos, búsquedas en el Registro Oficial, revisión de bases de datos públicas y de otros trabajos académicos, a fin de reunir el material suficiente para su correspondiente estudio. Lo que de por sí otorga un mayor complejidad y valor al estudio realizado.

Ahora bien, en la parte propositiva del presente trabajo no se ha buscado únicamente trasladar un sistema de represión de la competencia desleal de otro país al ordenamiento ecuatoriano, por el contrario, a lo largo del presente estudio se ha realizado un profundo análisis del marco constitucional y de la realidad jurídica de operadores económicos y consumidores en Ecuador. Además, desde la perspectiva del derecho comparado, han sido revisadas las experiencias de represión privada y pública de la competencia desleal.

Por lo que la proposición de un sistema mixto de competencia desleal para el Ecuador, contenido el cuarto capítulo del presente trabajo, busca otorgar los mecanismos y herramientas adecuados para proteger a competidores, consumidores y al funcionamiento del propio mercado en consideración de la realidad jurídica y social ecuatoriana.

Metodología.

El desarrollo del presente trabajo está marcado por los métodos propios de la investigación de las ciencias jurídicas que permitan alcanzar el estado real de la cuestión de la regulación ecuatoriana de Derecho de competencia desleal y resaltar los principales elementos a tenerse en cuenta en su eventual reforma.

El análisis propuesto gira alrededor de la regulación de la competencia en Ecuador, por ello en primer término son analizadas las normas que regulan la

competencia desleal desde la óptica del Derecho común, posteriormente, el análisis se centra en la actual LORCPM, en particular el segundo y tercer capítulo que estudian las disposiciones que regulan la competencia desleal y la cláusula general de competencia desleal, a fin de determinar la real naturaleza de su regulación.

Finalmente, el cuarto capítulo estudia la necesidad de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuente con una norma de competencia desleal autónoma e independiente de la regulación antitrust, y se proponen los elementos esenciales para que Ecuador pueda contar con una cláusula general contra la competencia desleal, así como el sistema adecuado para su represión.

Ante la relativa novedad de la regulación del Derecho de la competencia y las distintas posiciones respecto de la actual regulación de la competencia desleal en el Ecuador, la presente tesis analiza la legislación ecuatoriana desde el método sistemático, es decir, por una parte, se analiza el anclaje constitucional de la LORCPM y por otra, tiene lugar un análisis exegético de la normativa vigente.

En este contexto, el estudio de grupo de casos es una pieza fundamental en la investigación y en particular respecto de la cláusula general contra la competencia desleal como mecanismo para la reconducción de determinadas conductas anticompetitivas a fin de alcanzar su plena prohibición y sanción.

Por tal razón, en el presente trabajo continuamente son analizadas las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa de Ecuador en la materia, pero además es continua la referencia a otros sistemas legales como son los de España, Italia, Perú, Colombia, así como su interpretación doctrinal y aplicación jurisprudencial posterior.

En este sentido el método de Derecho comparado exige tener en consideración la experiencia en otros países recogida en su aplicación jurisprudencial y discutida en la interpretación doctrinal. Este objetivo se logra a partir de la identificación de similitudes y diferencias entre los ordenamientos jurídicos extranjeros y el adoptado en Ecuador. En particular se tiene en consideración la experiencia española de la regulación de competencia desleal, desde la perspectiva de un ilícito autónomo y

también desde la visión de la competencia desleal como un ilícito contrario a la defensa de la competencia.

Por otra parte, al proponer los mecanismos para una adecuada represión de la competencia desleal en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano se analiza tanto la represión privada como pública de la competencia desleal; desde la represión privada se tiene en consideración la regulación contenida en el ordenamiento jurídico de España o Colombia y respecto del «*public enforcement*» se analiza la experiencia peruana a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Finalmente, la exposición de los apartados del trabajo de investigación concluye con el planteamiento de los elementos necesarios para arribar a las conclusiones respecto de la regulación de la competencia desleal en Ecuador.

CAPÍTULO PRIMERO. - COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR

Sumarios: I. Introducción, II. Regulación de la competencia y de la competencia desleal en Ecuador, III. Otras normas de regulación de la competencia desleal, 1. Introducción, 2. Competencia desleal en el Código Civil ecuatoriano, A. Introducción, b. Responsabilidad civil extracontractual, C. Competencia desleal como abuso de derecho 3. competencia desleal desde la perspectiva de la regulación de la propiedad intelectual, A. Introducción, B. Aplicación de los convenios de París y ADPIC como normas integrantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, C. Decisión 486, Régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina de Naciones, D. Normas de propiedad intelectual e industrial en el derecho interno ecuatoriano, E. (sigue) Resoluciones en aplicación de las normas de propiedad intelectual a supuestos de competencia, 4. Interrelación de la competencia desleal con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 5. Normas de regulación de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina d.e Naciones, 6.- Recapitulación

I. Introducción

El primer capítulo del presente trabajo busca identificar la evolución histórica de la regulación de la competencia desleal –como parte del Derecho de la competencia– en Ecuador; así como, analizar los diferentes cuerpos normativos que regulan, de manera tanto directa como indirecta, la competencia desleal.

Para ello, a lo largo del capítulo se revisará de forma general la evolución de la regulación del Derecho de la competencia desleal y del Derecho de defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, destacando aquellas figuras jurídicas actuales que están interrelacionadas con la regulación de la competencia desleal.

II. Regulación de la competencia y de la competencia desleal en Ecuador

Como una primera aproximación al tema es necesario resaltar que la legislación ecuatoriana en materia de Derecho de la competencia es de reciente data, y hasta el año

2009 Ecuador careció de un cuerpo normativo que regulara de manera específica esta importante área del derecho⁴.

Este retardo en la adopción de una norma de competencia provocó que Ecuador fuera uno de los pocos países de la Comunidad Andina y de América Latina⁵ que no incluían en su ordenamiento jurídico una norma de protección de defensa de la competencia⁶. Sin embargo, esta demora en la expedición de una norma de defensa de la competencia ecuatoriana no reflejaba el real sentir y necesidad de la sociedad de contar con una norma en la materia.

Así, ya en la Constitución Política del año 1979, el artículo 45 establecía la prohibición expresa del «abuso económico», «la dominación de los mercados» y eliminación de la competencia⁷. No obstante, durante la vigencia de dicha Carta Constitucional no se expidió norma alguna que regulara la defensa de la competencia o la competencia desleal en Ecuador.

De modo similar, casi veinte años después, la Constitución Política de 1998 en el artículo 244.3 estableció como un elemento constitutivo de la economía social de mercado lo siguiente: *Artículo 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: (...)3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. **Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.*** (Énfasis añadido)

Con sustento en el anclaje constitucional indicado, el poder legislativo elaboró y presentó hasta seis proyectos de ley con el fin de regular la materia en Ecuador⁸. El más significativo de todos fue el proyecto denominado «*Ley de Promoción y Defensa*

⁴ Mediante la aplicación del Decreto Ejecutivo 1641 del 2009.

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), “La competencia en América Latina y el Caribe Los 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID”, en <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/LACF10thAnniversaryBrochureES.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁶ Únicamente la República de Paraguay, emitió una normativa posterior, ésta es la Ley 4956/13 de “Defensa de la Competencia”.

⁷ Art. 45.- (...) Se prohíbe, y la ley la reprime, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros.

⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, disponible en: <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

de la Competencia», que fue aprobado por el poder legislativo en primer y segundo debate⁹, pero que finalmente fue objeto de un veto total por el poder ejecutivo¹⁰.

Dicho veto presidencial fue objeto de una fuerte crítica, tanto de diputados del entonces Congreso Nacional como de la academia¹¹ quienes señalaron que la presidencia habría sido objeto de presiones de algunos sectores empresariales¹² de Quito y Guayaquil, los que habrían influido en la decisión del veto.

En consecuencia, Ecuador tuvo que esperar varios años más para contar con una norma nacional que regulase la defensa de la competencia; sin embargo, una vez dictada, su propia expedición no estuvo exenta de controversias, en particular se encuentra la discusión de si la Comunidad Andina de Naciones (CAN) tenía la competencia suficiente para dictar normas de carácter Interno en los Estados Comunitarios¹³.

Para explicar esta situación debemos tener en cuenta que la primera norma de defensa de la competencia en Ecuador no fue expedida por el poder legislativo ecuatoriano, por el contrario, dicha norma tuvo su génesis en la Comunidad Andina de Naciones (CAN¹⁴).

Así, en el año 2005, la CAN promulgó la Decisión Comunitaria No. 608, norma de regulación de la competencia en ámbito intracomunitario, dicha norma, en esencia

⁹ El Universo, Polémica por nueva ley de competencia, <https://www.eluniverso.com/2002/11/12/0001/9/004AE7C797BD4A52A853CA5F6C5A24F5.html>, consultada por última vez (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹⁰ La Hora, Rechazo a veto de ley de Competencia, <https://lahora.com.ec/noticia/1000121312/rechazo-a-veto-de-ley-de-competencia>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹¹ El Universo, Polémica por nueva ley de competencia, <https://www.eluniverso.com/2002/11/15/0001/9/34D1E5A396094F219E366EC04A2EFA0A.html>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹² La Hora, Rechazo a veto de ley de Competencia <https://lahora.com.ec/noticia/1000121312/rechazo-a-veto-de-ley-de-competencia>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹³ Esto en virtud de las competencia originarias y derivadas de la Comunidad Andina de Naciones. CARRASCO TORRONTEGUI, P., “Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina Sobre Protección y Promoción de la Competencia, y Perspectivas Sobre su Aplicación en Ecuador”, en Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2783/1/T0986-MDE-Carrasco-An%20de.pdf>, p. 50, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹⁴ Uno de los efectos de que la normativa de defensa de competencia para Ecuador fuera producto de una Decisión comunitaria y no por una norma de Derecho Interno, es que su reglamento de aplicación como se explicará posteriormente fue expedido varios años más tarde, concretamente mediante el Decreto ejecutivo 1614, publicado en el Registro Oficial No. 326, el 30 de agosto de 2012.

regula aquellas conductas tanto de abuso de poder de mercado, como provenientes de acuerdos restrictivos de la competencia que tuvieran lugar en dos o más países de la Comunidad Andina, o que dichas conductas tuvieran su origen en un operador económico perteneciente a un país miembro de la comunidad y sus efectos se produzcan en otro Estado comunitario.

Este contexto generaba, una dicotomía legal a la hora de controlar las prácticas contrarias al régimen de competencia, puesto que por aplicación de la Decisión 608, Ecuador contaba con una norma de protección al régimen de competencia, únicamente, para aquellos casos de conductas anticompetitivas de carácter intracomunitarias que hubieran ocurrido en su territorio, o que afectaran a un operador económico de otro país miembro de la comunidad.

Sin embargo, en los casos contrarios al régimen de competencia exclusivamente de ámbito interno, es decir, en aquellos casos en los cuales los operadores económicos involucrados eran nacionales y las conductas fueran realizadas o tuvieran sus efectos únicamente dentro del Ecuador, no existía norma de aplicación que regulara o sancionara dichas conductas.

Esta situación generó un fuerte grado de desigualdad legal entre los operadores económicos exclusivamente ecuatorianos en relación con los intracomunitarios que desarrollaban sus actividades en territorio ecuatoriano.

En tal virtud, la Comunidad Andina de Naciones, en el mismo año expidió la Decisión 616¹⁵, la cual en su parte pertinente determina: *«Artículo 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presentan fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608».*

En otras palabras, la Comunidad Andina de Naciones permitió que Ecuador pueda usar el texto de la Decisión Comunitaria 608 en los casos de conductas

¹⁵ Decisión 616, “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”, publicado en la Gaceta Oficial, año XXII – Número 1221, 25 de julio de 2005 <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Decisiones/DEC616s.asp> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

restrictivas de la competencia que afecten exclusivamente el ámbito interno del mercado ecuatoriano.

Sin embargo, para la aplicación de las Decisiones 608 y 616, resultaba necesaria¹⁶ una norma interna que permitiera la aplicación de dicha norma en Ecuador, y no fue hasta el año 2009, que mediante Decreto Ejecutivo No. 1614, la Presidencia de la República reglamentó la disposición comunitaria con la emisión de: «*Las normas para la aplicación de la Decisión 608*».

A través de dicho Decreto, Ecuador dio paso a la creación de la Subsecretaría de la Competencia, la cual estaba adscrita al Ministerio de Industria y Productividad y tenía como finalidad la investigación y sanción en materia de Derecho de la competencia¹⁷.

Dicha entidad estuvo en funcionamiento hasta la entrada en vigor de la LORCPM y creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Al respecto, es importante destacar que, a pesar del corto tiempo de funcionamiento, el trabajo realizado por la Subsecretaría de Competencia produjo ciertos resultados alentadores¹⁸.

A modo de ejemplo, en dicha época la Subsecretaría de Competencia resolvió en sede administrativa el denominado «*Caso Viagra*», el cual fue calificado como una conducta de abuso de poder mercado, mediante la cual el operador económico dueño de la patente de explotación del medicamento, habría generado una afectación al mercado mediante la interposición de procedimientos administrativos y legales a competidores, con sustento en la patente del medicamento.

¹⁶ Es necesario señalar que la Decisión 608 de la CAN no es de aplicación directa en los Estado Integrantes de la CAN, por lo que ante la inexistencia de una norma propia de defensa de la competencia en Ecuador fue expedida la Decisión 616. Al respecto, el análisis de la normativa comunitaria se encuentra desarrollado con profundidad en epígrafes posteriores del presente trabajo.

¹⁷ Art. 2 del Decreto Ejecutivo 1614.

¹⁸ SPERBER VILHEM, D., “Ecuador’s Viagra® Case Divergence Between Competition And Intellectual Property” *Revista de Derecho de la Competencia*, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC–, Departamento de Derecho Económico, Bogotá Colombia, Vol.12 N°12 pp. 7-383 enero-diciembre 2016 p. 55.

Evidentemente, en los inicios de la regulación antitrust la atención a los actos de competencia desleal fue inexistente¹⁹. Finalmente, el 13 de octubre de 2011 entró en vigor la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), permitiendo al Ecuador tener una ley propia de defensa de la competencia.

Entre las características principales de la norma se encuentra la creación de un órgano independiente y autónomo de control de poder de mercado, la identificación de prácticas contrarias al régimen de competencia como son los acuerdos restrictivos de la competencia y las prácticas abusivas de la posición de dominio.

Además, el legislador incluyó en su texto las figuras de control de concentraciones económicas y el control de prácticas desleales, pero con una regulación que abrió el debate sobre su alcance legal²⁰.

En similar sentido, el legislador dotó a la LORCPM de otras figuras jurídicas que corresponden al Derecho de la competencia moderno como es la delación compensada; compromiso de cese; o, el control de ayudas públicas; entre otras.

Finalmente, en el segundo capítulo, y siguientes, del presente trabajo de investigación analizamos con profundidad la regulación de la competencia y en particular de la competencia desleal, así como la cláusula general en la LORCPM.

En este sentido, a partir del siguiente epígrafe se revisarán las disposiciones contenidas en normas de ámbito civil, propiedad intelectual, consumidores y normas comunitarias andinas, a fin de identificar la regulación contenida aplicable para la represión de la competencia desleal.

III. Otras normas de regulación de la competencia desleal

¹⁹ Como se verá oportunamente en el epígrafe correspondiente, ni la normativa comunitaria, ni la nacional ecuatoriana incorporaban disposiciones respecto de la figura de competencia desleal.

²⁰ Tema que será abordado y desarrollado con profundidad en el presente trabajo de investigación.

1. Introducción

Conforme ya hemos indicado, hasta hace relativamente poco tiempo el Ecuador carecía de una norma de competencia, por lo que la regulación y posible enjuiciamiento de actos o prácticas desleales se encontraba dispersa en distintas normas que resultaban aplicables a supuestos específicos, como son las figuras propias del Derecho civil, normas de regulación de Derechos intelectuales e industriales, o por su cercana relación el Derecho de defensa de los consumidores.

Por lo anotado, y con carácter previo al análisis de las disposiciones normativas en materia de competencia desleal en la LORCPM, se procederá a revisar las diferentes figuras jurídicas contenidas en la legislación ecuatoriana que de forma directa o indirecta han podido utilizarse para controlar la competencia desleal en Ecuador.

2. Competencia desleal en el Código Civil Ecuatoriano

A. Introducción

Previo a la expedición de la LORCPM y a falta de norma expresa en la regulación de la competencia en Ecuador, las figuras jurídicas tradicionales que integran el Derecho civil han sido herramientas comúnmente utilizadas a fin de reprimir conductas desleales en el desarrollo de actividades económicas realizadas por agentes de mercado y competidores. En este sentido, figuras generales como la responsabilidad civil extracontractual²¹ –derivada de la ocurrencia de delitos o cuasidelitos civiles–²², o particularmente la institución del abuso de derecho, se constituyeron como mecanismos jurídicos que, con sus limitaciones, permitían iniciar acciones judiciales contra actos desleales y viabilizar la eventual reparación de los daños ocasionados en sus víctimas.

²¹ En relación con la responsabilidad civil extracontractual derivada de los delitos y cuasidelitos Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas S.A. primera edición, Madrid, 1988. pp. 45, 46.

²² PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS, C., “La Competencia Desleal en Ecuador”, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/2-la_competencia_desleal.pdf. (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

B. Responsabilidad civil extracontractual

Como una primera aproximación señalaremos que la responsabilidad civil extracontractual es la obligación derivada de la de culpa o negligencia de una persona para con otra, en la que no media previamente vínculos de naturaleza contractual.

Ahora bien, el Código Civil regula la responsabilidad civil producto de la existencia de delitos civiles, cuasi delitos y del daño provocado por malicia o negligencia de otra persona, principalmente, en los artículos 1453, 2214 y 2229 de la indicada norma²³.

Al respecto, el artículo 1453 del Código Civil contiene la regla general por la que nacen las obligaciones civiles:

«Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; **ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos**; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Énfasis añadido)»

En tal sentido, el Código Civil ecuatoriano reconoce como una fuente de las obligaciones tanto los delitos como los cuasidelitos en consideración de la reparación del daño causado (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»* y añade el art. 2229 que *«(p)or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (Énfasis añadido).»*

²³Conforme destaca la doctrina ecuatoriana, dichas figuras fueron utilizadas en algunas ocasiones por la jurisprudencia para conocer y resolver casos en materia de competencia desleal Vid. PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS, C., “La Competencia Desleal en Ecuador”, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/2-la_competencia_desleal.pdf. (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

Ahora bien, conforme dispone el Código Civil, para la existencia de una obligación de reparación a consecuencia de la existencia de un delito civil o de un cuasidelito, la norma exige necesariamente la presencia del daño²⁴ o perjuicio del derecho ajeno²⁵, la existencia de malicia o negligencia²⁶ y que concurra un nexo causal entre estos elementos²⁷.

Al respecto, la entonces Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional) en la sentencia dictada el 7 de noviembre de 1996 afirmó que la competencia desleal «o prohibida» se encuadra dentro de la responsabilidad delictual. En particular la Corte consideró:

«TERCERA.- Según el Art. 1480 del Código Civil son fuentes productoras o generadoras de obligaciones, entre otras que el mismo precepto precisa, los delitos y cuasidelitos, es decir,- los hechos ilícitos, que como enseña Acuña Anzorena – Actos ilícitos, pág. 11 son los ‘actos humanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho o una norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, y que de producir daño, obliga a repararlo’. En razón de lo expuesto, nuestro sistema jurídico distingue entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana, regida ésta por lo estatuido en el Título XXXIII –De los Delitos y Cuasidelitos- del Libro IV del Código Civil. El acto delictual o cuasidelictual,

²⁴ Conforme lo ha expresado la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana –en la sentencia, dictada el 11 de octubre de 2012, dentro del juicio No. 339-2011, el daño en ámbito civil ecuatoriano se entiende como “*todo menoscabo que experimente un individuo, en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio, de índole material o moral, de orden patrimonial o extra-patrimonial*”. (Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. p. 3048)

²⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen General de la Obligaciones* Octava Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2014, p. 41.

²⁶ Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, en múltiples fallos ha establecido los elementos necesarios de los delitos y cuasidelitos, a modo de ejemplo, en la sentencia dictada dentro de la causa No. 339-2011, el 11 de octubre de 2012, señaló que el “*delito y el cuasidelito, son hechos ilícitos que causan daño; pero las dos figuras que representan conductas se diferencian básicamente en que el delito es cometido con la intención de dañar, en tanto que el cuasidelito, es un hecho culpable, que se comete sin intención de dañar. En el delito hay dolo malicia intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro. En cambio, en el cuasidelito no hay intención de hacer daño, sino descuido, imprudencia, impericia, irresponsabilidad, negligencia, falta de diligencia o cuidado*”.

²⁷ En sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y de la Familia, dentro del juicio Número 298-07, el 11 de agosto del 2009, la judicatura afirmó; “*Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por otra, haya una relación de causalidad, es decir, que este sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable*”.

en síntesis, el hecho ilícito, impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprobable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los Arts. 2241 y 2256 del Código Civil, al estatuir, respectivamente, que: ‘el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización’ y que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta’. La prohibición de ‘competencia ilícita’, noción amplia y genérica que cobija las variedades específicas de competencia desleal o de competencia prohibida, como lo tiene resuelto la doctrina y la jurisprudencia, se encuadra dentro de la responsabilidad delictual o aquiliana (Sic)...²⁸.»

Advertimos entonces, conforme lo ha expresado la jurisprudencia ecuatoriana²⁹, que las disposiciones de reparación de daños por la existencia de delitos y cuasi delitos resultan aplicables para aquellos casos en los que, como consecuencia de un acto se provoque un daño a un tercero.

Acerca de la responsabilidad civil extracontractual, la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia dictada dentro del expediente No. 43-2009 consideró que el daño imputable en materias no penales deviene, además de la infracción de normas, del quiebre del principio *alterum non laedere*, «no dañar a otro», en la medida que existan, además los requisitos de dolo o culpa –entendidos como la malicia o negligencia– en el actuar del sujeto infractor, lo que, genera una obligación de comportamiento y de responsabilidad en caso de daño, el cual puede devenir de una relación contractual o

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Segunda sala de lo civil y mercantil, Expediente No. 437-96 (publicada en el R.O. 78, 3-VI-97):

²⁹ En ámbito de responsabilidad civil extracontractual, la Corte Nacional de Justicia en la sentencia, de 20 de agosto de 2012, dictada dentro del juicio No. 840-2011, expresó: «*Con tal motivo, se debe comprender que para que exista responsabilidad civil extracontractual, se requiere en definitiva que se dé un hecho o acto ilícito, esto es contrario a las normas legales, originado en dolo o culpa del autor por un lado; y por otro, que existe un daño (...); requiriéndose finalmente que se demuestre un nexo causal de causalidad entre el hecho y el daño.*» (Énfasis añadido)

Por otra parte, con en relación a las consecuencias de la existencia de cuasidelitos, la Corte Nacional de Justicia en la sentencia dictada dentro del juicio No. 339-2011, el 11 de octubre de 2012 señaló: *Aunque el delito es cometido con intención de dañar, es decir con dolo, y el cuasidelito sin tal intención, pero sí con culpa, la ley no distingue esta diferente situación de intencionalidad para efectos de la responsabilidad del hechor; f) Esta responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño o perjuicio.* (Énfasis añadido)

extracontractual³⁰, conocida como aquiliana, y la cual tiene lugar producto del comportamiento lesivo a los demás³¹.

Por lo que, resulta evidente que el daño ocasionado por un posible acto de competencia desleal debe ser reparado por la responsabilidad civil derivada de un contrato o, por el contrario, de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana.

El profesor José Massaguer, en relación con la responsabilidad civil derivada de la existencia de un contrato considera que la ilicitud de las conductas desleales tiene su origen en la infracción de «*los deberes generales de conducta*»³² y no del incumplimiento del contrato en sí.

³⁰ En efecto, la responsabilidad derivada de un acto considerado como competencia desleal puede derivarse de una relación contractual o extracontractual como es el caso del desarrollo de la doctrina francesa de la concurrence déloyale y de la doctrina inglesa passing off. Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., pp. 45-46

³¹ Sentencia dictada por la Corte Nacional de justicia dentro del expediente No. 43-2009, publicada en <https://app.vlex.com/#vid/899983028>:

«El daño antijurídico no imputable penalmente, no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también en la contravención del principio alterum nom laedere, que es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se integra a él, y que consiste en la concepción de una fuente de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia social sea posible. De ahí se genera la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Responsabilidad que no necesariamente puede ser contractual que supone la transgresión de un deber o conducta impuesto en un contrato, sino la denominada responsabilidad extracontractual conocida en la doctrina como Aquiliana que se genera por la ocasión de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás...»

³² Vid. MASSAGUER FUENTES, J *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p. 151.

«Finalmente, la ilicitud de las conductas desleales nace de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quiebre de una relación jurídico obligacional que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos intereses afecta. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual quede encuadrado entre las conductas con finalidad concurrential, como se sigue con facilidad del texto legal (cfr. art. 13.1 LCD). A este propósito ha de advertirse, en todo caso, que el incumplimiento contractual no puede reputarse per se constitutivo de un acto de competencia desleal (vid. SSAP Barcelona 1-II-1996 «transitarios», Valencia 19-VI-1996 «centralita de teléfonos», Badajoz 12-I-1999 «incumplimiento de Estatuto de una Comunidad de Bienes», AAAP Barcelona 6-XI-1996 «Business Creation», Barcelona 18-XII-1996 «incumplimiento de pacto de no competencia»), incluso en el caso de que la infracción depare una ventaja competitiva al infractor (que puede vender más barato porque no paga a sus proveedores) o a un tercero (que puede sustituir la oferta de un competidor incapaz de suministrar un producto por causa del incumplimiento de su proveedor).»

Al respecto, se ha señalado que, para que se encuadre el incumplimiento de una obligación contractual como conducta desleal, debe existir una finalidad concurrencial y que dicho incumplimiento sirva como medio de promoción o aseguramiento para prestaciones propias o ajenas en el mercado la cual resulte objetivamente contrario a la exigencia de la buena fe³³.

En este sentido, el ilícito de deslealtad se configura de «*forma independiente del incumplimiento contractual*» y normalmente será útil la aplicación de Ley de Competencia Desleal cuando el afectado por el incumplimiento no sea parte en el contrato³⁴.

De lo dicho se desprende que una infracción contractual puede constituir una conducta de competencia desleal, cuando concurren las siguientes condiciones: a) la existencia de una finalidad concurrencial; b) el incumplimiento contractual debe ser contrario a los usos y costumbres honestos; y, c) el incumplimiento contractual ha de constituir a su vez una infracción de regla de mercado, como puede ser la infracción de un deber de secreto de información, una prohibición de no competencia, entre otros.

A modo de ejemplo, se destaca la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia de Ecuador, de 7 de noviembre de 1996, dentro del expediente No 437-96, en la que la judicatura resolvió un recurso de casación respecto de un proceso judicial que tuvo su origen en la

³³ «*En efecto, el incumplimiento de una obligación contractual puede perfectamente encuadrarse en las conductas con finalidad concurrencial, siempre eso sí, que dicho incumplimiento sirva como medio de promoción o aseguramiento de las propias prestaciones o de las ajenas en el mercado y reúna los requisitos del art. 4.1 LCD o de la concreta norma tipificadora de la deslealtad de la conducta*». PETIT LAVALL, V., “La infracción contractual como conducta desleal”. A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 256/2010, de 1 de junio”, en la “*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*” num.11/2011, pp. 61-77.

³⁴ Vid. PALAU RAMÍREZ F., “Actos Concretos de Competencia Desleal (I): Por contraria las exigencias de la buena fe, por explotación de la reputación ajena, inducción a la infracción contractual y violación” en VV.AA., *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal Un estudio práctico de la Ley de Competencia Desleal (LCD)*, KILLIAN BENEYTO (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 26: «*Así pues, el ilícito de deslealtad se configura de forma independiente del incumplimiento contractual: ni el acto ha de consistir necesariamente en una oferta contractual, incumplimiento o en un acto de ejecución de un contrato, de una parte, ni por otra, todo incumplimiento contractual constituye per se un acto de competencia desleal. Es más, en caso de incumplimiento contractual normalmente no será necesario al perjudicado acudir a la aplicación de la Ley de competencia salvo en los casos en que el afectado por el incumplimiento no sea parte en el contrato*».

afectación que habría sufrido un operador económico por parte de algunos miembros de su personal de confianza que, mientras laboraban en la empresa, habrían creado una sociedad paralela con similar giro de negocio, en la que habrían utilizado secretos comerciales y provocado una desleal desviación de clientela.

En lo pertinente, los jueces integrantes de la Corte indicaron:

«Es evidente, evidentísimo que el Ing. Carlos Félix Rivadeneira y Jaime Morales abandonaron o se retiraron de la empresa Termelec C. Ltda., para dedicarse por cuenta de Sumtexas C. Ltda., en la que entre ambos les pertenecía 995 aportaciones o participaciones iguales, de las un mil (Sic) con que; dividía su capital social, al mismo comercio que el de aquella. Que, mediante maquinaciones, artificios, engaños y otros elementos desleales para crear repulsión, consiguieron inducir y desviar a las empresas extranjeras representadas por Termelec C. Ltda., para que terminaran los contratos con ésta, y a que Sumtexas los continúe representando en el Ecuador. Que para lograr tales y innobles propósitos, se valieron de sus funciones y posiciones; y con ocasión del ejercicio de las mismas obtuvieron información confidencial para emplearla, como la emplearon al servicio de su empresa: Que la renuncia de sus empleos en Termelec C. Ltda., elimina no atenúa la responsabilidad de los demandados, porque la utilización de todos los medios para desorganizar a la empresa y apoderarse de sus proveedores, para ejercer mediante una interpuesta persona jurídica el mismo comercio de aquella se efectuó durante la permanencia de estos en Termelec. C. Ltda.»

Este caso ilustra como los juzgadores al emitir su fallo, tuvieron en consideración la finalidad concurrencial de los excolaboradores; la existencia de actos contrarios a los usos y costumbres honestos; y, finalmente que dichas actuaciones fueron realizadas mientras aún colaboraban en la empresa en cargos directivos. Actuaciones las cuales, desde el punto de vista de la competencia desleal, se enmarcarían en las conductas de inducción a la terminación contractual de proveedores y violación de secretos empresariales y actos de desorganización³⁵.

³⁵ Otro fallo llamativo respecto de competencia desleal en el marco contractual, es la sentencia dictada el 18 de mayo del 2015, dentro del expediente 17711-2013-0310, por los jueces integrantes de la Sala de

Ahora bien, la jurisprudencia citada nos permite evidenciar como mediante la aplicación de la figura jurídica de responsabilidad civil extracontractual, la autoridad jurisdiccional ecuatoriana pudo conocer y resolver la existencia de un acto de competencia desleal en el mercado y por lo tanto disponer en sentencia la reparación civil de los daños probados.

En este sentido, lo que nos interesa destacar es como la aplicación del Código Civil por las autoridades jurisdiccionales constituyeron un antecedente de la regulación de la competencia desleal en Ecuador.

Por otra parte, los actos de competencia desleal no solo pueden tener lugar por el incumplimiento de obligaciones contenidas en un contrato, por el contrario, las conductas desleales pueden originarse incluso previo a la existencia de uno, como es el caso del incumplimiento de compromisos negociales previos a la suscripción del

lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que tuvo lugar por la demanda presentada por Cablezar S.C.C., en contra de la Corporación Nacional de Electricidad-CNEL (antes Emelsad), en la que se exigía el cumplimiento de una cláusula de exclusividad constante en el contrato de arrendamiento de postes de propiedad de la Corporación Nacional de Electricidad-CNEL a competidores de Cablezar S.C.C.. en el mercado de televisión por cable; así como el pago de seis millones de dólares en concepto de daños y perjuicios.

En particular, en la cláusula quinta del indicado contrato de arrendamiento de postes de alumbrado público las partes acordaron que: *«Los postes que arrendará Cablezar S.C.C., serán de uso exclusivo para ésta y no podrá Emelsad arrendar a otra empresa que preste un servicio o actividad similar»*. Cláusula que sirvió como fundamento a los jueces de primera y segunda instancia para ordenar el pago de los daños y perjuicios demandados.

Es importante anotar que dicho contrato fue suscrito en el año 2005, es decir, antes de que exista normativa de regulación de la defensa de la competencia. En tal sentido, al revisar el caso, los jueces de la Corte Nacional de Justicia, consideraron que dicha cláusula tenía como objeto el restringir la participación de competidores en el mercado, lo cual resultaba contrario al artículo 244 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente en aquella fecha y que disponía: *«Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: ...3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen»*. En tal sentido, aunque de no forma ordenada, los juzgadores señalaron que en esencia *«un monopolio siempre constituye una vía para la práctica de competencia desleal, mientras no se encuentre autorizada por la Constitución o la ley»* y que, *«en relación cláusula contractual que impedía que a la entidad pública que entregue en arrendamiento sus postes de alumbrado público a otras empresas que oferten servicios similares, conlleva una promesa o motivo (causa) de concreción un acuerdo que intrínsecamente se configura ilícito, es decir contrario al orden público y que se traduce contractualmente al momento de incorporarse en el tenor de sus estipulaciones como objeto ilícito»* en tal virtud declaró infundada la demanda presentada. Por lo que se desprende de la indicada sentencia, que, a criterio de los jueces de la Sala de la Corte, los actos que busquen restringir la competencia esencialmente constituyen actos de competencia desleal, en la medida que no exista una regulación específica en la materia –como es el caso de normas de defensa de la competencia–. Por lo que la suscripción de un contrato que busque restringir la competencia constituye una deslealtad en el mercado con afectación a competidores y consumidores, lo que es contrario al orden público. En tal virtud, un contrato, o cláusula en su defecto, en este sentido, tiene el carácter de objeto ilícito.

acuerdo o contrato; conclusión a la que llegó la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2014, dentro del juicio No. 0215-2014³⁶.

Al respecto, el caso tuvo como su origen en la demanda presentada por la empresa NIFA S.A. actual PROPHAR S.A. la cual se dedicaba a fabricar y comercializar medicamentos genéricos y que, por una necesidad de expandir su negocio habría entrado en un proceso de negociación para la adquisición de una planta de fabricación de medicamentos a la COMPAÑÍA MERCK SHARP & DHOME.

Proceso negocial el cual habría durado varios meses y que, cerca de su finalización la empresa MERCK SHARP & DHOME habría impuesto como condición para la celebración del contrato que NIFA S.A. se comprometiera a no producir ciertos medicamentos genéricos.

Ante esta situación, NIFA S.A. presentó una demanda civil por daños sufridos como consecuencia de una conducta que calificó como competencia desleal, puesto que consideró que la empresa MERCK SHARP & DHOME nunca tuvo la intención de llevar el acuerdo de venta y que su real intención consistía en evitar, o por lo menos retrasar, la participación de NIFA S.A. en el mercado de ciertos medicamentos genéricos; retraso que finalmente tuvo lugar debido a que se habría visto forzada a construir una nueva planta lo que conllevó a limitar su participación en el mercado con algunos medicamentos durante un periodo aproximado de dos años.

Al respecto, la Corte analizó que en el caso descrito no existió el incumplimiento de un contrato, sino que, por el contrario, el incumplimiento devendría de tratos preliminares, los cuales deben ser celebrados en aplicación del deber de actuar de buena fe de los involucrados.

En particular, los juzgadores, en la sentencia expresaron:

³⁶ Si bien la indicada sentencia fue dejada sin efecto como consecuencia fallo emitido por la Corte Constitucional No. 019-16- SEP-CC, dictada dentro del caso N° 0542-15, la Sentencia de la Corte Nacional que la sustituyó, dictada el 04 de agosto de 2016, arribó a una conclusión similar, en particular señaló que: «*Por consecuencia no es legítima y menos razonable incluir en la negociación la limitación de producción de NIFA. Por el contrario, tal declaración, contribuye a establecer el ilícito civil en que incurre MERCK*» y fijó una indemnización total de cuarenta y un millones novecientos sesenta y seis mil quinientos setenta y un dólares.

«Los tratos preliminares, según S., son aquellos diálogos preliminares que, en el íter negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato.» “Su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes, es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como, por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y en ocasiones, innecesarias” En los tratos preliminares lo que debe prevalecer es la buena fe, si existe mala fe, si se viola el deber de buena fe, con los consiguientes deberes de conducta que de ella se derivan, quien ha actuado, por ejemplo, sin intenciones de llegar a un acuerdo y esto ha causado perjuicios, está obligado a indemnizar. Los tratos preliminares cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad de los contrayentes sea efectivizada a través de un contrato, y la voluntad de estos sea interpretada en forma correcta si es que se suscitare algún problema. “Así, los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar” 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. Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Código Civil. S., Responsabilidad precontractual, en Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, Pág. 34. 42 Obra citada, Pág. 15. 43 J.O.A., La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación, Temis, Bogotá- 45. Se debe recalcar que las partes no están obligadas por estos tratos preliminares a celebrar un contrato, pero sí a actuar de buena fe, la responsabilidad nace cuando se ha actuado de mala fe y se ha perjudicado a la otra parte por la no celebración del contrato, cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo, “(...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (...), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –

o sea, el llamado interés contractual negativo”. Entonces, la buena fe es esencial en los tratos preliminares, partiendo del principio de no dañar al otro (*alterum non laedere*), se debe mantener la coherencia en las actuaciones y mientras se mantenga en la etapa previa los tratos o negociaciones (...) El deber de no levantar falsas expectativas (Sic) Este deber se refiere cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar, logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina el costo de oportunidad. Se crea confianza sobre hechos o circunstancias que no van a suceder. Se deja claro que las partes tienen libertad para contratar, sin embargo, no pueden abandonar las negociaciones sin causa justa, “cuando una de las partes inicia o prosigue las (...) tratativas con la intención de no concluir el contrato. Según el mismo autor, habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber suficiente determinación en la perfección del contrato”. En conclusión, en la etapa prenegocial, las partes no están obligadas a contratar, no obstante, deben proceder de acuerdo al principio de la buena fe, y ello, reiterarse, conlleva el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa, lo que además se tomará en cuenta cuando la responsabilidad derive de su inobservancia con las correspondientes repercusiones e indemnización de perjuicios. Por lo que, para la Corte Nacional de Justicia los daños ocasionados por un eventual acto de competencia desleal pueden tener lugar tanto en el marco de un contrato, como en las etapas previas a su existencia.»

Lo resuelto por la Corte, coincide con la regulación europea de la competencia desleal, a modo de ejemplo encontramos el artículo 2.3 de la Ley de Competencia desleal española que establece: «*La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no*».

Resulta necesario destacar que, las conductas desleales se caracterizan por su naturaleza extracontractual, es así, por que el «*ilícito de deslealtad se define por su carácter extracontractual, por cuanto consiste en la contravención de deberes*

generales de conducta»³⁷ sin importar si los actos desleales fueron, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no³⁸.

Al respecto, es necesario resaltar que no todo cuasidelito o delito civil, por sí mismo, constituye un acto de competencia desleal, porque para ello cumplirse con ciertos, como son actuar en el mercado, y ciertas legislaciones, tener finalidad concurrencial.

En este orden de ideas, a modo de análisis de Derecho comparado, la Ley de Competencia Desleal española (Ley 3/1991), en su artículo 3, establece que la LCD es aplicable a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado; en adición, dispone que la aplicación de dicha norma no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.

Tal disposición reviste de especial importancia puesto que una efectiva protección del orden concurrencial no puede limitarse al control de las actuaciones de los actuales participantes en el mercado, por el contrario, el control de deslealtad «*habrá de afectar a todos los sujetos que, en el caso considerado, actúen en el mercado con finalidad concurrencial*»³⁹, entendiéndose no solo a los profesionales que participan en él, como son los empresarios y comerciantes, sino que, incluye además a las personas que no participan profesionalmente en el mercado o actúan mediante la realización de actos aislados o esporádicos.

Así pues, en el caso en que una persona ofrezca unas «*alfombras en venta, porque las ha heredado, estará sujeta a las normas de competencia desleal, aunque sea evidente que no se trata de un empresario*»⁴⁰, sería responsable de eventuales actos de engaño que realice respecto de la procedencia o calidad de las alfombras en su oferta.

³⁷ PALAU RAMIREZ F., “Actos Concretos de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 26.

³⁸ Lo indicado en consideración a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal Española.

³⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 128.

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Disposiciones Generales” en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuter Navarra, 2011, p. 89.

Resulta evidente que un acto de competencia desleal puede tener lugar tanto por parte de profesionales, comerciantes, empresarios, o en general cualquier persona.

Por otra parte, el control de la competencia desleal es aplicable a aquellos casos en los que no existe una competencia actual efectiva en el mercado, pero tiene como finalidad propiciar una competencia futura.

Como segundo elemento a tener en consideración, es el ámbito objetivo de la conducta, es decir, que esta tenga lugar en el mercado, así como la finalidad concurrencial, es decir que *«ésta se extiende a todas las actividades que se desarrollan en el mercado, o lo que es lo mismo a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa y la finalidad a que obedezcan)»*⁴¹.

Por su parte, en relación con la finalidad concurrencial, el Profesor Massaguer indica que es toda acción:

«...orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (sea la propia o la de un tercero, concepto que en este ámbito incluye tanto a una determinada persona física o jurídica como a un grupo de operadores económicos y a un sector o segmento entero de la economía, sea en el lado de la oferta o en el de la demanda) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en el mercado.

Se trata, por lo tanto, de un elemento estrechamente relacionado con el anterior: la realización en el mercado expresa la aptitud de la conducta para influir en la estructura y relaciones del mercado por el hecho de trascender al ámbito del sujeto que la lleva a cabo, mientras que la finalidad concurrencial expresa la efectiva relación de la conducta con el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mercado. La finalidad concurrencial no se requiere con carácter exclusivo. En consecuencia, la eventual presencia de otras orientaciones

⁴¹ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 128.

en la conducta considerada, su trascendencia en otras esferas no la aleja *per se* y en todo caso del ámbito de vigencia de la represión de la competencia desleal»⁴².

Por lo que, en principio, para que una actuación pueda ser considerada como un ilícito de competencia desleal, ésta debe necesariamente tener lugar en el mercado, sin importar la actividad económica que se realice, sea esta comercial, o profesional; así como, de la existencia de una finalidad concurrencial, es decir, la aptitud para influir en la estructura y relaciones del mercado⁴³.

A modo de ejemplo, estos elementos son fácilmente observables en lo resuelto en la indicada sentencia dictada dentro del expediente número 437-96⁴⁴ al considerar que los demandados mientras colaboraban para el operador económico, crearon una empresa con igual giro de negocio, se apropiaron de información sensible, indujeron a proveedores a terminar relaciones contractuales existentes y provocaron actos desorganización empresarial. Es decir, la actuación realizada por los demandados tuvo lugar en el mercado –al crear una empresa con el mismo giro de negocio –y una obvia finalidad concurrencial, –desorganizar a su empleador y beneficiar a la empresa que habían creado–.

Ahora bien, el análisis de los actos de competencia desleal desde la óptica de delitos civiles o cuasidelitos contiene serias limitaciones; entre ellas podemos destacar: *i.-* La finalidad de la responsabilidad civil extracontractual es la reparación de daños y perjuicios; *ii.-* La competencia desleal desde la perspectiva de las normas civiles se corresponde normalmente con un modelo profesional de la competencia desleal; y *iii.-* La responsabilidad civil derivada de la existencia de delitos y cuasidelitos requiere de la existencia del dolo o culpa de su responsable.

i. La reparación de daños y perjuicios como finalidad principal de la responsabilidad civil extracontractual.

⁴² MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 122.

⁴³ Aunque la finalidad concurrencial, no reviste el carácter de exclusivo para la represión de la conducta.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Expediente No. 437-96 (R.O. 78, 3-VI-97), comentada en páginas anteriores.

Por su propia naturaleza, la responsabilidad civil extracontractual tiene como finalidad principal el reparar un daño causado, mediante la indemnización que pueda tener lugar como consecuencia del daño emergente o lucro cesante; sin embargo, el Código Civil no contiene disposición legal alguna respecto de las «acciones» propias de una norma de protección de competencia desleal, como son medidas preventivas, la cesación de la conducta o la remoción de los efectos producidos⁴⁵.

Por otra parte, la figura de medidas preventivas en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) –regulada como providencias preventivas– se encuentra diseñada, en lo principal, para el aseguramiento de pago de créditos, así el

⁴⁵ Se debe tener en cuenta, a que diferencia del ordenamiento jurídico español, el Ecuador no tiene un sistema de acciones en competencia desleal, por el contrario, éstas se encontrarán subordinadas a las pretensiones del actor en su demanda. Por una parte, el artículo 8 del Código Civil establece: «A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley», sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) reconoce las providencias «acción» de medidas preventivas únicamente para acciones de cobro de créditos: «Art. 124.- Procedencia. Cualquiera persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.», «Art. 125.- Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario: 1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.»

Y excepcionalmente, mediante una reforma en el año 2016 para procesos relacionados con propiedad intelectual, como lo expresa el artículo innumerado posterior al 133 del COGEP:

«Art. ...- Providencias preventivas en materia de propiedad intelectual.- Con el fin de evitar que se produzca o continúe la infracción sobre derechos de propiedad intelectual, o de evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción, el juez de lo civil a petición de parte y previo informe favorable de la autoridad competente en materia de Propiedad Intelectual, podrá disponer la adopción de las siguientes providencias preventivas:

- a) Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción, que comprenderá:
 1. La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas;
 2. La clausura provisional del local o establecimiento, que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor;
 3. El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y su depósito judicial.
- b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución, según proceda; y,
- c) El secuestro o la retención; el mismo que podrá ordenarse sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación.

La demanda principal para este tipo de acciones, se iniciarán ante el juez Civil competente mediante procedimiento sumario, de acuerdo a las disposiciones de este Código.»

artículo 124 establece: “Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito” y para su efectiva exigencia el artículo 125 establece la concurrencia de ciertos requisitos: «1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.»

En este sentido, las medidas preventivas descritas no se ajustan a la naturaleza del Derecho de la competencia desleal por lo que creemos que no serían aplicables a la mayoría de los casos en los que se ventilen posibles conductas desleales en el mercado.

Ahora bien, mediante la reforma al COGEP de 2016⁴⁶ el legislador incorporó en el artículo –sin número– posterior al 133, la figura de medidas preventivas únicamente para asuntos relacionados con propiedad intelectual-industrial con el fin de «evitar que se produzca o continúe la infracción sobre derechos de propiedad intelectual», o de evitar que «las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción»

Entre las medidas preventivas que pueden ser adoptadas se encuentran: a) el cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción; b) la suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, de mercaderías o productos; y, c) el secuestro o la retención de bienes.

En este sentido las medidas preventivas señaladas están encaminadas a proteger los intereses particulares de titulares de derechos intelectuales o industriales, los cuales están relacionados e interconectados con el Derecho de la competencia desleal.

Sin embargo, en el mercado pueden tener lugar multitud de conductas desleales que no guardan una relación derechos de propiedad industrial, como pueden ser actos de engaño, inducción a la violación contractual, violación de normas, entre otros; casos a los que, dichas disposiciones no serían aplicables.

Por otra parte, cabe plantear la pregunta de sí en una eventual sentencia que sancione un posible acto de competencia desleal, desde la óptica de los delitos civiles o cuasidelitos, el juzgador puede establecer en sentencia como parte de la reparación del daño causado la cesación definitiva de la conducta o la remoción de los efectos producidos por ésta.

Ante la falta de precedentes judiciales en el Ecuador respecto del problema jurídico planteado, existen dos posiciones probables, la primera consiste en una posición negativa, es decir, ante la existencia de un acto de competencia desleal que genera una responsabilidad civil, el Código Civil reconoce únicamente la acción de reparación de los daños y perjuicios, por lo que la judicatura no podría extralimitar su resolución a efectos distintos a los contenidos en la norma⁴⁷.

Una segunda posición, la cual es de carácter positiva, consistente en que el juez además de la reparación del daño podrá disponer en sentencia la cesación de la conducta o la remoción de los efectos producidos, en tanto que el juzgador arribe a la conclusión de que esta medida resulta necesaria desde una perspectiva de reparación integral al afectado⁴⁸.

Un ejemplo de esto podría encontrarse en un posible acto desleal por publicidad comparativa, en la que en el mensaje constante en la publicidad afecte a un competidor, por ejemplo, al comparar extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

⁴⁷ En relación con lo indicado, parte de la doctrina respecto de la diferencia en la regulación de la competencia desleal en la LORCPM y el derecho civil ha señalado: JARA, M. E., “La protección contra la competencia desleal en la LORCPM”, en VV AA *Derecho Económico Contemporáneo*, Editora Nacional, Quito, 2017. p. 223:

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

⁴⁸ Como fundamento jurídico el artículo 18 de del Código Civil establece: Artículo 18.- «Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.»

En este caso, el juzgador puede entender que no solo la reparación económica de los daños causados al competidor afectado –como por ejemplo el daño ocasionado por la disminución en las ventas o afectación a la imagen o marca del producto– sino que además resulte necesario que la publicidad comparativa sea retirada para evitar un daño mayor, o que se emita a su vez una campaña publicitaria que rectifique la publicidad original.

En este escenario no nos parece imposible que la autoridad jurisdiccional pueda arribar a una conclusión similar, con la finalidad de reparar los intereses del operador económico perjudicado, no obstante, ante la falta de precedentes en la materia consideramos que una resolución en dichos términos requerirá de una fuerte carga de argumentación y motivación de la sentencia para encausar la cesación de la conducta o la reparación de efectos causados al operador económico afectado dentro de la teoría del daño.

ii. La competencia desleal desde la perspectiva de las normas civiles se corresponde normalmente con un modelo profesional de la competencia desleal

Si bien, este es un tema que es abordado con profundidad en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, la regulación de la responsabilidad civil –aplicada al caso de una posible conducta desleal– se corresponde con un modelo de regulación profesional de competencia desleal– en el cual, se busca otorgar una protección al interés particular del afectado– y no al de un modelo social moderno⁴⁹, que incluye como intereses protegidos, al de consumidores y al propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado.⁵⁰

iii. La responsabilidad civil derivada de la existencia de delitos y cuasidelitos requiere de la existencia del dolo o culpa de su responsable

Por otra parte, se puede advertir que la competencia desleal desde la perspectiva de un delito civil o cuasidelito exige la existencia de dolo, culpa o negligencia del operador económico que ocasiona el daño, exigencia que ha sido ampliamente superada

⁴⁹ PORFIRIO CARPIO, L., La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales S.A. 2002, Barcelona, p.20.

⁵⁰ Por todos. Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. pp. 128, 129.

por el derecho moderno de competencia desleal que analiza los actos de competencia desleal desde un carácter objetivo⁵¹.

A modo de referencia, el carácter objetivo⁵² de la competencia desleal ha sido incorporado en gran cantidad de legislaciones. A modo de ejemplo, el artículo 2.2 de la Ley de Competencia Desleal española establece: «*Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele*

⁵¹Respecto del carácter objetivo de la competencia desleal MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 150; en similares términos: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., pp. 134-136, así también: PALAU RAMÍREZ, F., “La proyectada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española”, *Estudios sobre consumo* - Núm. 67, 2003, p. 39; desde la aplicación de la cláusula general; RUIZ PERIS, J., I., “El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, No. 30, 2009-2010, p. 446; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ra edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p.69; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en VV.AA., *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, MIRANDA SERRANO L., COSTAS COMESAÑA, J.,(dirs.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2018, p.98, MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N.º 7, 2010, p. 3/30, entre otros.

⁵² Sin perjuicio de lo indicado, cabe indicar que existe jurisprudencia aislada que ha otorgado un carácter objetivo a la responsabilidad civil, en este sentido, la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, en el proceso judicial Número 229, en sentencia dictada el 29 de octubre de 2002, al resolver respecto de la responsabilidad derivada de Petroecuador por la afectación a una comunidad afectada por la rotura de un oleoducto consideró:

«Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha, la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo.»

Sin embargo, a pesar de este precedente, la Corte Nacional de Justicia se ha decantado en dotar un carácter subjetivo –dolo o culpa– al análisis de la responsabilidad extracontractual; como ejemplo, la responsabilidad derivada de un incidente vehicular (la sentencia, de 9 de junio del 2016, dictada por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro del juicio No. 17711-2015-0401); en ámbito de transacciones financieras y el error al depositar dinero en cuentas ajenas (sentencia de 11 de octubre de 2012, dictada por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro del juicio No. 339-2011) o en ámbito de daño moral (sentencia, de 21 de abril del 2017, dictada por los jueces Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro del juicio No. 17711-2016-056).

objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»; el artículo 4.1 de la LCD dispone: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

De igual manera, inspirada por la legislación española, el artículo 2.2 de la Ley 256 de 1996 de la República de Colombia⁵³ determina que la finalidad concurrencial del acto se presume cuando *«por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero».*

Por último, el artículo 9 de la Ley de Lealtad Comercial de la República Argentina, dictada mediante, Decreto 274/2019, establece como acto de competencia desleal *«toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo»*⁵⁴.

En este sentido, la responsabilidad civil extracontractual si bien ha sido utilizada por la judicatura para resolver en casos relacionados la responsabilidad derivada de actos desleales, por su naturaleza jurídica y características propias podemos afirmar que la misma se muestra como un mecanismo insuficiente para alcanzar una adecuada represión de la competencia desleal y menos aún en otorgar una cláusula general contra la competencia desleal.

⁵³ Publicada en el Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996.

⁵⁴ Mención especial merece la actual regulación de competencia desleal en la LORCPM, ya que el artículo 25 parte de una visión objetiva de la conducta desleal, sin embargo, las asume como cuasidelitos, en particular la norma expresa: *«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 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.»* (Énfasis añadido). Disposición que resulta por lo menos desafortunada y que es objeto de análisis en el segundo capítulo del presente trabajo.

En tal sentido, dicha norma al asumir las conductas desleales como cuasidelito, exige además que la conducta anticompetitiva responda al descuido, imprudencia, impericia, irresponsabilidad, negligencia, falta de diligencia o cuidado de quien realiza la conducta, propia de esta figura.

C. Competencia desleal como abuso de derecho

En otro orden de ideas, otra figura de Derecho civil que históricamente ha sido utilizada para reprimir posibles actos de competencia desleal es la institución del abuso de derecho⁵⁵. Al respecto, en ámbito de legislación española, el profesor Garrigues ya planteaba la importante conexión entre dichas figuras: «*La falta de limitación a la libre concurrencia (salvo los casos antes mencionados de competencia prohibida) ha traído en los tiempos modernos el abuso en la competencia, es decir, la competencia desleal*» y en relación con la denominada competencia ilícita en relación al incumplimiento de la actuación indebida, «*Pero no se sabe a qué deber ser refiere la ley. Si es un deber legal, se restringirá extraordinariamente el ámbito de aplicación de las normas represivas, porque, generalmente, el acto de competencia desleal no viola ninguna ley: consiste más bien en un abuso del propio derecho*»⁵⁶.

En ámbito internacional la evolución de la figura del abuso como herramienta jurídica de represión de la competencia desleal pasó de una concepción de carácter individual a un carácter institucional:

«Pues bien, disponemos ya de una nueva categoría del pensamiento jurídico que, en principio, parece adecuada para explicarnos el *proprium* del acto de competencia desleal: *el abuso del derecho*. Como se sabe, es ésta la formulación tradicional del Derecho francés, que sin otorgar demasiada importancia a la discusión sobre el derecho subjetivo, siempre entendió la concurrencia desleal como una de las más características hipótesis de *abus de droit* (Josserand) o de *usage excessif d un droit* (Roubier) —categorías ambas que, siendo distintas, tienen más puntos en común que de diferencia, según apunta Krasser (193 ; también es la tesis imperante en Suiza, cuya legislación de 1943, reguladora de la competencia desleal, en su artículo 1, la define "a los efectos de la presente

⁵⁵ Respecto del abuso de derecho en la doctrina española, el Profesor Aurelio Menéndez expresa que: «*La categoría del abuso de derecho parece presentarse así como la más adecuada para encuadrar dogmáticamente el acto de competencia desleal. No se trata de un abuso individual, fundado en requisitos subjetivos o morales, que sería difícil de explicar si tenemos en cuenta que el objeto de protección de la disciplina de la competencia desleal es el orden concurrencial.*» Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «La competencia desleal...», op. cit., pp. 109, 110.

⁵⁶ GARRIGUES, J., Instituciones de derecho Mercantil, 1943, pp. 209-210.

ley" como "cualquier abuso de la competencia económica cometido con engaño o a través de medios contrarios a la buena fe (*Treu und Glauben*)". »

El maestro Paz Ares, al respecto consideró que las concepciones clásicas en estos países anudan el acto o práctica desleal al «*abuso del derecho*», entendiendo la categoría en su dimensión individual. La noción de abuso que, por el contrario, parece decantarse en la evolución doctrinal alemana, es la que corresponde a la teoría del abuso institucional.⁵⁷

En Ecuador, a pesar de existir varios pronunciamientos judiciales previos, el legislador incorporó formalmente la figura jurídica del abuso de derecho⁵⁸ al marco legal ecuatoriano⁵⁹ en 2012.

Antes de la regulación formal del abuso de derecho, esta figura jurídica se utilizaba por juzgadores en el conocimiento de causas y procesos tanto en ámbito civil como penal, en aplicación del principio de la buena fe, requisito necesario en la realización de los actos jurídicos⁶⁰. Si bien resulta claro el ámbito de aplicación de las normas civiles y penales, existen ciertos casos de conjunción de las materias jurídicas, a modo de ejemplo, encontramos la sentencia dictada por los jueces integrantes de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional), dentro del expediente No. 46-2003⁶¹, en relación con la responsabilidad civil derivada del daño moral ocasionado de la existencia de una denuncia o acción penal

⁵⁷ PAZ-ARES C., "El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista a la Política Antitrust" *Revista de derecho mercantil*, N° 159, 1981 p. 82.

⁵⁸ Ante la falta de una regulación expresa la Corte Nacional de justicia sustentó el abuso de derecho en la infracción al principio de buena fe que regula el Derecho privado.

⁵⁹ A través de la Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 797 de 26 de septiembre de 2012.

⁶⁰ El principio de buena fe se encuentra contenido en los artículos 721 y 722 del Código Civil; los cuales establecen:

Art. 721.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Art. 722.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria

⁶¹ Resolución No. 462003, Tercera Sala, publicada en el Registro Oficial No. 63, de 16 de abril de 2003).

injustificada, en la que consideraron como requisito previo para la configuración de figura de abuso de derecho, que la denuncia o acusación deba ser calificada previamente como temeraria o maliciosa por un juez penal:

«...para que el procesamiento injustificado constituya delito y dé lugar a la acción **de daños y perjuicios o daño moral, requiere que el juez penal califique la acusación o la denuncia de temeraria o maliciosa, sólo entonces estaríamos frente a un caso de un hecho ilícito, de abuso del derecho**, y como tal, causa eficiente de la acción por daño moral; sin esta calificación, estaríamos frente a un caso de quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social.»
(Énfasis añadido)

En un caso similar, los jueces Integrantes del Tribunal Provincial de Bolívar, al conocer una acción de reparación de daño moral que tuvo lugar por una denuncia penal por el delito de peculado, pero que finalmente fue declarada su inocencia, consideró que la presentación de una denuncia no puede ser considerada como abuso de derecho en la medida que el denunciante no hubiere actuado con dolo o de forma ilícita.

En particular la judicatura señaló:

«8.2. El fundamento origen en la denuncia presentada por L.. R.G.D.A., ex Gerente del Banco Nacional de Fomento Sucursal Guaranda y por la acusación particular de la Unidad en calidad de deducida por el Ab. J.W.A.R., responsable Legal de la Sucursal Procurador Guaranda del Banco Nacional de Fomento, Judicial del Ing. A.E.A.V., Gerente General del Banco Nacional de Fomento que ha terminado con el recurso de casación, mediante el cual, el 14 de mayo del 2008, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dictado sentencia absolutoria a favor de la mencionada I.N.J.G., pero sin mencionar, la ampliación de la referida sentencia, de fecha 9 de junio del 2008, fs. 79,” en la que indica que: “no ha lugar a la declaratoria de temeridad y malicia de la acusación particular del señor G. General del Banco Nacional de Fomento, ya que al haberla planteado, ha cumplido con sus atribuciones legales “, **de lo cual,**

no aparece que la denuncia y acusación particular antes descritas, sean el resultado de la acción u omisión ilícita de éstos, quienes únicamente han cumplido con su obligación como funcionarios públicos y por la delegación recibida, hecho que no de S.X.O.C., ha podido ser contradicho con las declaraciones 8 C.R.Q.G., M.M.R.P., M. de J.M.S. y Z. del R.C.C. ni la prueba documental aportada por la actora en primera y en segunda instancia, resultando por lo tanto insuficiente la misma para la finalidad perseguida por la Lcda. I.N.J.G., ya que al no haber demostrado los fundamentos de la demanda, no procede la reclamación de indemnización por daño moral, porque los demandados no han actuado con dolo, ni ha comprobado que los accionados han actuado en forma ilícita; por lo la proposición de esta acción de los que no existe abuso del derecho que justifique indemnización por daño moral; y si no se halla comprobada la responsabilidad de los accionados, no se les puede condenar al pago del valor que pide la actora como reparación de daño moral, porque los sufrimientos físicos, síquicos, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas de toda la colectividad de Caluma, que dice haber sufrido la accionante, no son los que por sí mismo originan el deber de ser indemnizados, sino la ilicitud de la acción de quienes hubieren causado el daño moral con dolo, que en este caso no ha sido demostrado⁶².» (Énfasis añadido)

⁶² Sin embargo, la sentencia fue dejada sin efecto mediante el fallo que tuvo lugar por la interposición del recurso de casación, que recayó sobre los jueces integrantes de la Sala de lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 686-2011WG manifestaron que si bien la situación descrita no se ajusta a un posible caso de abuso de derecho, la obligación de reparación moral deviene por aplicación directa del artículo 2235 del Código Civil ecuatoriano que determina una reparación independiente de la existencia de delitos o cuasidelitos, en particular la norma establece:

«Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.»

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.»

En adición, la figura del abuso de derecho en Ecuador también ha tenido su desarrollo específico en ámbito civil y mercantil, a modo de ejemplo nos referimos a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución dictada dentro del caso No. 120-2001⁶³, manifestó que la utilización del velo societario, figura propia de ciertas personas jurídicas, como mecanismo para evitar que personas físicas respondan por los daños causados a terceros, consiste en una desviación perjudicial de la figura jurídica mediante el abuso del derecho que tiene lugar mediante el abuso de la institución de naturaleza societaria.

Al respecto, la Corte expresó:

«En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital (Carmen Boldó Roda, La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español?. R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). **Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les**

⁶³ Resolución No. 462003, Tercera Sala, publicada en el Registro Oficial No. 350, de 19 de junio de 2001).

privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.» (Énfasis añadido).

Finalmente, resulta importante anotar que en la sentencia dictada, el 11 de Agosto de 2009 dentro del juicio número 0298-2007, la Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia consideró al abuso de derecho como una especie de delito civil o cuasidelito, por lo que, al conocer un caso de abuso de derecho, es necesario identificar los requisitos de aplicación propios de estas figuras, es decir, debe existir el dolo o culpa –entendidos como la malicia o negligencia– en el actuar del sujeto infractor⁶⁴.

⁶⁴ Sentencia dictada, el 11 de agosto de 2009 dentro del juicio número 0298-2007, la Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia:

«... el Art. 2229 que establece que “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta...- “El delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor”. (obra citada pág. 174) “Hay relación de causalidad cuando el hecho o la omisión – doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él, éste no se habría producido (obra citada, pág. 176). El abuso de los derechos: “La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no sólo proviene de hechos u omisiones materiales que, cometidos con dolo o culpa, dañan a otro. También puede derivar del ejercicio de un derecho, que perjudica a otro, es, pues, fuente de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil (obra citada, pág. 183). “¿Cuándo hay abuso de derecho? ¿Cuándo se puede decir que el ejercicio de un derecho es abusivo y compromete la **responsabilidad de su titular?. Todos están de acuerdo en que este abuso existe si el derecho se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro, o sin que su titular reporte utilidad alguna...**” “Según unos, hay abuso cuando el derecho se ejerce contrariando su finalidad social o económica... - Según otros- Jossierand, entre ellos, para determinar si hay abuso, es menester atender a los móviles o motivos que han inducido a obrar a su titular, al fin que se ha propuesto alcanzar. Si ese móvil o fin concuerda con el espíritu del derecho, con la finalidad que éste persigue, es legítimo y el ejercicio del derecho, correcto y normal. En caso contrario, su ejercicio es abusivo. (obra citada, pág. 189). A.A.R. dice: “**En nuestro concepto, el abuso del derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil: ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito. Habrá abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir, con la intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios**”... (obra citada, pág. 190). “Habrá especialmente culpa si existiendo diversos medios de ejercer el derecho con el mismo resultado o utilidad, no se elige el menos perjudicial” (obra citada, pág. 193).» (Énfasis añadido)

Por lo anotado, conforme los precedentes señalados, el desarrollo jurisprudencial ecuatoriano de la figura del abuso de derecho parecería haber dotado a esta figura de un carácter eminentemente subjetivo, al exigir como elemento necesario la existencia de la intencionalidad del sujeto o en su defecto la negligencia en su actuación.

Ahora bien, desde el año 2012, el artículo 36.1 del Código Civil regula al abuso de derecho de la siguiente forma: «*Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico*» (Énfasis añadido).

En tal sentido, la actual disposición normativa que regula el abuso de derecho exige necesariamente de la existencia de dos elementos esenciales, el primero, –de carácter objetivo– comprende el exceso de los límites del derecho que desvía su ejercicio de los fines del ordenamiento jurídico; y, el segundo, –de carácter subjetivo– la necesidad de que medie necesariamente la deliberación y voluntad.

Tal configuración normativa, al requerir que medie la voluntad del sujeto, incorpora una importante limitación a la aplicación de la figura del abuso de derecho como un medio jurídico para conocer y sancionar posibles conductas de competencia desleal; puesto que, al exigir los requisitos de conciencia o voluntad en el acto objeto de la eventual demanda, tiene como consecuencia que la carga de la prueba del actor radique, entre otros, en demostrar la voluntad del operador económico, además del daño, situación que por regla general no resulta tarea fácil.

Desde la perspectiva jurisprudencial, no son muchas las sentencias que tratan el abuso de derecho desde una perspectiva civil, sin embargo, dos sentencias merecen ser destacadas.

La primera ellas es la sentencia, de 10 de noviembre de 2014, dictada dentro del juicio número 0199-2014 dictada por la Sala de Lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que resolvió la demanda presentada NIFA S.A. en contra de MERCK SHARP & DOHME, al considerar que la demandada habría impuesto como

condición para la venta de una planta de fabricación de medicamentos, que NIFA S.A. se comprometa a no producir ciertos medicamentos genéricos.

En lo pertinente, los jueces, al analizar los hechos demandados consideraron que la falta de una actuación conforme el principio de buena fe, incluso en la etapa previa a la celebración de un contrato puede configurar abuso de derecho y generar la obligación de la reparación de los daños causados.

Al respecto, la Corte Nacional manifestó:

«Sin embargo no se puede concordar con la afirmación hecha por la demandada en el sentido de que podía dar por terminadas las negociaciones en cualquier momento, aún sin que existiera causa para ello, ya que esta forma de actuar puede configurar un abuso del derecho; si las partes no llegan a ningún acuerdo y han actuado de buena fe de sus tratativas, se puede finalizar las negociaciones sin que exista obligación de indemnizar a cargo de alguna de las partes. Al contrario, acciona las partes no actuando de buena fe, la parte afectada puede reclamar se le indemnice por los perjuicios que se le ha ocasionado, ya que en todas las relaciones jurídicas deben estar presente la buena fe entre las partes, principio que se encuentra recogido en el artículo 1562 del Código Civil. Para que exista la obligación de indemnizar por el dolo o la culpa en las negociaciones previas a la celebración de un contrato (culpa incontractando) el ámbito de la negociación no debe haber trascendido al del contrato que se estaba negociando. Si se ha trascendido el ambiente del contrato que será negociado, la indemnización debe cubrir los perjuicios que se ha ocasionado como consecuencia directa de la actuación maliciosa del autor del daño.» (Énfasis añadido).

Es importante resaltar, que el caso referido es el más cercano a la aplicación de la doctrina de abuso de derecho al ámbito de competencia desleal, debido a que, a criterio de la autoridad judicial el acto enjuiciado buscaba obstaculizar la efectiva competencia de uno de los participantes en el mercado⁶⁵.

⁶⁵ Salvando las diferencias propias de la materia, el caso referido recuerda al caso de Aztrazeneca, en relación a la sentencia de la Sala Primera, de 6 de diciembre del 2012, en el asunto C-457/10 P,

Otra sentencia que merece especial atención es el fallo dictado por los jueces integrantes de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa número 17309-2012-0609, en relación con el abuso de derecho por la utilización indebida de procesos judiciales. Al respecto, los juzgadores consideraron que el abuso de derecho, en el marco del derecho ecuatoriano, requiere de los mismos presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, la existencia de dolo, culpa, daño y una relación de causalidad.

En particular la Corte Expresó:

«... dicho de otro modo, no existe utilización indebida del proceso, un procesamiento injustificado. El acto abusivo siempre ocasiona un daño procesal que podría causar daños y perjuicios resarcibles en cuanto es facultad de la víctima solicitar la indemnización consecuyente y ocasionados por el abusador, **pero para que se de este supuesto debe mediar culpa o dolo por el agente que abusó del proceso**, pues la responsabilidad procesal tiene los mismos presupuestos que la responsabilidad civil en general: dolo o culpa del causante, daño, relación de causalidad adecuada, etc.» (Énfasis añadido)

Son, por tanto, elementos que alejan la figura ecuatoriana del abuso de derecho de la regulación moderna de la competencia desleal, que normalmente contiene una configuración objetiva del acto⁶⁶ y que prescinde de elementos subjetivos como la existencia de la conciencia, voluntad, malicia o culpa.

AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Comisión Europea, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), en el que la autoridad judicial europea consideró que la empresa contaba con una posición relevante en el mercado, producto de sus derecho de patente respecto de medicamento omeprazol habría incurrido en «*declaraciones engañosas ante las oficinas de patentes de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Noruega, los Países Bajos y el Reino Unido como una estrategia global diseñada para que los fabricantes de productos genéricos Abuso del sistema de patentes y de los procedimientos para la comercialización de medicamentos a fin de impedir o retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos competidores*» Vid. Abuso del sistema de patentes y de los procedimientos para la comercialización de medicamentos a fin de impedir o retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos competidores GARCÍA VIDAL, A., *Abuso del sistema de patentes y de los procedimientos para la comercialización de medicamentos a fin de impedir o retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos competidores*, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/abuso-del-sistema-de-patentes-y-de-los-procedimientos-para-la-comercializacion-de-medicamentos.pdf> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

⁶⁶ El artículo 25 de la LORCPM establece que “*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*

Ahora bien, el abuso de derecho en ámbito civil sirve como medio de configuración de un ilícito extracontractual, en la medida que, la norma no exige que medie un contrato previo para la configuración de la reparación del daño causado⁶⁷.

Efectivamente, el abuso de derecho se configura como un mecanismo para exigir la reparación de los daños y perjuicios que tengan lugar a causa del exceso en el ejercicio de un derecho, en la medida que dicho derecho puede tener su origen en el marco de un contrato, o no, por ejemplo, por el derecho derivado de la aplicación de una disposición legal.

Sin embargo, la regulación de la figura jurídica del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no tiene por finalidad el regular o sancionar actos de competencia desleal por sí mismo⁶⁸, por lo que el Código Civil no contempla disposición alguna respecto de “acciones complementarias” como son la cesación de la conducta, de la remoción de los efectos producidos o medidas cautelares.

Por lo que, al igual que la reflexión realizada respecto de la activación de este tipo acciones en ámbito de responsabilidad civil extracontractual, no existe una posición jurisprudencial respecto de su pertinencia.

Sin embargo, dejamos la puerta abierta a la posibilidad de que el juez, al resolver una acción de abuso de derecho, en sentencia disponga que, además de ordenar la reparación de daños correspondiente, ordene la cesación de la conducta anticompetitiva

conformidad con el Código Civil”. A modo de ejemplo, en el ámbito internacional, el artículo 9 del Decreto Ejecutivo 279 de 2019 de la República de Argentina establece: «ARTÍCULO 9°.- “Cláusula general. Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo». Por su parte, el artículo 7.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de la República del Perú, Decreto Legislativo 1044 establece en su artículo 7: Condición de ilicitud.- 7.1.- «La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización». En España la Ley 3/1991, en su artículo 4 establece: »1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

⁶⁷ Al respecto, debemos anotar que, el abuso de derecho y la responsabilidad civil extracontractual no tienen una acción específica, por lo que deberá seguirse un proceso ordinario –esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 289 del Código Orgánico de Procesos establece que: «Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación»– por lo que, la prescripción de las acciones ordinarias conforme el artículo 2415 del Código Civil es de 10 años.

⁶⁸ Sin perjuicio que pueda ser utilizado como un mecanismo de configuración de un ilícito y habilitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

o la remoción de los efectos producidos como mecanismos necesarios para una efectiva reparación integral al competidor afectado⁶⁹.

Finalmente, conforme la configuración normativa del abuso de derecho en el Código Civil ecuatoriano, el juez dentro del proceso legal pertinente deberá verificar la existencia del requisito de conciencia y voluntad de su autor⁷⁰, lo que equipara la responsabilidad a la de un cuasidelito, con la correspondiente dificultad de la carga de la prueba.

Por las consideraciones anotadas, las figuras jurídicas de responsabilidad civil y abuso del derecho, instituciones propias del Derecho civil, fallan en ofrecer una efectiva una cláusula general contra la competencia desleal, como se concibe en legislaciones modernas de Derecho de la competencia.

3. Competencia desleal desde la perspectiva de la regulación de la propiedad intelectual

A. Introducción

Los derechos de competencia desleal y de propiedad industrial tienen un estrecho vínculo⁷¹, por lo que a continuación se procederá a realizar el análisis de la regulación las conductas desleales en consideración de la normativa vigente en propiedad industrial.

⁶⁹ Sin embargo, a falta de disposición expresa en el Código Civil, nos parece inviable una eventual acción que busque la imposición de medidas cautelares a fin de prevenir eventuales daños originados en actos de competencia desleal.

⁷⁰ Conforme se desprende de la expresión “deliberada y voluntariamente” que consta en la redacción del artículo 36.1 del Código Civil.

⁷¹ Vid. ÁLVAREZ VEGA, M.I., “A vueltas de complementariedad relativa o la coexistencia de la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal” en VV.AA., *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, MIRANDA SERRANO L., COSTAS COMESAÑA, J., (dirs.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2018, p. 216:

«El Derecho industrial y el Derecho de la Competencia han estado estrechamente vinculados, básicamente porque le segundo nació como una expansión natural del primero, especialmente del Derecho marcario. Esta afinidad se constata en el propio Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial que regula junto a los derechos exclusivos de la propiedad industrial, la protección contra la competencia desleal. Sin embargo, esta relación ontológica ha supuesto un enorme esfuerzo doctrinal, legal y jurisprudencial de diferenciación del ámbito de actuación de cada uno de estos grupos normativos.»

Sin embargo, antes de llevar a cabo el análisis correspondiente, es necesario señalar que la regulación de la propiedad intelectual e industrial⁷² en Ecuador se encuentra contenida en convenios internacionales, en normativa interna y en decisiones de la CAN. Por lo que, para su correcta sistematización y comprensión se ha dividido su estudio en epígrafes individualizados.

B. Aplicación de los Convenios de París y ADPIC como normas integrantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el año 1996, Ecuador se adhirió a la Organización Mundial de Comercio y por consiguiente adoptó el acuerdo sobre los ADPIC⁷³ e incorporó el Convenio de París de protección de Propiedad Industrial (CUP) dentro de su ordenamiento jurídico⁷⁴, es decir, la aplicación del CUP adquirió el carácter de obligatoria en la protección de la propiedad industrial a favor de operadores o empresas extranjeras.

En consecuencia, nació la discusión⁷⁵ sobre la posibilidad de la aplicación directa del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial también por nacionales en Ecuador⁷⁶.

En ámbito internacional, la discusión sobre la aplicación directa de los ADPIC o «*TRIP's Agreement*», no es de reciente data, al respecto, el profesor José Antonio Gómez Segade, desde la perspectiva del régimen jurídico español, considera que dicho

⁷² Consideramos necesario anotar que en la legislación ecuatoriana suele referirse como nombre genérico de esta rama del derecho como «*propiedad intelectual*» –ejemplo de lo indicado se lo encuentra en la derogada Ley de Propiedad Intelectual, norma que regulaba, derechos autor, marcas, diseños industriales, patentes, entre otros–, por lo que para efectos del presente trabajo de investigación nos referiremos como propiedad intelectual o derechos intelectuales a la rama del derecho que regula tanto a la propiedad intelectual como industrial, sin desconocer las diferencias propias de área del derecho.

⁷³ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, publicado en el Registro Oficial, número 977, suplemento, 28 de junio de 1996).

⁷⁴ Sin perjuicio de que el Convenio de París fuere publicado posteriormente en el Registro Oficial número 244 de 29 de julio de 1999. PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS C., “La Competencia Desleal en Ecuador”, op. cit. p 51.

⁷⁵ PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS C., La Competencia Desleal en Ecuador...” op. cit., p. 51

⁷⁶ De conformidad con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el convenio de París entró en vigor para Ecuador el 22 de junio de 1999. https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?country_id=51C (consultada por última vez el 08 de junio de 2022)

acuerdo no tiene un carácter autoejecutivo global⁷⁷ y que en la Comunidad Europea existirían ciertas competencias propias de la EU que no pueden ser trastocadas⁷⁸ porque:

«... las obligaciones que se derivan del mismo se imponen **directamente a los miembros, que son quienes aplicarán las disposiciones del Acuerdo ADPIC, de acuerdo con lo señalado por el artículo 1.1.** La circunstancia de que los derechos de propiedad intelectual sean derechos privados, como se reconoce expresamente en el preámbulo del ADPIC, no obliga a considerarlo autoejecutivo, porque la regulación mínima de esos derechos privados, constituye el efecto reflejo del objetivo fundamental de evitar alteraciones de la competencia, compromiso del que no puede sustraerse ninguno de los miembros. **No hay que olvidar que el ADPIC forma parte del Acuerdo sobre la OMC, que trata de regular el comercio mundial, y que para evitar sanciones comerciales unilaterales se someten las discrepancias a un específico mecanismo de solución de controversias en el seno del GATT.**» (Énfasis añadido)

En tal sentido, si bien no tendría lugar una aplicación directa de los ADPIC o «*TRIP's Agreement*», en ciertos casos sí que puede existir el carácter de autoejecutivo de ciertas disposiciones del acuerdo: «*Por lo que se refiere a España, y aun rechazando la autoejecutividad global del ADPIC por las razones expuestas, en algún caso concreto, y siempre que algún precepto del ADPIC reúna los requisitos necesarios para su eventual aplicación directa, podría admitirse el carácter autoejecutivo de dicho precepto*».⁷⁹

Por su parte, otros autores, consideran que el ADPIC tiene el carácter de autoejecutivo dado que «*La aplicación directa de los artículos 27 y 70.2 del ADPIC*

⁷⁷ GÓMEZ SEGADÉ J., "El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual" en Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 16, 1994-1995, versión digital, p. 15/51.

⁷⁸ Ibidem, «(E)n relación con los temas en los que existe competencia exclusiva de los órganos comunitarios (normas de derecho de autor, marcas, topografías de productos semiconductores etc.), es claro que hay que rechazar tajantemente el carácter autoejecutivo del ADPIC. Así lo han señalado nítidamente los órganos de la UE, por ejemplo en el preámbulo de la decisión del Consejo, que tras el consentimiento del parlamento europeo, precede a la aceptación del AOMC», p. 15/51.

⁷⁹ Ibidem. p. 15/51.

ha de resolverse aplicando las normas internas sobre la eficacia de los tratados internacionales» y en España el artículo 96.1 de la Norma Fundamental y 1.5 del Código Civil, *«incorporan al ordenamiento jurídico interno con la sola publicación en el Boletín Oficial sin que sea necesaria su transformación en normas nacionales»*⁸⁰ (Énfasis añadido)

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero de 2008⁸¹, señala que para la aplicabilidad directa de normas internacionales se requiere que la redacción sea precisa para permitir su aplicación y que el ordenamiento jurídico reconozca la aplicabilidad directa de la norma⁸².

Ahora bien, para el caso ecuatoriano, el Acuerdo sobre los ADPIC o «*TRIP's Agreement*» fue publicado en el Registro Oficial Número 977, de 28 de junio de 1996. Al respecto, las discusiones respecto de la aplicabilidad directa del ADPIC o «*TRIP's Agreement*» en Ecuador, fue resuelta mediante la expedición de la Constitución Política de la Republica del Ecuador, 1998 publicada en el Registro Oficial Número 1, de 11 de Agosto de 1998, la cual en el artículo 163 establecía: *«Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía»*.

⁸⁰ ESCUDERO HERRERA, M., “Interpretación de la normativa legal del derecho de patentes por recientes resoluciones judiciales” *Anuario de la Facultad de Derecho, (Universidad de Alcalá)*, 2008, número 1, p. 62.

⁸¹ Citada por Escudero, *Ibidem*.P64

⁸² Sentencia de la SAP de Barcelona, de 17 de enero de 2008, SAP 13274/2008:«La doctrina señala certeramente que la aplicabilidad directa en España de las normas internacionales desde su publicación no puede suponer, sin más, que los particulares puedan invocarlas ante los tribunales nacionales para exigir una decisión exclusivamente sobre su base. (...) para que ello ocurra, es preciso que la norma, por su forma de redacción y contenido, sea autoejecutiva, (...) ello exige una redacción suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de los Estados contratantes. Mas concretamente, la doctrina identifica estos requisitos: la norma ha de contener disposiciones susceptibles de incidir directamente en la esfera de los particulares, por reconocerles derechos o imponerles obligaciones, a éstos y no directamente a España; ha de contar con una redacción suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que aclare la voluntad de España; y es preciso que en nuestro ordenamiento se reconozca la aplicabilidad directa de la norma internacional, sin condicionarla a la publicación de una disposición formal de recepción.»

En este orden de ideas, resulta claro que el ADPIC o «*TRIP's Agreement*» desde su publicación en el Registro Oficial pasó a ser parte de la legislación ecuatoriana, y de conformidad con el artículo 1.3 del ADPIC⁸³, Ecuador, al ser un Estado miembro, concedió a los nacionales de los demás miembros el trato previsto en dicho Acuerdo en concordancia con los criterios establecidos en el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados⁸⁴. Por lo que el CUP es incorporado a la legislación ecuatoriana mediante la aplicación de los ADPIC o «*TRIP's Agreement*».

Pues bien, el artículo 10 (bis) del CUP determina que los países integrantes tienen la obligación de asegurar una efectiva protección contra la competencia desleal, definiendo a la misma como todo acto contrario a los usos y costumbres honestos tanto en materia industrial como comercial⁸⁵ y detalla ciertas conductas que deben ser consideradas como prohibidas, constituyéndose en un marco legal común a todos los

⁸³ Organización Mundial de Comercio y por ende adoptó el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Artículo 3. Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros 1 el trato previsto en el presente Acuerdo. Respecto del derecho de propiedad intelectual pertinente, se entenderá por nacionales de los demás Miembros las personas físicas o jurídicas que cumplirían los criterios establecidos para poder beneficiarse de la protección en el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, si todos los Miembros de la OMC fueran miembros de esos convenios 2. Todo Miembro que se valga de las posibilidades estipuladas en el párrafo 3 del artículo 5 o en el párrafo 2 del artículo 6 de la Convención de Roma lo notificará según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el “Consejo de los ADPIC”).

⁸⁴ Esta situación reviste de especial importancia ya que, como se analizará oportunamente, abre la puerta para la aplicación protección contra la competencia desleal, en beneficio de operadores económicos extranjeros.

⁸⁵ Al respecto, el artículo 10 bis del Convenio de París establece:

«Art. 10.- bis.- (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 deberá prohibirse:

1. 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;

2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

3. 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.»

Estados integrantes del convenio⁸⁶, respecto de los actos de engaño, confusión o denigración.

Al respecto, conforme la configuración normativa del Convenio de París, los actos de competencia desleal señalados no se restringen únicamente a temas de propiedad intelectual⁸⁷. Por lo que, por aplicación directa de dicho convenio en Ecuador, podrían iniciarse acciones de competencia desleal sin vinculación a propiedad industrial⁸⁸.

Esta situación reviste especial importancia, debido a que un proceso judicial por competencia desleal en Ecuador que tenga como fundamento jurídico la aplicación del Convenio de París tendría la ventaja que no sea necesario recurrir a las fórmulas jurídicas del Código Civil, como son el abuso de derecho o de la responsabilidad civil y de sus elementos constitutivos, el dolo o la culpa.

Al respecto, desde una visión histórica, tanto nacional como internacional el CUP sirvió como guía de inspiración para la creación de Leyes en materia en protección de competencia desleal⁸⁹, sin embargo, hemos de advertir que, los límites en la

⁸⁶ BODENHAUSEN, G.H. C., “Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION” (WIPO) https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_611.pdf, P. 159. (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁸⁷ La influencia del derecho y sus ramas en el mundo de los negocios de empresas latinoamericanas, Vid. ARROYO CHACÓN, J.I., La influencia del derecho y sus ramas en el mundo de los negocios de empresas latinoamericanas, en Red de Revistas Científicas de Acceso Abierto No Comercial Propiedad de a Academia. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2816/281654984009/html/index.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

«Ello se debe en una gran parte al hecho de que la definición de competencia desleal que aparece en el Convenio de París, incluye, una referencia expresa a la competencia desleal, complementada con una reglamentación contenida en los tres párrafos que componen el artículo 10 bis del Convenio de París. No obstante, el ejercicio de la acción de competencia desleal no está restringido a temas asociados con la propiedad industrial, pues es un hecho que esta acción legal está disponible para todo tipo de situaciones vinculadas de modo directo, o indirecto, con la propiedad intelectual en el más amplio sentido del vocablo.»

⁸⁸ Aunque no pierde su carácter de ser una norma que responde al modelo profesional o corporativo de regulación de la competencia desleal, es decir, que responde al interés particular de los empresarios. Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., 85.

⁸⁹ En ámbito nacional, basta ver la definición de los actos de competencia desleal en el actual artículo 25 de la LORCPM –que define a los actos de competencia desleal como aquellos actos contrarios a los usos y costumbres honestos–; Como inspiración de normas de régimen común en temas relacionados a la competencia desleal Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10

aplicación del ADPIC o “TRIP’s Agreement –y por lo tanto CUP– se encuentra en que únicamente puede ser invocado por operadores o empresas que correspondan al tráfico externo, sin que pueda ser utilizado por nacionales⁹⁰. En este sentido, el maestro José Gómez Segade en relación de la aplicación del acuerdo ADPIC en España señaló:

«... hay que tener en cuenta que las normas de ADPIC, igual que las del CUP, son normas destinadas a los extranjeros, y por tanto no pueden ser invocadas por los nacionales. **Es evidente que si los nacionales no pueden invocar directamente el ADPIC ante los Tribunales, en algún caso pueden resultar discriminados en relación con los extranjeros; pero no cabrá ningún tipo de acción contra dicha desigualdad entre nacionales y extranjeros.** Si así sucede, será tan sólo porque el legislador, aunque dispone de suficientes mecanismos para evitar la discriminación, actúa negligentemente y no toma las medidas necesarias, y a ello deben instarle los ciudadanos⁹¹» (Énfasis añadido).

Ahora bien, como ya hemos anotado, en el marco del contexto histórico en el que se incorporó el ADPIC, se encontraba vigente la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, que en su artículo 163 establecía que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el

de septiembre de 1984)”, *Revista de Instituciones Europeas*, ISSN 0210-0924, Vol. 15, Nº 2, 1988, pp. 447-452:

«Pero este estudio encargado por la Comisión de la CEE no contenía sólo una descripción de las distintas legislaciones nacionales, sino, también, unas propuestas de armonización. Estas propuestas de Ulmer partían de la consideración de que todos los miembros comunitarios habían ratificado CUP, por lo que a todos era común la cláusula general contra la competencia desleal que recogía el art. 10 bis de este texto. Por ello, las propuestas señaladas consistían en la formulación de una cláusula general contra la competencia desleal y la adopción de una serie de medidas especiales relativas a las prohibiciones del riesgo de confusión, de la publicidad estrictamente personal y comparativa, de la publicidad engañosa, y una normativa de protección del secreto industrial. En coherencia con tales contenidos, se proponen una serie de principios y medidas procesales entre las que no se reconoce —no se olvide la época (1965) —la legitimación de las asociaciones de consumidores. Concluyen estas propuestas con las relativas al modo de proceder en tal armonización, recomendándose que se haga en campos concretos mediante Directiva.»

⁹⁰ En efecto, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ en relación con la aplicación del CUP a conflictos internos en España expresa: «*Pero a nuestro juicio resulta asimismo claro que la referida cláusula general, aun siendo Derecho Interno, no resulta aplicable al tráfico interno, es decir, a los conflictos concurrenciales que puedan suscitarse entre dos empresarios españoles. El ámbito de aplicación del Convenio se contrae, en efecto, a aquellos conflictos en los que sea parte un extranjero. El artículo 2 del convenio de la Unión de París parece claro a este respecto*». MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. p. 89.

⁹¹ GÓMEZ SEGADE J., “El acuerdo ADPIC como nuevo marco...”, op. cit., versión digital p. 16/51.

Registro Oficial, son parte integrante del ordenamiento jurídico de la República e incluso prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

En este sentido, la norma constitucional reconocía el efecto de los tratados internacionales sobre las normas de Derecho interno, siempre que estos hayan sido previamente promulgados en el Registro Oficial. Al respecto, para su promulgación los tratados y convenios internacionales debían ser en forma previa aprobados en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso Nacional⁹².

Situación que efectivamente tuvo lugar, antes de la publicación del ADPIC en el Registro Oficial Número 977, de 28 de junio de 1996, y sin que el poder legislativo hubiere expedido una norma complementaria que autorizase expresamente la invocación de CUP y ADPIC por nacionales.

Por lo que las reflexiones realizadas por el profesor Gómez Segade y recogidas por la más autorizada doctrina para la legislación española⁹³ respecto de las limitaciones en la invocación directa del ADPIC ante los Tribunales por nacionales resulta replicable en el marco de la legislación ecuatoriana.

Por tanto, el Convenio de París, si bien es una norma que permite a autoridades judiciales ecuatorianas el conocer y resolver respecto de asuntos relacionados con actos de competencia desleal, su aplicación se encuentra restringida únicamente para

⁹² Constitución Política de la República del Ecuador: Artículo 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

⁹³ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 145:

«Por último, el artículo 10bis del Convenio de la Unión de París, no obstante su condición material de propia cláusula general y no obstante su carácter autoejecutivo, se enfrentaba con dos graves obstáculos para convertirse en una eficaz cláusula general. En primer lugar, el artículo 10bis del Convenio de la Unión de París no podía ser invocado por los nacionales españoles puesto que faltaba la necesaria norma interna que así lo autorizase [vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, pp. 402-404; interpretación que asumieron J. Garrigues, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, 7.ª ed., s. e., Madrid, 1977, p. 247; M. Botana, 9 *ADI* 1983, p. 488; J. M. Otero, X *ADI* 1985-86, p. 65, F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, ob. cit., pp. 596-597, y, últimamente, A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pp. 88-89]; Respecto de la aplicación directa del Convenio de París en el régimen jurídico español no puede desconocerse, sin embargo, que no han faltado pronunciamientos judiciales que, al menos, han invocado este precepto para resolver conflictos entre españoles (SSTS 22-VI-1983 «White Horse/Caballo Blanco», 5-XII-1989 «Productos Cruz Verde, S. A. c. Cial, S. A.»)...»

operadores económicos y empresarios extranjeros, lo que constituye un evidente grado de desigualdad respecto de empresas y operadores económicos nacionales.

Desigualdad que reviste especial importancia puesto que, como ha sido analizado a largo de esta investigación, ni el Código Civil, ni las normas de propiedad industrial e intelectual en Ecuador analizadas hasta el momento contienen una regulación de la competencia desleal, que resulte eficiente para proteger los derechos de los operadores económicos que se vean afectados por actos con reproche de deslealtad.

Por otra parte, hemos de advertir las dificultades propias que conlleva la aplicación directa⁹⁴ del Convenio de París y ADPIC a los ordenamientos jurídicos internos del Estado, además porque a falta de una norma expresa para su aplicación, se encuentra la ausencia de normas procesales oportunas para encausar las eventuales acciones de competencia desleal.

En tal sentido, como bien lo ha señalado la doctrina, le corresponde al poder legislativo dictar una norma de competencia que no solo proteja a los operadores económicos del mercado de posibles conductas de competencia desleal, sino que además proteja a consumidores y la estructura del propio mercado.

Finalmente, por la naturaleza de CUP y ADPIC, y la falta de normativa expresa que permita su utilización por nacionales en Ecuador, a nuestro criterio, no ofrecen una adecuada protección contra los distintos actos de competencia desleal que tienen lugar en el mercado, e incluso como fue analizado en líneas precedentes genera un cierto grado de desigualdad a operadores económicos nacionales en su aplicación respecto de operadores extranjeros.

⁹⁴ Ibidem., p 145. «En segundo lugar, su aplicabilidad práctica resultaba frustrada por la ausencia de las oportunas normas procesales que permitieran encausar ordenadamente las diversas pretensiones propias de la acción de competencia desleal y, en particular, la pretensión de cesación (como destaca A. MENÉNDEZ, ob. últ. cit., pp. 88-89).»

C. Decisión 486, Régimen Común Sobre Propiedad Industrial en la Comunidad Andina de Naciones

La Comunidad Andina de Naciones, fue creada mediante el Acuerdo de Integración Subregional Andino «*Acuerdo de Cartagena*» de 1969 suscrito por Bolivia, Colombia Ecuador, Perú, Chile⁹⁵ y posteriormente Venezuela⁹⁶.

Ahora bien, el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contiene el «*ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*» que, comprende:

- 1.– El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- 2.– El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- 3.– Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- 4.– Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- 5.– Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

En relación con la naturaleza jurídica de las Decisiones comunitarias, éstas son normas de obligatorio cumplimiento para los Países Miembros, desde la fecha de su aprobación por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina⁹⁷. Adicionalmente las Decisiones comunitarias son de aplicación directa en los Estados miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena⁹⁸, salvo que la propia Decisión establezca una temporalidad distinta para su entrada en vigor, o que contenga una expresa remisión

⁹⁵ Sin embargo, el 30 de octubre de 1976, Chile se retiró del Acuerdo.

⁹⁶ Normativa Andina, Comunidad Andina de Naciones, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁹⁷ Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁹⁸ Artículos 3 y 4 del Tratado de Creación.

para incorporación en el Derecho interno «*mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro*»⁹⁹.

En adición, la Decisiones Andinas no son adoptadas de forma directa por los Países Miembros de la Comunidad Andina, «*sino por órganos creados en virtud del Acuerdo de Cartagena*» y se caracterizan por ser de obligatorio cumplimiento, y están circunscritos a materias que, forman ahora parte de las atribuciones de los órganos comunitarios¹⁰⁰.

En este sentido, la regulación de la propiedad intelectual ha revestido de gran importancia en el marco de la Comunidad Andina, así las primeras normas en materia tuvieron su origen poco tiempo después de su creación, tal es el caso de la Decisión 26, publicada el 31 de diciembre de 1970, es decir poco después de un año de la firma del Acuerdo fundacional¹⁰¹.

⁹⁹ RODRÍGUEZ AGUILERA, C., “La autonomía del Derecho Comunitario Andino y su relación con el derecho internacional”, *Revista de la secretaria del Tribunal permanente de revisión*, 2016; p. 229.

¹⁰⁰ ZÚÑIGA SCHRODER, H., “Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del Derecho Comunitario Andino”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 11, No. 41, 2014, pp. 10-13.

¹⁰¹ A fin de evidenciar la evolución de la regulación de en la CAN Vid. Pico Mantilla, G., “La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo De Cartagena Régimen Común Sobre Propiedad Industrial”, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_La_Decision_344.pdf (consultada por última vez el 8 de junio 2022):

«En cumplimiento del citado mandato, los órganos del Acuerdo iniciaron los trabajos para la discusión y elaboración de lo que constituiría el régimen común de propiedad industrial y al cabo de casi cuatro años, la Comisión aprobó la Decisión 85 con la denominación de "Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial (5 de junio de 1974). Esta Decisión tuvo una vigencia relativamente larga, aunque parcial. Rigió –no podríamos decir que se cumplió– en solo tres de los cinco Países Miembros del Acuerdo de Cartagena Colombia, Ecuador y Perú. Fue inicialmente sustituida por la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo (G.O. 96 de 12 de diciembre de 1991). Lo fundamental, aparte de las diferencias que se pueden encontrar en el texto de las dos Decisiones, es que la Comisión no incluyó en la nueva Decisión, el artículo 86 de la Decisión 85 según el cual correspondía a los Países Miembros la incorporación de la norma comunitaria a su derecho interno, de modo que la vigencia de la Decisión 311 se produjo con su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 12 de diciembre de 1991 de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º del Tratado del Tribunal que dice: "Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo a menos que las mismas señalen una fecha posterior".

Esta primera Decisión sustitutiva, tuvo realmente una vida jurídica extremadamente corta. Las presiones internas y externas sobre los negociadores gubernamentales, los intereses, si se quiere, de adoptar o configurar una norma comunitaria que por su propia naturaleza debe ser diferente a los intereses estrictamente nacionales o particulares, han conducido a la subregión andina a tener un régimen común, que en principio con el nombre de reglamento, fue incumplido y que hoy con el nombre de régimen común, parece ser inestable. La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. La segunda Decisión sustitutiva fue la 313. Este nuevo régimen aprobado por la

En este sentido, la regulación de la propiedad intelectual en la CAN fue evolucionando hasta llegar a la Decisión 344¹⁰², expedida el 21 octubre de 1993 y publicada en la Gaceta Oficial No. 142 de 29 de octubre de 1993, norma comunitaria que finalmente daría paso a la Decisión 486 vigente hasta nuestros días.

Sin entrar en demasiado detalle, la Decisión 486 estuvo marcada por la incorporación de los Estados miembros del CAN al acuerdo sobre los ADPIC¹⁰³, lo que generaba tensiones entre la regulación comunitaria vigente y la regulación contenida en la ADPIC – CUP, en particular la doctrina señaló:

«El ADPIC trata temas que no se encuentran regulados o se manejan de manera distinta en la Decisión 344 y, en esta medida requieren de una reforma de la misma para poder así, ser aplicados en los países de la comunidad andina, so pena de contradecirla o duplicarla y, consecuentemente generar problemas en cuanto a su aplicación uniforme en la subregión. Entre estos temas se encuentran: el término de protección de los diseños industriales y dentro de esta modalidad la posibilidad de protección de aquellos relativos a la indumentaria; los esquemas

Comisión también fue "directamente aplicable" en los cinco Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, el 14 de febrero de 1992. A propósito, de esta Decisión –aunque ya se encuentra también sustituida– cabe señalar, que su publicación en otros Diarios, Registros o Gacetas Oficiales distintos de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena – como se argumentaba–, no constituía requisito válido para su vigencia por no estar previsto así en el Derecho Andino. Por tanto, no se podía sostener que su vigencia estaba condicionada a la publicación en el órgano nacional u oficial de cada uno de los países, ni que por ello dejó de ser directamente aplicable. Es más, dentro de las acciones o procesos judiciales nacionales que tengan por objeto reclamar las omisiones al ordenamiento andino o, en general, en las que deba aplicarse las normas del citado ordenamiento, es indispensable solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia. Del Acuerdo de Cartagena, a título prejudicial. La tercera Decisión sustitutiva vigente desde el 1º de enero de 1994 es la 344 de la Comisión (G.O. 142 de 29 de octubre de 1993).»

¹⁰² La Decisión 344, contenía ciertos preceptos que hacían referencia a la regulación de la competencia desleal; Así, el artículo 78 establecía la obligación de que los países comunitarios que soliciten información o datos de prueba sobre productos farmoquímicos o agroquímicos debían adoptar medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal. Por su parte, el artículo 131 determinaba que el uso de las denominaciones de origen por personas no autorizadas se consideraba un acto competencia desleal objeto de sanción. Sin embargo, dicha norma no incluía un acápite que desarrollara la regulación competencia desleal, situación que dificultaba su aplicación.

¹⁰³ En particular, el ADPIC fue incorporado en la legislación colombiana mediante la Ley 170 de 1994, siendo ratificado el 31 de marzo de 1995.

de trazado de los circuitos integrados, y la observancia de los derechos de propiedad intelectual»¹⁰⁴.

En cuanto a la Decisión 486, esta tiene por objeto la regulación de la propiedad industrial en ámbito comunitario y al igual que otros textos internacionales como el Convenio de la Unión de París, incluye un acápite específico que regula la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

Al respecto, el Título XVI, capítulo I, De los Actos de Competencia Desleal en su artículo 258 establece una cláusula general contra la competencia desleal, siempre con vinculación a la propiedad industrial, que establece que para efectos de la norma se entiende como competencia desleal todo acto empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos¹⁰⁵.

Por su parte, el artículo 259 de la Decisión establece un listado de actos (no taxativo) considerados como una eventual conducta desleal. En particular son:

a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

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

c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

En el Capítulo II, en relación con los secretos empresariales, el artículo 262 establece los actos que se consideran como competencia desleal, entre los que se

¹⁰⁴ Vid. MOURE, J., “La reforma de la Decisión 344 y su puesta en conformidad con las normas ADPIC”, Revistas externado. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1760/1568/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹⁰⁵ Artículo 258.- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.

destacan la obtención del secreto por medios ilícitos¹⁰⁶, su explotación, divulgación, entre otros.

Finalmente, en el capítulo III, la Decisión 486 establece las acciones que se pueden ejercitar por actos de competencia desleal; así, el artículo 267 determina que las personas que tengan legítimo interés podrán solicitar a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial, siempre en el ámbito de propiedad industrial,

Por otra parte, el artículo 268 determina que las acciones por competencia desleal prescriben a los dos años contados desde que se cometió el acto de competencia desleal, salvo que las disposiciones internas de los Estados comunitarios establezcan un plazo diferente.

Finalmente, el artículo 259, subordina a la legislación interna de cada Estado miembro la posibilidad de que las autoridades puedan iniciar de oficio las acciones de competencia desleal.

En este sentido, la normativa comunitaria busca regular y establecer el procedimiento para el conocimiento y eventual sanción de conductas de competencia desleal vinculadas con la propiedad intelectual, en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones y dentro de los propio Estados integrantes.

Al respecto, debemos anotar que el legislador comunitario mediante la Decisión 486, creó un régimen común de propiedad intelectual para los países integrantes de la CAN, en tal sentido, las disposiciones de la Decisión 486 son de aplicación directa¹⁰⁷ e

¹⁰⁶ La letra final de artículo 262 determina la calificación de deslealtad del uso de secretos empresariales, tanto en beneficio propio de un tercero «*cuando el acto sea realizado para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial*»; o, en los casos que el secreto empresarial sean “*adquiridos entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos*».

¹⁰⁷ Lo indicado con sustento en lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia: «*Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*».

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

inmediata¹⁰⁸ por los Estados y sus nacionales. Por lo que la norma comunitaria debe ser aplicada por autoridades nacionales de los países miembros en los casos que sean objeto de su conocimiento lo que incluye asuntos relacionados con propiedad intelectual de los nacionales propios de cada país.

Ahora bien, para la correcta aplicación de la Decisión 486, el Tribunal Andino de Justicia tiene el deber de interpretar por vía prejudicial sus disposiciones con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros¹⁰⁹. En tal sentido, en la Comunidad Andina la interpretación prejudicial tiene por finalidad el:

«... permitir un diálogo entre los jueces nacionales de los países andinos y el juez comunitario, donde la legitimación activa le corresponde a los primeros, quienes solicitan al Tribunal de Justicia la interpretación de normas relevantes del ordenamiento jurídico andino en el curso de un proceso interno, con el objeto de que éste emita su interpretación y se garantice, de esta manera, que el Derecho comunitario goce de interpretación uniforme en todo el territorio la Comunidad. En nuestro caso, esta competencia también se ha erigido en la más representativa del Tribunal andino, en la medida en que, desde su creación, ha representado más del 95% de la carga de trabajo de los jueces del Tribunal comunitario¹¹⁰.»

En tal sentido, el Tribunal Andino de Justicia al referirse a la competencia desleal en ámbito de la Decisión 486, ha generado una interpretación amplia en la que relaciona estrechamente los conceptos de usos y prácticas honestos de la buena fe empresarial; en particular, en la interpretación prejudicial Número 67-IP-2015,

¹⁰⁸ Al respecto, el Tribunal Andino de Justicia he señalado en múltiples ocasiones las características de la normativa comunitaria, a modo de ejemplo en el fallo dictado dentro del proceso 16-AI 2000 manifestó que:

... Una simple lectura del artículo 40 del Tratado de Creación del Tribunal permite deducir que son dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada País puedan exigir ante sus tribunales nacionales. Por el de la preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno.

¹⁰⁹ Obligación que tiene respecto de todas las decisiones comunitarias vigentes, de conformidad con el Artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia.

¹¹⁰ Vid. Fuentes Hernández, A., “La Interpretación Prejudicial en la Comunidad Andina y su Relevancia en el Arbitraje Nacional en Colombia”, <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/26166> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

constante en la Gaceta Oficial No. 2533 de 08 de julio de 2015, el Tribunal señaló que se:

«... considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos. Se entiende por competencia desleal todo acto contrario a la buena fe empresarial, contrario al normal desenvolvimiento de las actividades económicas basado en el esfuerzo empresarial legítimo. Sobre el particular, el Tribunal ha considerado que son actos contrarios a los usos y prácticas honestos aquellos que se producen con la intención de causar daño o de aprovecharse de situaciones que puedan perjudicar al competidor.»

Por su parte, en la Interpretación prejudicial dictada dentro del proceso IP-389-IP-2018.pdf, contante en la Gaceta Oficial No. 3669 de 17 de junio de 2019, el Tribunal precisó que los elementos que constituyen la competencia desleal son: en primer lugar, el acto de competencia (*la finalidad concurrencial del acto*) y por otra parte, que el acto sea calificable como desleal (*el medio empleado para competir y atraer la clientela es desleal*), así el Tribunal señaló:

«a)Es un acto de competencia desleal porque la realizan competidores en el mercado con la finalidad de atraer clientes.

b) Es desleal pero que en lugar de atraer clientes sobre la base de la eficiencia económica (esfuerzo empresarial), lo hace a través de métodos deshonestos, contrarios a la buena fe empresarial, como la inducción a error (actos de engaño de confusión), el descrédito denigración del competidor (con información falsa), la explotación indebida de la reputación ajena, la comparación indebida, la imitación sistemática, la violación de secretos comerciales entre otros.»

Finalmente, la máxima autoridad de justicia comunitaria considera que la competencia desleal tiene por finalidad afectar al normal desenvolvimiento del mercado en tanto que genera un daño (efectivo o potencial) al competidor, consumidores y al interés general¹¹¹.

¹¹¹ Interpretación Prejudicial N°. IP-389-IP-2018.pdf, contante en la Gaceta Oficial No. 3669 de 17 de junio de 2019.

Sin embargo, no se puede dejar de considerar que la Decisión 486 y las interpretaciones que realiza el Tribunal Andino de Justicia son únicamente de las conductas de competencia desleal vinculadas a la propiedad industrial.

En tal sentido, el Tribunal ha expresado en múltiples ocasiones que la regulación de la competencia desleal que no afecte a la propiedad intelectual podrá ser objeto de regulación interna de los Estados integrantes de la comunidad¹¹².

Es así que, los Estados comunitarios han incorporado regulación de los actos de competencia desleal sin vinculación a la propiedad Intelectual en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, así, Colombia expidió la Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal; la República del Perú emitió la Ley de Represión Contra la Competencia Desleal, contenida en el Decreto Legislativo 1044 de 2008¹¹³; en el caso boliviano la competencia desleal se encuentra regulada en el capítulo quinto del Título primero del Código de Comercio¹¹⁴; y, finalmente en Ecuador mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

¹¹² Al respecto, resultan abundantes los pronunciamientos realizados por el Tribunal Andino de Justicia sobre el tema; así por ejemplo, incluso antes de la expedición de la Decisión 486, en la Interpretación Prejudicial dictada dentro del proceso No. 22-IP-98, de 17 de marzo de 2019, el Tribunal señaló que: *«Es atribución de las legislaciones internas regular situaciones de competencia desleal que sean producidas por el engaño a los medios comerciales y al público consumidor con ocasión de la utilización de frases publicitarias desleales»*.

Por otra parte, en la interpretación prejudicial No. 19-IP-2009, de 28 de agosto de 2009, el Tribunal Andino de Justicia señaló que en el marco de Decisión 486, para iniciar acciones de competencia desleal, el accionante deberá contar con un interés legítimo –consistente en la afectación directa de un derecho de propiedad industrial– ya que en otros casos en los que no existe una afectación a la propiedad industrial, *«simplemente no cabría accionar invocando la normativa comunitaria que se analiza»*. En adición, el tribunal manifestó que *«Esto significa, además, que el ordenamiento interno de los Países Miembros puede restringir la competencia desleal en casos no vinculados con la propiedad industrial.»*

Por último, en un pronunciamiento más reciente, dictado dentro del proceso 186-IP-2017, dictado el 7 de septiembre de 2018, respecto del alcance de la regulación de la Decisión 486, el Tribunal manifestó:

«El Artículo 259 de la Decisión 486 admite la posibilidad de que existan otros supuestos de la competencia desleal vinculados a los derechos de propiedad industrial, pues claramente menciona que los allí establecidos, son, entre otros. Dada esta situación con mayor razón pueden existir otros supuestos de competencia desleal no vinculados a los derechos de propiedad industrial. Es así que los países miembros de la Comunidad Andina pueden tener legislación nacional que tipifique supuestos de competencia desleal distintos a los establecidos en los Artículos 259 y 262 de la Decisión 486, tanto vinculados a los derechos de propiedad industrial como no vinculados a dichos derechos.»

¹¹³ Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 de junio de 2008, en el Diario Oficial el Peruano No. 3747922.

¹¹⁴ La regulación boliviana responde al modelo profesional de regulación de la competencia desleal.

En este sentido todos los países actualmente integrantes de la CAN en su ordenamiento jurídico contienen normas que reprimen la competencia desleal, no obstante, su regulación y ámbito de aplicación varía de país a país; así, tanto en la legislación peruana como colombiana los sistemas de regulación de la competencia desleal son modernas y resultan aplicables para todos los casos de actos desleales que pueda tener lugar en el mercado.

En el caso de la legislación ecuatoriana, como se verá oportunamente, la regulación de la competencia desleal se encuentra inmersa en la norma de defensa de la competencia, lo que genera un ámbito especial de aplicación.

Respecto de la regulación de la competencia desleal boliviana, ésta nos resulta escasa y consideramos que es difícilmente aplicable para otros supuestos de competencia desleal que no sea la satisfacción de intereses particulares de competidores en el mercado.

Finalmente, hemos de señalar que la Decisión 486, si bien contiene disposiciones que regulan actos de competencia desleal en ámbito de propiedad industrial, ésta no ofrece una cláusula general contra la competencia desleal que resulte aplicable a otras posibles conductas desleales que no estén relacionadas con derechos industriales.

D. Normas de propiedad intelectual e industrial en el Derecho interno ecuatoriano

Al respecto, Ecuador hasta la última década del siglo pasado carecía de una ley en la materia, así, el primer antecedente normativo directo de regulación de la propiedad e intelectual e industrial tuvo lugar en el año 1996, fecha en la que Ecuador se adhirió a la Organización Mundial de Comercio y por ende adoptó el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC o «*TRIP's Agreement*»,

Posteriormente, en el año 1998¹¹⁵ entró en vigor la Ley de Propiedad Intelectual, dictada el 27 de marzo, norma inédita¹¹⁶ en la materia en Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 320, 19 de mayo de 1998; y que, en el libro IV, incorporó en el Derecho ecuatoriano regulación específica de competencia desleal¹¹⁷.

Sin embargo, la incorporación de conductas desleales en una norma de propiedad intelectual generó bastante controversia¹¹⁸ sobre su alcance y delimitación¹¹⁹. En particular, parte de las dudas que originó la norma fue respecto de la competencia de órganos administrativos y judiciales para resolver asuntos de competencia desleal¹²⁰ que no tuvieran relación con propiedad intelectual.¹²¹ Ahora bien, dicha norma, en el libro IV, contenía un epígrafe, que regulaba la competencia desleal de conformidad con la siguiente estructura:

En primer lugar, el artículo 284 de la Ley de Propiedad Intelectual contenía una cláusula general de competencia desleal, inspirada en el convenio en París, que establecía: «Art. 284. *Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica*

¹¹⁵Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, actual SENADI <https://www.propiedadintelectual.gob.ec/iepi-cumple-16-anos-al-servicio-de-la-propiedad-intelectual-en-el-ecuador/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹¹⁶ La Ley de Propiedad intelectual resulta inédita en la medida que unificó la regulación de derecho intelectuales e industriales, e incorporó distintas figuras jurídicas y las ya existentes las modernizó a estándares internaciones. Sin embargo, el Derecho propiedad intelectual e industrial ecuatoriano a la fecha se encontraba compuesto por disposiciones fragmentadas en leyes aisladas como son: a). Ley de Derechos de Autor, publicada en el Registro Oficial No. 149, de 14 de agosto de 1976; b) Reglamento a la Ley de Derechos de Autor, publicado en el Registro Oficial No. 495, de 30 de diciembre de 1977; c). Ley de Marcas de Fábrica, publicada en el Registro Oficial No. 194, de 18 de octubre de 1976; d) Ley de Patentes de Exclusiva Explotación de Inventos, publicada en el Registro Oficial No. 195, de 19 de octubre de 1976; entre otros acuerdos ministeriales o decretos ejecutivos en la materia.

¹¹⁷ Sin perjuicio de normas sectoriales que contuvieren disposiciones específicas tales como telecomunicaciones, explotación petrolera, etc.

¹¹⁸ JARA VÁSQUEZ M. E. *Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2003, pp. 93- 99.

¹¹⁹ Situación similar tuvo lugar en la doctrina española que criticó este problema cuando se introdujo la regulación de la competencia desleal, tema que es tratado en el segundo capítulo del presente trabajo.

¹²⁰ Lo indicado en relación con la real competencia del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, y posteriormente respecto del aparente cruce de competencias autoridades jurisdiccionales de lo civil y mercantil y de lo contencioso administrativo.

¹²¹ Situación parecida que también tuvo lugar en la legislación española en relación con la Ley de Marcas, tema el cual se refiriere el presente trabajo posteriormente.

contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas».

En relación con la expresión «*actividades económicas*», la norma contenía un criterio amplio de aplicación, que en principio inducía a la idea de que dicha regulación no estaba restringida únicamente a prácticas desleales relacionadas con la propiedad Intelectual, en particular establecía: «... *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.*» Sin embargo, como se verá más adelante, la cláusula genera jurisprudencialmente fue limitada únicamente a asuntos de propiedad intelectual.

En adición, el artículo 285 de la Ley establecía ciertas conductas consideradas como desleales, las cuales estaban relacionadas con actos de confusión, imitación, denigración.

Sin embargo, dichos artículos no desarrollaban a profundidad los diferentes tipos de conductas e incorporaban una regulación general. En lo principal, el artículo 285 de la Ley establecía:

«Art. 285. Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa; las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle... »

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 285 contenía una referencia al ámbito de aplicación de las conductas reguladas y las circunscribía al ámbito marcario,

aparición de productos, establecimientos, origen geográfico e incorporaba las conductas de publicidad comparativa no comprobable; y, el boicot:

«Art. 285. (...) Estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas; nombres comerciales; identificadores comerciales; apariciones de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot.»

Además, el artículo 286 regulaba la «*violación de información no divulgada*» entendiéndose como tal, aquella información que su elaboración suponga un esfuerzo considerable¹²².

Ahora bien, como resulta evidente, las disposiciones legales citadas corresponden a un modelo corporativo – profesional de regulación de la competencia desleal, porque la regulación tenía como objeto la protección del interés particular de los operadores económicos afectados¹²³, sin considerar en su objeto jurídico el interés

¹²² Ley de Propiedad Intelectual:

«Art. 286. Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado: a) El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a los efectos» de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;

b) La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,

c) La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal.»

¹²³ FONT GALÁN J. y MIRANDA SERRANO L., *Competencia Desleal y Antitrust Sistema de Ilícito*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2005, p.18. En relación al modelo profesional y al –empresario– como sujeto y objeto de protección en las normas de competencia desleal señalan:

«... donde solo ellos, conectados por una relación de competencia, eran los sujetos agentes combatientes y combatidos y también los sujetos pacientes protegidos; y donde únicamente ellos aparecían como las instancias jurídicamente legitimadas para la producción de las reglas o

de los consumidores o la protección mercado que solo quedaría protegido de forma indirecta

Al respecto, el modelo corporativo – profesional, en esencia busca cumplir la función de privatizar el Derecho de la competencia desleal buscando la protección individual de los intereses privados –competidores– en conflictos interempresariales¹²⁴.

Resulta oportuno anotar, que una situación similar tuvo lugar con la promulgación de la Ley de Marcas –Ley 32/1988– de España, norma en la que en su Título IX regulaba la competencia desleal, al incluir una cláusula general, así como un catálogo de conductas consideradas desleales¹²⁵.

Sin embargo, la regulación de la competencia desleal en la Ley 32/1988, al vincularse especialmente al Derecho marcario y ante la imposibilidad de extender su aplicación a otro tipo de casos por parte de tribunales de justicia¹²⁶, no otorgó un

criterios de enjuiciamiento de la lealtad o deslealtad de los comportamientos concurrenciales, al hacerse bascular tales enjuiciamientos en la conculcación de las reglas de conducta consideradas honestas o correctas según la ética o moral empresarial imperante en cada momento histórico (normas de corrección profesional o usos honestos en materia industrial y comercial).»

¹²⁴ Vid. AURELIO MENÉNDEZ : *«De este modo –como se ha señalado recientemente entre nosotros– la relación de competencia cumple con la función de privatizar y corporativizar el Derecho de la competencia desleal; así sucede, en efecto, porque al aplicarse solamente a los supuestos de deslealtad entre empresarios en situación competitiva, se limita la tutela a los intereses empresariales, renunciando –como ya se ha indicado– a dar protección directa a los intereses de otras categorías de sujetos participantes en el tráfico –a los consumidores– y al mismo orden institucional del mercado»*. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. p.81.

¹²⁵ Debido a su configuración normativa, la regulación de la competencia desleal en la derogada Ley de Propiedad Intelectual recuerda bastante a la también extinta Ley de Marcas de 1988 española, Vid. MASSAGUER FUENTES, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p. 49:

«Esta regulación constaba sólo de tres artículos: cláusula general de prohibición de la competencia desleal (art. 87 LM), relación de actos de competencia desleal (art. 88 LM) y remisión a lo dispuesto para las marcas en materia de acción de competencia desleal y cuestiones procesales (art. 89 LM); a estos preceptos se unían las normas, todavía vigentes, sobre protección de las marcas no inscritas (arts. 3.2, 3.3 y 14 LM), de las marcas renombradas [art. 13. c) LM] y del nombre comercial usado y no registrado (art. 77 LM). Sin embargo, éste fue, a mi entender, un intento abiertamente insuficiente; de hecho, las disposiciones de la Ley de Marcas en materia de competencia desleal llegaron a presentarse como «regulación de emergencia (que) deja en el aire una serie de aspectos indispensables para una aplicación mínimamente eficiente de la misma» (M. Botana, 13 ADI 1989-90, p. 37). El desarrollo de la economía española y su creciente internacionalización exigían, en fin, un sistema de represión de la competencia desleal más homologable con los de nuestros socios comunitarios y, sobre todo, más operativo.»

¹²⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA C., “Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XIV, 1991-92, «En efecto, una adecuada aplicación por los Tribunales de los artículos 87, 88 y 89 de la Ley de Marcas de 1988 hubiera permitido,

régimen de protección general contra la competencia desleal¹²⁷, lo que propició la expedición de la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991¹²⁸.

Ahora bien, en relación con la legislación ecuatoriana, el artículo 287 de la Ley de Propiedad Intelectual determinaba la legitimación activa necesaria para presentar acciones de competencia desleal, la cual además del titular del derecho de propiedad intelectual reconocía el derecho de toda persona natural o jurídica perjudicada –sin necesidad de que medie un derecho de propiedad intelectual–;¹²⁹ así como, de las

a mi juicio, afrontar y resolver los problemas que en la realidad del mercado plantean las prácticas competitivas desleales».

¹²⁷ Al respecto Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p. 48-51.

«9) Desde un punto de vista sistemático, la Ley de Marcas no aspiró a establecer una regulación general. La relación de actos de competencia desleal tipificados, en efecto, empezaba con un significativo caveat: «(s)in perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia» (art. 88 LM) supuestamente todavía por venir. Semejante carácter parcial, dadas las condiciones sociales y económicas de la realidad española de 1988, no podía ser considerado precisamente un mérito destacado. Y ello menos todavía, ahora desde una perspectiva estrictamente técnica, a la vista de la ausencia de todo elemento que precisara, ni tan siquiera indiciariamente, en qué consistía la especialidad de las normas relativas a la competencia desleal establecidas en la Ley de Marcas, máxime cuando la única pista sobre su ámbito objetivo de vigencia se hallaba en la mención desadjetivada de los actos de competencia contenida en la cláusula general así como, de otro lado, en la integración de las normas sobre represión de la competencia desleal precisamente en la Ley de Marcas. En este sentido, resulta altamente significativo que algún pronunciamiento judicial invocara, entre otros motivos, la falta de registro como marca de la denominación empleada para distinguir el producto en cuestión para desestimar una demanda de competencia desleal basada en la Ley de Marcas y dirigida contra la utilización de dicha denominación en una publicidad valorada como denigratoria por la demandante (Vid. SAP La Coruña 18-IV-1995 “Blanco Turbio”).»

¹²⁸ El párrafo primero del preámbulo de la Ley 3/1991 señala:

«La competencia desleal, aun constituyendo una pieza legislativa de importancia capital dentro del sistema del Derecho mercantil, ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador. **Esta circunstancia, parcialmente remediada por la reciente aprobación de las Leyes 32/1988, de 10 de noviembre de Marcas, y 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad, había propiciado la formación de una disciplina discontinua y fragmentaria que muy pronto habría de revelarse obsoleta y de quedar, en la realidad de los hechos, desprovista de fuerza.** En efecto, las normas que tradicionalmente han nutrido dicha disciplina se encontraban dispersas en leyes de distinta edad y procedencia; contemplaban únicamente aspectos parciales (y a menudo meramente marginales) de **esa vasta realidad que es la competencia desleal; respondían a modelos de regulación desfasados, que en la actualidad -según ha mostrado nuestra más reciente y atenta doctrina- carecen de parangón en el Derecho comparado e incluso de anclaje en la evolución general del propio; y, en fin, eran normas que ni siquiera dentro de sus limitaciones podían considerarse eficaces, debido a la escasa calidad y flexibilidad de su aparato sancionador.** El régimen de la competencia desleal se había convertido así en un escenario normativo languideciente, al amparo del cual pudieron proliferar prácticas concurrenciales incorrectas que en no pocas ocasiones han ocasionado un grave deterioro de nuestro tráfico mercantil.» (Énfasis añadido)

¹²⁹ Ley de Propiedad Intelectual: «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

asociaciones gremiales o de profesionales que tengan legítimo interés para proteger a sus miembros contra los actos de competencia desleal¹³⁰.

Por la propia configuración normativa contenida en el capítulo 4 de la Ley de Propiedad Intelectual, no es de extrañar que en su momento se hubieran generado fuertes dudas sobre su real ámbito de aplicación, dado que artículos como el 285 y 286 contenían conductas anticompetitivas estrechamente relacionadas con propiedad intelectual¹³¹.

Por el contrario, el artículo 284, al contener una cláusula general, que consideraba como desleal todo acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, ampliaba potencialmente la gama de posibles conductas que podían considerarse como actos de competencia desleal y que no necesariamente estarían relacionados con la propiedad intelectual; como por ejemplo: actos de engaño, actos de desorganización del competidor, o inducción a la violación contractual, entre otros.

Este criterio se vería reforzado en consideración de que el artículo 287 permitía que la legitimación activa la tuvieran todas las personas naturales o jurídicas afectadas con el acto anticompetitivo incluyendo asociaciones gremiales o de profesionales, que por lo general no necesariamente serían titulares de propiedad intelectual.

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».

¹³⁰ A diferencia de la Ley Marcas de 1988 de España que reconocía la legitimación activa únicamente del titular de la marca registrada: «Artículo 35. El titular de una marca registrada podrá ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.» y el artículo 36 establecía:

«Artículo 36. En especial, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá pedir en la vía civil: a) La cesación de los actos que violen su derecho. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca. d) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo disponga expresamente.»

¹³¹ Aunque, resulta evidente que en la práctica puedan existir conductas contenidas en dichas disposiciones, que no se refieran necesariamente a una marca o signo distintivo, como son los actos de denigración los cuales pueden estar dirigidos directamente hacia el operador económico y no su marca.

Además, esta falta de claridad respecto de la delimitación del bien jurídico protegido generaba un problema adicional respecto de la determinación de la competencia tanto administrativa como de las autoridades jurisdiccionales.

Esto debido a que la Disposición Transitoria Décima de la Ley de Propiedad Intelectual ordenaba la creación de jueces y tribunales de propiedad intelectual – disposición que nunca fue cumplida– así como, que de manera temporal la competencia recaería en los jueces de Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y, por otra parte, para diligencias cautelares fijaba la competencia de los jueces de lo Civil.

En particular dicha disposición establecía:

«DECIMA. La Corte Suprema de Justicia, conforme con el numeral 17 del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, organizará los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, los que asumirán toda competencia en materia judicial conferida en la presente Ley. Hasta que sean creados los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán sobre las causas relacionadas a esta materia de conformidad a las disposiciones y competencias atribuidas por la presente Ley, a excepción de las diligencias cautelares, que serán conocidas por los jueces de lo civil.»

Esta yuxtaposición de competencias afectó gravemente la aplicabilidad de la norma, al generar vacíos y dudas respecto de cual debía ser realmente la autoridad judicial competente para resolver asuntos de propiedad intelectual –y por añadidura de competencia desleal–, así como respecto del real ámbito de aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual.

En este contexto debemos recordar que la Ley de Propiedad Intelectual era la primera Ley en materia de regulación de derechos intelectuales e industriales por lo que su aplicación era novísima, tanto para las autoridades jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, como para jueces de lo civil. Por lo que, como consecuencia de la oscuridad normativa y esta superposición de competencias de los órganos

jurisdiccionales, se generaron varias dificultades a la hora de aplicar la Ley¹³²: por un lado, existía la inquietud de si la Ley de Propiedad Intelectual era aplicable a todos los posibles actos de competencia desleal, incluyendo aquellos no relacionados con la propiedad, y por otro, si los tribunales de lo contencioso administrativo eran los jueces competentes para conocer todas las infracciones de competencia desleal o estaban restringidos únicamente a posibles casos relacionados con propiedad intelectual.

Finalmente, la entonces Corte Suprema de Justicia –hoy Corte Nacional de Justicia– delimitó, mediante pronunciamientos judiciales, la naturaleza jurídica de la regulación y la división de competencias de los órganos de administración de justicia.

Así, en la resolución No. 223-007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió:

«... los tribunales distritales son únicamente competentes para conocer sobre las materias previstas en la Ley de Propiedad Intelectual dentro de los límites previstos en dicho cuerpo legal. De conformidad con el artículo 1 de la ley de la materia, la propiedad intelectual (regulada por dicho cuerpo normativo) comprenden exclusivamente los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales. De tal forma que cuando la referida ley de Propiedad Intelectual, a partir del artículo 284, regula la competencia desleal, lo hace exclusivamente respecto de aquellas

¹³² Dudas que generaron varias posiciones contrarias, por una parte, algunos académicos consideraron que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo eran competentes para conocer todo tipo de actos de competencia desleal: «41. De los fallos mencionados se desprende que el TJCAN considera que las acciones de competencia desleal sólo pueden ser conocidas por los jueces y tribunales competentes de cada país, que, en el caso del Ecuador, como se ha expresado, son, transitoriamente, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, salvo en cuanto a las acciones preventivas, que son conocidas por los jueces de lo civil” o “El conocimiento de las acciones civiles relativas a hechos y actos de competencia desleal corresponde a los jueces de propiedad intelectual. Hasta que se los cree, la competencia sobre ellas corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que, según la nueva Constitución dictada por la Asamblea Constituyente, deben desaparecer, luego de un proceso de desacertada, antitécnica y arbitraria forma de reestructuración del poder judicial.» PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS C., “La Competencia Desleal en Ecuador...”, op. cit., pp. 66 y 71.

Por otra parte, otros estudiosos del tema expresaban las dudas que motivaban la necesidad de una reforma de la Ley: “En conclusión, la ausencia de una autoridad administrativa que conozca de actos de competencia desleal no vinculados con propiedad intelectual, y la obscuridad en cuanto a la competencia para establecer acciones judiciales en estos casos, constituyen aspectos críticos de la normativa contra competencia desleal con la que cuenta actualmente el Ecuador, que deben ser superados.” JARA VÁSQUEZ M. E., “Protección jurídica contra...”, op. cit., p. 93.

prácticas reprochables que afecten de algún modo los derechos de propiedad intelectual, por lo que cuando el asunto controvertido tiene relación tiene relación con prácticas desleales no vinculadas con los derechos de propiedad intelectual, los jueces competentes no son los tribunales de lo Contencioso Administrativo sino los jueces ordinarios¹³³. (Énfasis añadido)»

Conforme lo resuelto por el máximo órgano de justicia ordinaria, la competencia para conocer los actos de competencia desleal por parte de los tribunales de lo contencioso administrativo –y por ende de la autoridad administrativa– fue restringida a los actos de competencia desleal vinculados con la propiedad intelectual; por el contrario, los actos de competencia desleal que no tengan relación con propiedad intelectual resultarían de competencia de los jueces de lo civil y mercantil¹³⁴.

Finalmente, por las consideraciones anotadas, la Ley de Propiedad Intelectual, más allá de las dificultades propias de su aplicación, constituyó un avance en la regulación de ciertas prácticas de competencia desleal vinculadas a la propiedad intelectual e industrial, sin embargo, como ya fue indicado, las disposiciones contenidas en dicha norma no proporcionaban una cláusula general de competencia desleal que, en atención a los sistemas modernos de protección, se ajuste a la regulación de la materia.

A continuación, nos referiremos brevemente respecto de algunas sentencias en las que la Corte Nacional de Justicia resolvió asuntos de competencia desleal en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual.

E. (sigue) Resoluciones en aplicación de las normas de Propiedad Intelectual a supuestos de competencia

La primera sentencia que revisaremos es la dictada el 17 mayo 2010, dentro del expediente No. 0230-2008, en el que, dentro del caso de origen, APLITEC S.A,

¹³³ Corte Suprema de Justicia, R.O. 345, 25-V-2008.

¹³⁴ En tanto que los jueces de lo civil son competentes para conocer las controversias tanto civiles como mercantiles.

demandaba a la COMPAÑIA VALLEJO ARAUJO¹³⁵ por competencia desleal al haber inducido a «*incumplir su obligación contractual de guardar los secretos industriales y comerciales de la actora, para beneficiarse de los dibujos y modelos industriales de las bombas axiales que la misma comercializa con la marca Aplitec, así como de la lista de sus clientes*».

Al respecto cabe indicar que la parte actora no habría patentado sus invenciones, puesto que al momento de su creación –en el año 1996– no había sido expedida aún la Ley de Propiedad Intelectual, sin embargo, la parte accionante detectó que la parte demandada se habría aprovechado sus modelos industriales incurriendo en competencia desleal en el mercado en el que participaba.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia en su análisis consideró que conforme la regulación vigente a la fecha que para gozar del derecho a la explotación privativa de un invento era menester obtener una concesión de patente de exclusiva que otorgue al autor los derechos de propiedad y exclusividad; por lo que para que tenga lugar un acto de competencia desleal «*en materia de inventivas, debe existir en uno de los competidores un invento registrado que le confiera derechos de propiedad y exclusividad, y que, el otro competidor, con título o sin él, lo irrespete o ejecute con prácticas contrarias a los usos o costumbres honestas en el desarrollo de actividades económicas*».

Sin embargo, en la sentencia se omite analizar parte de la fundamentación utilizada por el recurrente en su escrito, esto es la revelación y aprovechamiento de sus diseños industriales y su base de clientes, lo que podría ser considerado como un posible acto de competencia desleal por violación de secretos. No obstante, la Corte al conocer el caso en el marco de un recurso extraordinario de protección, se abstuvo de resolver los demás cargos –causales– al considerar mal formulado el recurso de casación por la parte recurrente¹³⁶.

¹³⁵ El acceso de La sentencia se encuentra disponible en: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#/search/jurisdiction:EC+content_type:2/competencia+desleal/WW/v_id/412508426 (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹³⁶ Sentencia que revisaremos es la dictada el 17 mayo 2010, dentro del expediente No. 0230-2008:

«Al Tribunal de Casación le está vedado entrar a conocer de oficio acerca de los vicios que pueda contener la resolución recurrida o rebasar el ámbito señalado por la fundamentación, causales y

Otro caso que merece nuestra atención es la sentencia, de 13 de abril de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, por acto de competencia desleal por EDITORES NACIONALES S.A. y Roberto Pombar.

En el caso concreto, la parte accionante señaló que contrató a EDITORES NACIONALES S.A. y Roberto Pombar para que tomen fotografías para la publicación en una revista perteneciente a la empresa XOCCO, sin embargo, algunas de las fotografías tomadas fueron vendidas otra revista diferente, por lo que la parte actora consideró que existían actos de competencia desleal por confusión.

En lo principal la corte desechó la existencia de la conducta desleal demandada ya que, a su criterio, conforme el artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, el fotógrafo mantenía el derecho de explotación de su obra y que en lo principal no tiene lugar la conducta denunciada por confusión debido a que, el uso de fotografías de una misma modelo en distintas revistas no podía generar real confusión en los consumidores con relación del producto, establecimiento o de la actividad comercial o industrial .

Al respecto la Corte consideró:

«En el presente caso, no puede decirse que exista una aplicación indebida del Art. 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuyo segundo inciso se prescribe que: “en las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho a explotarlas...”; y es así, que la actora M.F.C., encargó la toma de las fotografías de la modelo Victoria García de V., al señor R.P., con lo cual este conservaba su derecho a explotar su obra; es decir, las fotografías.- Tampoco puede encontrarse que exista una indebida aplicación del Art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que el autor de las fotografías R.C., gozaba del derecho

circunstancias expresadas por el recurrente, aunque advierta que en la decisión materia de recurso existen otras infracciones a las normas de Derecho Positivo; pues el escrito de interposición es el que fija los límites dentro de los cuales el órgano de casación ejerce su facultad jurisdiccional, porque su actividad, en virtud del principio dispositivo, se mueve por el impulso de la voluntad del recurrente y es él quien, con los motivos que el recurso cristaliza, condiciona la competencia de la Sala que debe decidir sobre la impugnación, a la cual no le está dado interpretar, 6 completar o corregir el recurso y menos presumir la intención de quien impugna un fallo en casación» (Registro Oficial número 490 de 9 de enero de 2002).

exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y obtener beneficios de ella, lo cual no ocasionaba ningún perjuicio a la empresa XOCCO.- Así mismo, no se encuentran elementos para configurar actos de competencia desleal, respecto de la empresa demandada (Editores Nacionales Sociedad Anónima) o del señor R.P.; ya que de conformidad con el Art. 285 de la Ley de Propiedad Intelectual, un acto de competencia desleal, es el capaz de crear confusión, respecto del producto, del establecimiento o de la actividad comercial o industrial, en el consumidor; situación fáctica que en el presente caso no se produce, ya que el hecho de haberse publicado una fotografía de la modelo Victoria García de V., en la portada de la Revista Hogar del mes de julio de 2004, no causaba ninguna confusión en el consumidor, respecto de los productos de la empresa XOCCO.»

Razón por la que desechó el recurso de casación interpuesto.

Finalmente otro caso interesante, es la sentencia, de 01 de noviembre de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 434-2010, en el que la compañía J&P S.A. interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 1 de abril de 2010, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, en la que se desechó la demanda interpuesta contra NESTLE ECUADOR S.A. por supuestos actos desleales por boicot.

En lo principal, conforme se desprende de la sentencia, NESTLE ECUADOR S.A. y la compañía J&P S.A. mantenían una relación comercial de distribución de productos, sin embargo, J&P S.A. mediante su representante legal, consideró que la empresa Nestlé Ecuador S.A. habría terminado unilateralmente su relación comercial y lo «despojó» de su única vía de distribución con la finalidad de ofrecer y suministrar sus productos directamente a los clientes de J&P S.A. con precios inferiores y a mejores condiciones, con los cuales J&P S.A. no habría podido competir, lo que provocó su exclusión en el mercado.

El Tribunal de primera instancia, considero que dicho caso no podía consistir en un acto de competencia desleal, porque a su criterio NESTLE ECUADOR S.A. y la compañía J&P S.A. eran socios comerciales que participaban en diferentes eslabones

de la cadena de producción, por lo que, al no ser competidores directos no podía tener lugar la conducta desleal demandada¹³⁷.

En el recurso de casación señalado, la Corte Nacional desechó dicha interpretación y consideró que eventualmente el caso descrito podría constituir un acto de competencia desleal por aplicación de la cláusula general, siempre que se cumplan con las condiciones necesarias para determinar la deslealtad de la conducta¹³⁸.

En este sentido, la Corte al estudiar el acto de competencia desleal enjuiciado consideró como aspecto fundamental para determinar si la falta de suministro de productos y la apropiación de las líneas de comercialización por parte del demandado respondía a un interés de actuar deslealmente en el mercado, o por el contrario buscaba suplir una «ineficiencia o incumplimiento contractual».

En particular la judicatura señaló:

«Sin embargo, se debe señalar que existen autores que consideran que podría ser posible el boicot en forma individual, este caso se reflejaría en la denominada negativa a negociar" o negativa a establecer relaciones comerciales, esto es, negarse a proveer productos o hacerlo en tales condiciones que resulten inalcanzables, esta especie de boicot para ser considerado tal, requiere las

¹³⁷Sentencia, de 01 de noviembre de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 434-2010:

«PRIMERO: El Arq. Javier Jaramillo Castillo, por los derechos que representa de la compañía J&P S.A. interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 1 de Abril de 2010, 11h52 por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil, que dice: "aceptando la excepción deducida por la parte demandada identificada con el número I en la audiencia de Conciliación de incompetencia del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, por no tratarse este juicio de un caso de competencia desleal que pueda juzgarse al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual, por la razón de que judicialmente no es posible que la actora pueda ser competidora de la demandada, en virtud del contrato que las vincula como proveedor y distribuidor respectivamente, declara sin lugar la demanda entablada por el Arq. Javier Jaramillo Castillo por los derechos que representa de la compañía J&P S.A. en contra de la compañía NESTLE ECUADOR S.A.»

¹³⁸ Ibidem:

«5.1.- Los actos que pueden constituir competencia desleal no pueden ser tipificados de forma cerrada, se requiere de una "cláusula general" que permita incorporar las nuevas y diversas conductas que van apareciendo con el tiempo y con el desarrollo del mercado. Por tanto, en la apariencia y bajo la acusación realizada, esto es, que el proveedor ha provocado boicot y que ha ofertado y suministrado a precios más bajos, y plazos mayores, a sus clientes, sin duda, de haberse producido, aquello constituirían actos que se configuran como competencia desleal, mas es necesario ver si efectivamente en este caso se configura de esa manera.»

mismas condiciones, pero adicionalmente, "cabe destacar que no constituiría boicot las conductas comerciales generalizadas, fruto de la ineficiencia o incumplimiento por parte del supuesto agredido. **Aquel operador al que se le niegan relaciones comerciales por motivos imputables a su ineficiencia, incumplimiento o falta de competitividad en sus condiciones no podrá alegar la constitución de un boicot en su contra, ya que no puede obligarse a los operadores de mercado a contratar en condiciones desfavorables para su propio negocio,** " (García Menéndez, Op Cit, pág. 161). **En el presente caso la falta de despacho de mercadería se debió al incumplimiento de J&P S.A. del pago de las facturas al proveedor; lo que conforme las normas generales y las del contrato, al no existir dicho pago, el proveedor no estaba obligado a seguir enviando la mercadería,** por tanto, el hecho que se denuncia no consta que ha sido predispuesta alguna afectación al distribuidor para provocar su salida del mercado, sino que la falta de despacho de Nestlé a J&P ha sido la respuesta al incumplimiento contractual de esta última, lo que devendría en una conducta justificada de la falta de despacho de mercadería, por tanto, no de competencia desleal, lo que se desprende del juicio verbal sumario 209-06, tramitado en el Juzgado 29 de lo Civil de Guayaquil, propuesto por Nestlé Ecuador S.A. en contra del J&P S.A. para el cobro de las facturas impagas (...))»

Por lo que, considero que no podía tener lugar la conducta de competencia desleal denunciada si la terminación de la relación comercial devino del incumplimiento en el pago oportuno de las contraprestaciones económicas del contrato de distribución¹³⁹.

«En ese sentido, se entiende, que después que J&P incurrió en sucesivas moras de pago, Nestlé entra a ofertar y suministrar sus propios productos, a los clientes que antes eran suministrados por el distribuidor, para salvaguardar la participación de sus productos y de sus marcas en el mercado.- 6.2.- Por todo lo expuesto, la resolución que toma el Tribunal Distrital al considerar que no se trata de un tema de competencia desleal no constituye

¹³⁹ Como punto a destacar en dicha resolución es que resulta evidente que la conducta de competencia denunciada no guardaba relación con derechos de propiedad intelectual o industrial, no obstante, la Corte no se abstuvo de resolver el caso se pronunció respecto de la existencia o no de la conducta desleal.

una errónea interpretación de la Ley de Propiedad Intelectual (Sic), por lo que es improcedente la causal invocada por el recurrente, razón por la que se la rechaza.» (Énfasis añadido)

Ahora bien, la Ley de Propiedad Intelectual fue derogada por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI), también conocido como Código de Ingenios, expedido el 9 de diciembre de 2016, y publicado en el Registro Oficial No. 899.

En particular resulta importante destacar que dicho cuerpo legal no incorpora un acápite de regulación de la competencia desleal vinculado a la propiedad intelectual, por el contrario, dicha norma incorpora únicamente disposiciones aisladas respecto al tema.

Así, a modo de ejemplo el artículo 85 de la norma determina el ámbito de protección de derechos intelectuales y consagra que su adquisición y ejercicio, aseguran el efectivo goce de los derechos fundamentales y contribuyen a una adecuada difusión de los conocimientos en beneficio de los titulares y la sociedad; finalmente dicha disposición concluye que *«a las otras modalidades existentes, este Código les garantiza protección contra la competencia desleal»*.

El artículo 569 de la indicada norma establece la facultad que tiene el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI)¹⁴⁰ para sancionar los actos de competencia desleal¹⁴¹. Ahora bien, la facultad que tiene el (SENADI) –como autoridad de propiedad intelectual del Ecuador–, para conocer asuntos de propiedad intelectual e industrial –así como de competencia desleal en relación con derechos industriales– se fundamenta en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, la cual constituye un régimen común de propiedad intelectual de los países integrantes de la CAN.

¹⁴⁰ El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) fue sustituido por Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), mediante la promulgación de Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI).

¹⁴¹ El artículo 569 establece: *«...La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales aplicará las sanciones establecidas en este Título cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal.»*

En particular, los artículos contenidos en el capítulo XVI de la Decisión 486 establecen la facultad que tiene las autoridades de propiedad industrial para conocer y sancionar actos de competencia desleal¹⁴² vinculados con la propiedad intelectual¹⁴³.

En tal sentido, como se verá oportunamente, la competencia para el control y sanción de las prácticas desleales en Ecuador, en ámbito administrativo, se encuentra compartida entre el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado¹⁴⁴, en el ámbito de aplicación tanto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos¹⁴⁵, Creatividad E Innovación y la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, respectivamente

Al respecto, es importantes destacar que el sistema de observancia y control de la propiedad intelectual tiene como base fundamental la actuación de la autoridad administrativa, encargada de resolver asuntos vinculados con la propiedad intelectual y entre ellos de la competencia desleal.

En este sentido, resultan evidentes las ventajas que genera que el ente control en la materia sea una autoridad administrativa, puesto que evita y desconcentra otras funciones del Estado como el conocer divergencias y conflictos en materia de propiedad intelectual¹⁴⁶.

Sin embargo, en la actualidad, en ámbito internacional se puede observar cómo –producto de reformas normativas– se otorgan cada vez más competencias propias de la función jurisdiccional a autoridades administrativas en el ámbito mercantil.

¹⁴² Al respecto, la Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercad indica: *«En consecuencia, el SENADI es el organismo competente para proteger y defender los derechos intelectuales; organizar y administrar la información sobre los registros de todo tipo de derechos de propiedad intelectual y por ende conocer el posible cometimiento de prácticas de competencia desleal relacionadas con propiedad intelectual, tales como son: la imitación marcaría, actos de confusión, violación de secretos, entre otros»*. <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>, (consultada por última vez el 28 de julio de 2021).

¹⁴³ El análisis correspondiente de dicha norma se encuentra en el tercer capítulo de la presente investigación.

¹⁴⁴ El análisis de las competencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se encuentra en el segundo capítulo del presente trabajo.

¹⁴⁵ Así como la aplicación de la Decisión Comunitaria 486.

¹⁴⁶ Lo indicado sin desconocer la facultad que tienen los administrados para interponer acciones contenciosas administrativas de las resoluciones que emita la autoridad administrativa.

A modo de ejemplo, en España encontramos el caso de la reforma a la Ley de Marcas, Ley 17/2021, la cual mediante el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de «*transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados*», se introdujo la “*desjudicialización*” de los procedimientos de nulidad y caducidad marcaria para que sean parte de las competencias de la Oficina Española de Patentes y Marcas¹⁴⁷, las cuales hasta dicha reforma eran de competencia privativa¹⁴⁸ de las autoridades judiciales¹⁴⁹.

En este sentido, es comprensible, que, mediante la reforma a la Ley, se busque que la autoridad administrativa en aplicación de los principios de especialidad y celeridad pueda atender las acciones de nulidad y caducidad marcaria, lo que deviene en una desconcentración de la función judicial.

Sin embargo, esta situación también genera una fuerte responsabilidad a la Oficina Española de Patentes y Marcas que deberá tener los medios económicos y humanos para desempeñar las atribuciones encomendadas de manera adecuada.

Un caso similar, lo encontramos en Colombia, al considerar que a nivel constitucional está permitida la delegación de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas¹⁵⁰. Este es el caso de la Superintendencia de Industria y

¹⁴⁷ Reforma que, en lo pertinente, entrará en vigor a partir del 14 de enero de 2023.

¹⁴⁸ Lo indicado, sin olvidar que las autoridades judiciales también podrán conocer acciones de nulidad y caducidad mediante demanda reconvenional en una acción por violación de marca

¹⁴⁹ Reforma que, en lo pertinente, entrará en vigor a partir del 14 de enero de 2023.

¹⁵⁰ Situación que ha recibido varias críticas, a modo de ejemplo Vid. SANÍN GÓMEZ, J., “¿La delegación permanente de funciones jurisdiccionales a las superintendencias colombianas vulnera los derechos humanos?” en *Analecta Política*, 10(18), 2020, p. 198:

«La estructura actual de las diferentes superintendencias que realizan la inspección, la vigilancia y el control de sus supervisados y, al mismo tiempo, ejercen funciones jurisdiccionales carecen de un mecanismo jurídico apropiado para que los funcionarios que imparten justicia mantengan su imparcialidad. Este mecanismo implicaría, necesariamente, que no existiera subordinación respecto del superintendente y que dichos funcionarios no fueran enterados de las medidas administrativas que puedan estar tomando la misma entidad en contra de los sujetos procesales bajo su jurisdicción.

El proceso de delegación de facultades judiciales a entidades administrativas, lejos de contribuir a la separación de poderes mediante la colaboración armónica de estos, ha llevado a la concentración del poder judicial en manos del Ejecutivo. Esto, además de romper la estructura del Estado constitucional moderno, resulta violatorio de los derechos humanos de quienes acceden a la justicia, por no garantizarse la existencia de un juez independiente e imparcial.»

Comercio que tiene facultades jurisdiccionales en materia de Derecho del consumidor y de competencia desleal (además de facultades administrativas, propias de la entidad), creándose con ello una especie de justicia administrativa jurisdiccional y judicializándose la Administración¹⁵¹.

Finalmente, y conforme atañe al análisis realizado respecto de la regulación de los actos de competencia desleal en las normas de propiedad intelectual en Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad E Innovación, –así como, la derogada Ley de Propiedad Intelectual– carece de regulación respecto de una cláusula general de competencia desleal en consideración que su regulación y figuras jurídicas se encuentran limitadas únicamente a asuntos relacionados con propiedad intelectual, lo que excluye automáticamente de su conocimiento cualquiera otra actuación desleal¹⁵².

4. Interrelación de la competencia desleal con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

Las normas que integran el Derecho de consumo tienen un objeto jurídico distinto a la regulación de la competencia desleal. Sin embargo, ambas áreas del derecho mantienen puntos de interconexión evidentes¹⁵³. Razón que justifica la revisión de las normas de protección de consumidores en la legislación ecuatoriana¹⁵⁴.

¹⁵¹ RAMÍREZ TORRADO, M, y HERNÁNDEZ MEZA, N., “Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia”, en la *Revista Derecho del Estado* N°41, 2018, p. 338.

¹⁵² Lo indicado se contextualiza con el análisis realizado de la normativa comunitaria andina, en epígrafes siguientes.

¹⁵³ En razón que, las normas de competencia desleal, desde su modelo social, busca una protección más amplia que satisfacer el interés particular de los competidores en el mercado, otorgando especial importancia a la protección del interés general del consumidor.

¹⁵⁴ Al respecto, el profesor MASSAGUER; señala: «*La normativa para la defensa de los consumidores y usuarios constituye la respuesta institucional a los problemas socio-jurídicos nacidos del tráfico de bienes y servicios entre empresarios y consumidores a causa de la efectiva desigualdad en que unos y otros se encuentran, particularmente acusada en el seno de un Derecho privado de espíritu liberal fundado en el dogma de la autonomía de la voluntad e igualdad de los contratantes*». MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Revista general de derecho*, N° 544-545, 1990, p. 255.

En este sentido, desde una perspectiva constitucional, la primera Constitución ecuatoriana en incorporar una disposición de protección específica a consumidores y usuarios fue la Constitución de 1998, la cual en el artículo 23.7 establecía: «Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 7. El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.»

En la misma línea, la actual Constitución de la República contiene, en su sección novena, regulación específica para la protección de consumidores y usuarios, así, el artículo 52 consagra el derecho que tienen las personas para disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como el derecho a ser reparados en caso de deficiencias, daños o baja calidad en los productos que adquiere y establece mecanismos de defensa de sus derechos. En particular dicho artículo establece:

«Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.»

El artículo 53 de la Constitución establece la obligación que tienen las empresas y entidades públicas que presten servicios públicos para incorporar sistemas de medición de calidad y reconoce la responsabilidad del Estado ecuatoriano para responder civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas debido al descuido o negligencia en la atención de servicios públicos.

El artículo 54 de la Constitución reviste especial importancia dado que determina la responsabilidad civil y penal de los operadores económicos que produzcan o comercialicen bienes de consumo, en los casos que exista una prestación deficiente,

calidad defectuosa, sus condiciones que no estén de acuerdo con su publicidad o descripción que incorpore¹⁵⁵.

Dicha disposición constitucional no solo reconoce la responsabilidad civil de reparación de daños a consumidores, sino que además incluye la responsabilidad penal¹⁵⁶ de los operadores económicos en ciertos casos específicos, como el de la publicidad que induzca a engaño a consumidores o usuarios.

Finalmente, el artículo 55 de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de consumidores y usuarios para constituir asociaciones de consumidores a fin de promover información, educación sobre derecho del consumidor y principalmente, representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas acciones en ámbito de consumo.

Ahora bien, desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana de protección de los derechos de los consumidores encontramos como un primer antecedente la Ley de Defensa del Consumidor, publicada en el Registro Oficial No. 520 de septiembre 12 de 1990¹⁵⁷.

Sin embargo, hoy, la regulación en la materia encuentra su eje rector en la actual Ley Orgánica de Defensa de los Consumidores, publicada en el Suplemento del

¹⁵⁵ Específicamente dicho artículo establece: «Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.»

¹⁵⁶ Disposición constitucional que se encuentra trasladada al derecho infra constitucional ecuatoriano, en especial en el artículo 235 del Código Orgánico Integral Penal, que incorpora penas privativas de la libertad tanto para personas físicas como para personas jurídicas, en particular dicha ordena:

«Art. 235.- Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos.- La persona que provoque error al comprador o al usuario acerca de la identidad o calidad de la cosa o servicio vendido, entregando fraudulentamente un distinto objeto o servicio ofertado en la publicidad, información o contrato o acerca de la naturaleza u origen de la cosa o servicio vendido, entregando una semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de diez a quince salarios básicos unificados del trabajador en general.»

¹⁵⁷ Sin perjuicio de regulación sectorial existente a dicha fecha, como en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico o en el Código de Salud, posteriormente derogado por la Ley Orgánica de Salud, normas que contenían disposiciones de protección a consumidores en el ámbito de su materia.

Registro Oficial número 116 de 10 julio del año 2000, norma que ha sufrido varias reformas con el paso del tiempo.

Al momento de su expedición, la Ley Orgánica de Defensa de los Consumidores constituyó un avance para la protección de derechos de usuarios y consumidores en general.

En dicha norma se incluyó un régimen de protección amplio de los consumidores en el que se puede destacar:

- a) La inclusión de un epígrafe de definiciones, como es el concepto de consumidor, anunciante, especulación, publicidad engañosa, etc.
- b) Capítulo II, respecto de los derechos y obligaciones de todos los consumidores, entre los que se destacan la protección a la salud, vida, derecho a recibir bienes de óptima calidad, derecho a recibir información veraz, clara oportuna y completa sobre bienes y servicios, entre otros.
- c) Capítulo III, el cual incluye un marco de regulación de la publicidad, en particular en dicho capítulo consta la prohibición de publicidad engañosa y contiene un catálogo de infracciones publicitarias.
- d) Capítulo IV que regula la información básica comercial que debe tener todo producto o servicio.
- e) Capítulo V que establece el marco de responsabilidades y obligaciones a proveedores de bienes y servicios.
- f) Capítulo VII, de protección contractual, en el cual la Ley regula los contratos de adhesión y establece la prohibición de cláusulas abusivas como son la inversión de la carga de la prueba, la prohibición de renuncia a derechos procesales, la imposición de arbitraje o mediación y en general toda cláusula que exima o atenúe la responsabilidad de oferentes de bienes y servicios.

Si bien, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor trajo consigo una positiva regulación desde el punto conceptual de protección al consumidor¹⁵⁸ en la norma se incluyeron varias disposiciones procedimentales que dificultaron su correcta

¹⁵⁸ CHAMORRO, C., y TROYA, M., Protección Constitucional de los consumidores en Ecuador, en *Ámbito Jurídico*, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/proteccion-constitucional-de-los-consumidores-en-ecuador/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

aplicación. Por una parte, generó dudas respecto del alcance de órganos «*administrativos*» para conocer temas de protección al consumidor y por otra una evidente dificultad a la hora de determinar la autoridad jurisdiccional competente, así como el procedimiento a ser utilizado.

A continuación, se detalla brevemente la regulación y se explican los principales aspectos negativos.

Desde una perspectiva extrajudicial, la norma estableció la competencia de la Defensoría del Pueblo –en calidad de juez de paz– para conocer y pronunciarse sobre reclamos y quejas que presenten consumidores y usuarios en protección de sus legítimos derechos¹⁵⁹.

En este sentido, dicha competencia se encuentra limitada a la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, en los casos en que la infracción no se refiera a una infracción penal, por lo que el papel que ocupa la Defensoría del Pueblo se encuentra limitada a la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio y en ningún caso puede declarar responsabilidad o sancionar una infracción a la Ley.

Sin perjuicio de lo indicado, la Defensoría del Pueblo una vez conocido un proceso de mediación en ámbito de consumo, de conformidad con el artículo 83¹⁶⁰, procedía a elaborar un informe del caso objeto de su conocimiento y remitirlo a las autoridades competentes para el inicio de un proceso investigativo; incluso la norma contemplaba que el Defensor del Pueblo tenía la facultad de acudir de oficio ante el Juez de Contravenciones de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio de un proceso judicial de consumo.

Como se puede evidenciar, la primera dificultad inherente a la configuración normativa descrita consiste en la imposibilidad del defensor del pueblo para resolver

¹⁵⁹ Artículo 81 de la ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sin perjuicio de lo indicado, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones tiene la competencia para conocer y resolver asuntos relacionados a servicio relacionados con telecomunicaciones; artículos 22, 23, 116, 117, 118 y 125 de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en Registro Oficial No. 439 de miércoles 18 de febrero de 2015.

¹⁶⁰ Actualmente derogado.

directamente casos derivados de infracciones a los derechos de los consumidores; por lo que en aquellos casos en los que no exista una voluntad del empresario en solucionar el conflicto deriva la causa necesariamente para conocimiento de la autoridad jurisdiccional.

En este sentido, la falta de competencia del Defensor del Pueblo para conocer casos de consumo constituye una verdadera limitación para que consumidores afectados cuenten con un mecanismo de protección directa, especializada y sobre todo que responda a principios de celeridad procesal.

Una segunda dificultad evidenciada en el marco del Derecho ecuatoriano deviene de la reforma normativa que tuvo lugar por la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo expedida el 11 de abril de 2019 y publicada en el primer suplemento del Registro oficial No. 481, el 6 de mayo de 2019.

En dicha reforma, el legislador derogó –entre otros– el artículo 83 de la Ley que facultaba la remisión de informes de la Defensoría del Pueblo a autoridades «*administrativas o jurisdiccionales*» respecto de los casos objeto de su conocimiento, así como, y más grave aún, eliminó la facultad del Defensor del Pueblo para actuar en calidad de legitimado activo ante órganos jurisdiccionales en procesos en los que se plantee la violación de derechos de los consumidores o usuarios.

Esta situación generó una desarticulación entre la Defensoría del Pueblo y el poder jurisdiccional, que tiene como principal perjudicado a los consumidores, sobre todo de aquellos que, por falta de recursos, tiempo o por ser grupo de atención vulnerable¹⁶¹ se ven limitado o impedidos de acceder a los órganos judiciales.

En este sentido, con la reforma de la Ley, la real protección de los derechos de los consumidores y usuarios se vio entredicha, puesto que, en los casos de cuantía ínfima, los costos inherentes a todo proceso judicial –honorarios legales, obtención de

¹⁶¹ De conformidad con el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, tales como sufrir una incapacidad, enfermedad catastrófica, tercera edad, entre otros.

pruebas periciales, entre otros– se configuran como una barrera para el pleno ejercicio de los derechos¹⁶².

Aunque, resulta evidente que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, no regula por sí misma la competencia desleal existen ciertos puntos de conexión entre las normas de defensa del consumidor y la LORCPM, sobre todo en lo que se refiere a la protección de posibles conductas de engaño o prácticas agresivas contra consumidores.

Sin embargo, la protección que otorga cada una de las normas se restringe a su respectivo ámbito de aplicación¹⁶³.

Al respecto, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el capítulo tercero, prohíbe toda forma de publicidad engañosa o abusiva¹⁶⁴, que induzca a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor¹⁶⁵.

¹⁶² CAMPAÑA TERÁN, P., “La defensa del consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección Consumer Defense in Ecuador. Against International Protection Principles”, *Iuris Dictio* N° 24, 2019, p. 32.

¹⁶³ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022):

«Por lo consiguiente, si bien, un sistema jurídico de protección a la competencia repercute en beneficio del común general de los consumidores, mediante eficiencias empresariales, disminución de costos, prácticas honestas en el mercado; la regulación de la competencia no resulta por sí sola una herramienta suficiente para proteger a los consumidores. Por lo que, a nivel mundial, la protección al bienestar del consumidor ha requerido de una ley específica, que vele por sus intereses tanto particulares como colectivos.

Finalmente, para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pueda conocer casos de competencia desleal que afecten a los consumidores y usuarios, es necesario que dentro de la investigación se encuentren presentes los requisitos de cualificación de las de las conductas desleales, es decir, la actuación deshonesto que tenga lugar en la actividad económica y que afecte el orden público económico en el mercado relevante determinado en la investigación.»

¹⁶⁴ En particular la norma define a la publicidad como la comunicación comercial o propaganda que proveedor dirige al consumidor por cualquier medio, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, esta definición contenida en el artículo 2.9 de la Ley.

¹⁶⁵ De igual forma la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) en el ordenamiento jurídico español contiene regulación que prohíbe actos que perjudican a los consumidores y guardan una estrecha relación con las normas de Competencia desleal. Al respecto, MARCOS FERNÁNDEZ, F., SUÑOL LUCEA, A., y MASSAGUER FUENTES, J., “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, N° 2013, 2006, p. 1936: señalan: «La aproximación plural que el legislador español ha empleado para la regulación de las prácticas comerciales lleva a que también LGDCU contenga alguna norma que prohíbe el engaño y la falsedad en la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios (art 8.3 LGDCU). Estas prácticas comerciales son sancionadas como fraude en materia de consumo.»

En este sentido, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a la publicidad abusiva como toda información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y orden público, atentar contra la salud y seguridad de los consumidores, así como toda modalidad de información o comunicación que incluya mensajes subliminales.

Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la publicidad engañosa constituye toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcial que resulte contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor¹⁶⁶.

Por lo que la Ley contempla y sanciona el engaño en la publicidad por afirmaciones realizadas por oferentes de bienes y servicios, así como de las omisiones en las ofertas contenidas en su publicidad¹⁶⁷, en tal sentido, su artículo 7 califica como infracción publicitaria a todo mensaje que induzca a error respecto de: las características de los bienes o servicios ofertados; del lugar de origen; de los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas, entre otros.

En lo que respecta a las sanciones por incurrir en publicidad engañosa o abusiva, la norma contempla –en el artículo 72– una multa de mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América, además de la suspensión de la difusión de publicidad objeto de la sanción y de ser el caso la difusión de la rectificación del contenido publicitario.

Idioma: español

¹⁶⁶ Lo indicado, conforme lo establecido en el artículo 2, numerales 10 y 11 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

¹⁶⁷ Sin embargo, la norma no contiene una disposición excluyente entre la publicidad abusiva y la publicidad engañosa, por lo que puede dar a lugar a la existencia de una publicidad que tenga el carácter de abusiva y al mismo tiempo engañosa, por ejemplo, podría ser el caso de una publicidad que contenga un mensaje subliminal que pudiera ser engañoso.

La regulación de la publicidad engañosa en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor con relación de la LORCPM, respecto de los actos de competencia desleal por engaño en publicidad, resultan coincidentes, en la medida que las definiciones y prohibiciones contenidas en las distintas normas no crean un conflicto normativo¹⁶⁸.

Por lo que una publicidad engañosa, en principio, puede ser objeto de conocimiento de la autoridad de consumo, así como, de forma paralela, ser conocido por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; sin que ello, implique un conflicto de competencias; o peor aún, en el supuesto de que ambas autoridades resuelvan emitir una sanción al operador económico proveedor de la publicidad, esta constituya una vulneración al principio constitucional *non bis in idem*.

A fin de aclarar lo indicado, es necesario referirnos a los precedentes jurisprudenciales de justicia constitucional ecuatoriana en relación con este principio.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia número No. 1638-13-EP/19, manifestó que el *principio non bis in idem* constituye una garantía que busca evitar la duplicidad de juzgamientos –por un mismo hecho–, así como una doble sanción.

La Corte expresó:

«El principio non bis in idem consiste en la **garantía que veda la doble sanción y/o el doble juzgamiento; es decir, tanto la aplicación de una nueva sanción**

¹⁶⁸ La ley Orgánica de Control del Poder de Mercado regula a los actos de engaño en la publicidad en los siguientes términos:

«Art. 27 (...) Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 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. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.»

por el mismo hecho como la exposición del riesgo de que aquello ocurra mediante el sometimiento a un nuevo proceso judicial. **En este sentido, varios instrumentos internacionales consagran este principio que en esencia prohíbe la existencia de múltiples consideraciones o valoraciones jurídicas sobre un mismo hecho.**»¹⁶⁹ (Énfasis añadido)

Además, la Corte Constitucional en múltiples sentencias ha señalado los requisitos necesarios para la infracción de este principio siendo estos¹⁷⁰: ***eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, identidad de materia.***

Por lo que las sanciones que tengan lugar en el marco de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no tienen una identidad de materia con las infracciones y sanciones proveniente de la violación a la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado. Las primeras buscan la protección directa de los derechos de los consumidores y usuarios¹⁷¹, mientras que las sanciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrán lugar en virtud del ámbito de su competencia, es decir, en el ámbito de protección de la estructura del mercado¹⁷².

Por lo que resulta evidente, que en el supuesto caso que un mismo hecho fuera sancionado por la autoridad de consumo y la autoridad de competencia, conforme los

¹⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1638-13-EP/19, párrafo 30.

¹⁷⁰ Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia número 012-14-SEP-CC, dictada del caso N.º 1180-11-EP, señaló: «... [P]ara ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada *ex ante*, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos **que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia.**» (Énfasis añadido)

¹⁷¹ Artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:

«Art. 1.- Ámbito y Objeto.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.»

¹⁷² Lo indicado, sin perjuicio de la interrelación de objetos jurídicos protegidos tanto en la Ley de Defensa del Consumidor como en la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado.

precedentes constitucionales, no existiría una vulneración al principio non bis in idem, al reunir los requisitos establecido en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

En otro orden de ideas, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contiene un catálogo de prácticas abusivas prohibidas «*de mercado*»¹⁷³, las cuales entre otras son:

«Artículo 55.- Constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes:

1. Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito;
2. Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita;
3. Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderán como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados;
4. Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio;
5. Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes;
6. Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales;
7. Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y,
8. El redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.

¹⁷³ Denominación que no parece resultar afortunada, ya que podría ser objeto de confusión respecto de conductas contrarias al régimen de defensa de la competencia o de la competencia desleal.

9. Realizar llamadas telefónicas, visitas en persona al domicilio del consumidor, proposiciones u ofertas no solicitadas, vía telefónica, correo electrónico, mensajes de texto, o cualquier otro medio de comunicación de manera persistente, ignorado la petición del consumidor para que cese ese tipo de actividad o fuera de los días laborables, esto es de lunes a viernes en horario de 8h00 a 20h00, salvo pedido expreso del cliente. Toda llamada telefónica deberá proceder de un número identificable, requiriéndose en todos los casos la autorización expresa de la o el cliente, abonado, usuario o posible consumidor; en el caso de no contar con la autorización expresa, ésta podrá ser obtenida en el mismo momento de la llamada en cuanto ésta inicie, sin que la llamada pueda continuar si no se autoriza expresamente. Cuando se trate de temas relacionados a la prevención de fraude o validación de datos en servicios solicitados o contratados, no se aplicarán las limitaciones de días y horario aquí indicadas.

10. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación y/o aceptación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

11. El cambio de las condiciones del producto o servicio ofertado antes de la aceptación del contrato, o expresiones del consentimiento expreso e informado del consumidor,

12. Utilizar declaraciones o consultas del cliente como aceptación expresa de compra de un bien o servicio; y

13. Inducir mediante preguntas al consumidor a dar respuestas afirmativas sobre temas relacionados con un bien, producto o servicio y emplearlas como aceptación expresa para su contratación»¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Recientemente, en febrero de 2022 el listado de prácticas prohibidas fue reformado y ampliado por la expedición de la Ley Orgánica Para Defender los Derechos de los Clientes del Sistema Financiero Nacional y Evitar Cobros Indebidos y Servicios no Solicitados, expedida el 2 de febrero de 2022 y publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de febrero 2022.

Prácticas prohibidas que, al ser una infracción a la Ley, pueden ser objeto de una sanción consistente en una multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América¹⁷⁵.

Al respecto, el artículo 55 de la Ley en principio no tiene un carácter taxativo, en tanto que la norma reconoce que, entre otras, se entienden como prácticas prohibidas las específicamente tipificadas en la norma.

En este sentido, conforme la redacción del artículo 55 de la Ley ésta se asemejaría a una cláusula general de conductas prohibidas. Sin, embargo, dos son las puntualizaciones que deben considerarse, la primera consiste en que la norma no establece que parámetro o características deben ser tenidos en cuenta para su prohibición.

Es decir, a diferencia de una cláusula general contra la competencia desleal, que para su activación exige que tengan lugar la ocurrencia de uno o más actos contrarios a los usos y costumbres honestos –en ámbito de la legislación ecuatoriana– u objetivamente contrarios a la buena fe –como es el caso de la Ley 3/1991 de España–, en la la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador, a nuestro criterio, no se encuentran regulados los presupuestos mínimos para que una determinada conducta o actuación se entienda como prohibida, más allá de los expresamente tipificados en la norma

En este sentido, deben entenderse como prohibidas aquellas actuaciones que se encuentran expresamente contenidas en la Ley, sin que pudiera ampliarse su prohibición a otras no contenidas en ella expresamente. A fin de ejemplificar lo señalado, nos referiremos a la práctica relativamente habitual de cobros no autorizados por servicios dentales, de plomería, entre otras coberturas por medio del sistema financiero¹⁷⁶.

Ante estos hechos fueron abiertos diferentes expedientes de investigación administrativos, ante las autoridades de consumos, Superintendencias de Bancos,

¹⁷⁵ De Conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

¹⁷⁶ <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/banca-ecuador-quejas-cobros-indebidos.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

Compañías y del Control del Poder de Mercado, entre otros. Sin embargo, en lo relacionado a la protección de los derechos de los consumidores dicha conducta no podía entenderse directamente «*como prohibida*» porque no estaba tipificada de forma directa en la norma, situación que incluso originó, en febrero de 2022, la promulgación de la *Orgánica Para Defender los Derechos de los Clientes del Sistema Financiero Nacional y Evitar Cobros Indebidos y Servicios no Solicitados* y el artículo 55 de la *Ley Orgánica de Defensa del consumidor* fue reformado para incluirlo, entre otros, una prohibición expresa de dichos actos.

La segunda puntualización que debemos considerar es, que a pesar de que el artículo 55 de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* pudiera ser entendida como una cláusula general por su ámbito de aplicación y finalidad no sirve para ofrecer una adecuada represión de conductas desleales para la protección de los intereses de competidores y del propio mercado.

Es decir, por su propia naturaleza jurídica, la norma no está diseñada para proteger otros intereses ajenos al del propio consumidor. Al respecto, cabe señalar que las prácticas contenidas en el artículo 55 de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* pueden ser también objeto indirecto de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado¹⁷⁷, en el marco del acto de competencia desleal por violación de normas, contenida en la *Ley Orgánica de Regulación del Control del Poder de Mercado*.

En particular, el artículo 27.9 de la LORCPM establece como una modalidad de competencia desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

Por lo que, en el supuesto de que un operador económico incurriera en cualquiera de las infracciones contenidas en el artículo 55 de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, esta infracción normativa además podrá constituir una

¹⁷⁷ En adición, los numerales 1 y 2 del artículo 55 de *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, a su vez se relacionan con conductas propias del derecho de la competencia por abuso de poder de posición dominante, conocidas por la doctrina como venta atada –en el caso del primera– y negativa injustificada de venta –en la segunda–.

conducta de competencia desleal, siempre que dicha infracción incluya los demás parámetros constitutivos de la conducta, es decir, otorgue al operador económico prevalencia en el mercado¹⁷⁸, mediante la obtención de una ventaja competitiva significativa¹⁷⁹.

Otro punto de conexión entre el régimen legal de protección al consumidor y la regulación de prácticas desleales en el marco de la LORCPM, se lo puede encontrar en la conducta de competencia desleal por prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, que, conforme establece la norma, entre otros son: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor; b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor; c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos; d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas; y, e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.

No obstante, regulación de las prácticas desleales en la LORCPM, no buscan la protección individual de los consumidores o usuarios, quienes para hacer prevalecer sus derechos individuales deberán acudir ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales correspondientes.

Finalmente, debe ser objeto de consideración que las sanciones contenidas en la LORCPM son de naturaleza administrativa de la cual caben los recursos horizontales tanto en sede administrativa, como acciones en ámbito jurisdiccional¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Conducta de competencia desleal, que en su configuración normativa resulta similar a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 3/1991 de competencia desleal española.

¹⁷⁹ Conforme lo ha expresado la Intendencia de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en múltiples resoluciones. a modo de ejemplo, en la Resolución dictada por la Intendencia, el 29 de septiembre de 2020, dentro del caso SCPM-IGT-INICPD-005-2020, señaló:

«En tal sentido. Conforme el ámbito de nuestra ley, que exista una práctica de competencia desleal por violación de normas en esta modalidad, es necesario que exista una prevalencia en el mercado, por parte del operador económico investigado. Sin embargo, dicha prevalencia no puede ser producto de otros factores, tales como la dinámica del mercado, eficiencia económica, innovación tecnológica, etc., sino que necesariamente debe provenir de una ventaja competitiva significativa, producto de la infracción normativa, es decir, tiene una suerte de causa y efecto intrínseco entre los elementos constitutivos de la infracción.»

¹⁸⁰ Artículo 219 del Código Orgánico de Administrativo, publicado en el Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.

A modo de conclusión preliminar, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, a pesar de su estrecha relación con la regulación de la competencia desleal no ofrece, ni busca ofrecer, una cláusula general contra la competencia desleal que proteja otros intereses ajenos al de los propios consumidores.

5. Normas de regulación de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones

La Comunidad Andina de Naciones, creada mediante el Acuerdo de Integración Subregional Andino, tiene entre sus principales objetivos la integración económica¹⁸¹ de los Estados miembros del acuerdo, por lo que desde sus inicios fue necesario contar con un marco normativo en Derecho de competencia, conforme lo determinaba en el artículo 75 del mencionado acuerdo¹⁸²:

«Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Junta, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de gravámenes y otras restricciones a las importaciones».

Por lo que el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, sirvió de sustento para la creación y desarrollo del Derecho de la competencia intrarregional, es decir, la

¹⁸¹ Artículo primero del acuerdo de Cartagena: «Artículo 1. El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.»

¹⁸² Actualmente, dicha disposición se encuentra contenida en el Art 93 de la Codificación de Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), la cual se encuentra contenida en la Decisión 563 constante en la Gaceta Oficial del 1 de Julio del 2003.

regulación de la competencia entre los Estados miembros del acuerdo¹⁸³, sin perjuicio de las normas que regulaban la competencia en el Derecho interno de cada país¹⁸⁴.

Bajo estos antecedentes, en el año 1971 entró en vigor la Decisión Comunitaria 45: denominada «*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*» promulgada en sesión de 9 - 18 de diciembre de 1971. Esta norma comunitaria, contenía disposiciones acerca de varios ámbitos de regulación, tales como: las relativas a las prácticas restrictivas a la libre competencia, el dumping y sobre la regulación sobre subsidios estatales de productos que compitan en el mercado común de los estados integrantes.

La Decisión 45, al ser la primera regulación en materia de competencia, adolecía de ciertas particularidades que dificultaban enormemente su aplicación. Por ejemplo, se encuentra el hecho de que la norma contenía varias disposiciones de carácter general que conceptualizaban las prácticas anticompetitivas, sin embargo, carecía de un procedimiento que viabilizara su aplicación en casos concretos¹⁸⁵.

Otra particularidad, aún más negativa, se encontraba en el hecho que la norma en cuestión no contaba con disposiciones sancionatorias. Es decir, no tenía disposiciones que establecieran sanciones que desincentiven a los operadores económicos incurrir en prácticas anticompetitivas en sus relaciones comerciales en el territorio de los países firmantes del Acuerdo.

¹⁸³ En la Interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia dictada dentro del proceso 22-IP-98, de 25 de noviembre de 1998, la máxima autoridad de justicia andina señaló que:

«La represión a las prácticas restrictivas a la libre competencia dentro de la Comunidad Andina tiene como fundamento jurídico originario el Capítulo VIII “Competencia Comercial” del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificado por la Comisión de la Comunidad Andina, mediante Decisión 406, sustitutiva de la Decisión 236 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo No. 273, de 4 de julio de 1997. Así, el artículo 105 del Acuerdo estableció que “...la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión...”. La represión a las prácticas restrictivas a la libre competencia ha sido tratada parcialmente por el legislador comunitario con la expedición de las Decisiones 283, 284 y, especialmente, la 285 (substitutivas de la Decisión 230) de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.»

¹⁸⁴ Teniendo en cuenta que a la fecha algunos estados integrantes del acuerdo no contaban con una norma de defensa de la competencia en sus ordenamientos jurídicos.

¹⁸⁵ Constante en la parte considerativa la DECISION 230: «*Que de la experiencia acumulada en la aplicación de la Decisión 45, se desprende la conveniencia de perfeccionar los procedimientos de aplicación, con el objetivo de hacerlos más específicos y eficaces*»; Publicada en la Gaceta Oficial 26 de 18 de diciembre de 1987.

Para el año de 1987, es decir, después de 16 años de vigencia de la Decisión 45, los Estados integrantes del Acuerdo de Cartagena expedieron la Decisión 230 denominada «*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45*»¹⁸⁶.

Como objetivo principal esta norma buscaba modernizar el Derecho de competencia en la subregión y establecer un procedimiento claro para investigar las eventuales conductas restrictivas de la competencia.

Empero, la Decisión 230 solo estuvo vigente cuatro años, debido a que los Estados integrantes del Acuerdo de Cartagena vieron la necesidad de contar con normas subregionales específicas e individualizadas tanto para el Dumping, como para con la regulación de prácticas restrictivas a la libre competencia.

Es así como, en 1991 entró en vigor la Decisión 285¹⁸⁷ y entre sus disposiciones principales se destaca la regulación del procedimiento de investigación en casos de posibles prácticas restrictivas de la competencia; adicionalmente, dicha norma estableció la necesaria relación de causalidad entre la afectación de los mercados integrantes del acuerdo y la existencia de prácticas restrictivas de la competencia.

Sin embargo, de los avances alcanzados, la Decisión 285 fue duramente criticada, ya que conforme su redacción el espíritu de la norma era la de proteger la producción y desarrollo de los mercados nacionales y no el de garantizar las condiciones de competencia en la subregión¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina de 18 de diciembre de 1987.

¹⁸⁷ Publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina de 4 de abril de 1991.

¹⁸⁸ En relación a la Decisión 285, el Tribunal Andino de Justicia ¹⁸⁸ en una interpretación prejudicial No. 22-IP-98, de 25 de noviembre de 1998 manifestó que:

«Esta última (285), denominada “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de libre competencia”, faculta a los Países Miembros o a las empresas que tengan interés para que soliciten a la Junta la autorización que legitima la aplicación de medidas tendientes para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia originada en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro. Entre las prácticas restrictivas, entre otras, se encuentra “la aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”. Con esta clase de normas ha pretendido el legislador eliminar conductas que no se ajusten a las que practican la generalidad de los comerciantes y, en definitiva, atenten contra los usos mercantiles honestos... »

Adicionalmente, la norma arrastraba una característica negativa de las decisiones comunitarias precedentes, la cual consistía en la inexistencia de sanciones para los casos en los que se llegara a determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. La aplicación de la Decisión 285, en los catorce años que estuvo vigente, fue marginal evidenciando la necesidad de su reforma.

En el año 2005, la Comunidad Andina de Naciones resolvió derogar la Decisión 285 y expedir la Decisión 608, con la finalidad eliminar los aspectos negativos de las normas subregionales anteriores y modernizar la regulación de la defensa de la competencia comunitaria¹⁸⁹. Cabe señalar, que la indicada norma comunitaria fue elogiada por varios expertos en la materia por los avances incorporados en la misma¹⁹⁰.

En particular la norma comunitaria recoge como conductas contrarias al régimen de competencia intracomunitario los acuerdos que tengan como finalidad restringir la competencia, así como los abusos de poder de mercado¹⁹¹. Adicionalmente, el principal avance que destaca a la Decisión 608, es la implementación de herramientas coercitivas suficientes para sancionar eventuales conductas restrictivas de la competencia¹⁹².

¹⁸⁹ Lo indicado se fundamenta en la incorporación de figuras tales como la implementación de medidas cautelares consistentes, entre otras, en la suspensión provisional de la conducta presuntamente restrictiva –artículos 31, 32 y 33– o la creación de la figura del compromiso de cesación de la conducta competitiva –artículos del 27 al 30–. Sin embargo, resulta evidente la ausencia de otras figuras jurídicas importantes en materia de defensa de la competencia como es la figura de delación compensada.

¹⁹⁰ “Entre otras más la gran ventaja que tiene la comunidad a través de la Decisión 608 es que por fin tiene dientes para sancionar aquellos infractores de la normativa andina. CORTÁZAR, J. “Un paso adelante para sistema antimonopolios de la Región” en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-decision.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹⁹¹ CARRASCO TORRONTGUEI, P., “Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre Protección y Promoción de la Competencia, y Perspectivas Sobre Su Aplicación en el Ecuador”, Tesis de Maestría Universidad Andina Simón Bolívar, [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2783/1/T0986-MDE-Carrasco-An% c3% a1lisis% 20de.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2783/1/T0986-MDE-Carrasco-An%c3%a1lisis%20de.pdf) p. 20. (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

¹⁹² El artículo 34 de la Decisión 608 establece la facultad de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones de disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva de la competencia, la aplicación de medidas correctivas de la competencia y/o medidas sancionatorias, consistentes en el establecer una multa de hasta el 10 por ciento de los ingresos totales brutos del infractor correspondientes al año anterior a la fecha del pronunciamiento de la autoridad comunitaria.

El artículo 34 dispone:

«Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constatará una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Sin embargo, la aplicación de la Decisión 608 no ha tenido los resultados esperados, porque hasta la presente fecha, la Secretaría General Comunidad Andina de Naciones, solo ha emitido una resolución sancionatoria, esto es la Resolución 2006, contenida en la Gaceta Oficial Número 3292, de 28 de mayo de 2018, respecto de la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia en el mercado de papel¹⁹³ y sobre la cual se encuentra pendiente el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia, como máximo órgano de justicia comunitario.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.»

¹⁹³ Dicho caso tiene lugar por las declaraciones vertidas dentro de un programa de delación realizadas por el operador Kimberly Clark del Ecuador S.A. ante la autoridad de competencia ecuatoriana, la cual al observar que el direccionamiento para el acuerdo realizado provenía de las empresas matrices con sede en Colombia, puso en conocimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones al existir una posible infracción a las normas de la competencia comunitaria.

Mas allá de la controvertida actuación de la autoridad ecuatoriana de la competencia, la Secretaría General abrió un expediente de investigación y en su resolución que puso fin a dicho expediente consideró probado que existía un acuerdo entre empresas productoras de papel higiénico para fijar precios en el mercado ecuatoriano.

Para alcanzar dicha conclusión la SGC contó con acceso a declaraciones de colaboradores de las empresas, así como a correos electrónicos, que evidenciaban las condiciones del acuerdo.

Así, la Secretaría General consideró que el acuerdo tuvo una duración aproximada de (8) años, contados desde 2006 hasta 2013 en un mercado considerado de consumo masivo correspondiente a más de 14 millones de habitantes en Ecuador (papel higiénico y otros tipos de papel tissue), en el cual los operadores económicos coludidos habrían alcanzado una participación conjunta importante y que en algunos casos se constituían prácticamente, como los únicos proveedores (desde 76% a 98%, según el tipo de papel).

Para demostrar los efectos perniciosos en el mercado la Secretaría General, procedió analizar la variación conjunta de precios de los productos de las empresas en el mercado; y al ser comparados con la variación de los costos de la materia prima –pulpa de madera– y de producción, la autoridad estimó que la conducta originada en Colombia tuvo efecto real en el mercado ecuatoriano, a través del incremento coordinado en los precios de papel higiénico, toallas de papel, servilletas y pañuelos desechables.

En el caso la autoridad comunitaria consideró probado que los efectos reales de la conducta tuvieron una duración desde enero de 2006 hasta al menos diciembre de 2013. Por su parte, en relación con toallas de papel los efectos ocurrieron desde enero de 2006 hasta el año 2012. Finalmente, en el caso de las servilletas se encontraron efectos entre enero de 2006 y junio de 2013.

En tal sentido, la secretaria general impuso una multa de de 18.3 y 16.8 millones de dólares de Estados Unidos para el grupo Kimberly y el grupo Familia, respectivamente.

Finalmente, debemos precisar que la Decisión 608, no regula las conductas desleales que puedan tener lugar en el ámbito comunitario. Situación que, como ya fue observado en el presente trabajo la norma comunitaria que contiene normas específicas para la regulación de prácticas desleales, en la esfera de propiedad industrial, es la Decisión 486 de la CAN, que ya fue analizada oportunamente.

6.- Recapitulación

A modo de conclusión del capítulo, las normas analizadas –tanto nacionales como internacionales– no son aptas para basar en ellas una cláusula general contra la competencia desleal.

En particular resaltamos que:

- Las normas civiles aplicables para la represión de actos de competencia desleal exigen la concurrencia de elementos subjetivos como son el dolo o la culpa para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, así como en los casos de abuso de derecho, lo que limita su aplicabilidad para una efectiva represión de la competencia desleal, ni ofrece una cláusula general que reprima las posibles conductas desleales que puedan ocurrir en el mercado.
- Con relación a CUP y ADPIC su aplicación está reservada únicamente para extranjeros, lo que genera un trato desigual a competidores nacionales, e impide que se tenga una cláusula general contra la competencia desleal aplicable a todos los supuestos posibles.
- El Código de Ingenios y la Decisión 486, debido a su ubicación sistemática, la represión de conductas desleales está restringida a supuestos vinculados con la propiedad intelectual, por lo que no ofrece una efectiva cláusula general contra la competencia desleal.
- Las normas de protección de derechos de los consumidores no están diseñadas para ser utilizadas como normas de represión de la competencia desleal, por lo que no puede ofrecer una cláusula general contra la competencia desleal

aplicable a todos los supuestos posibles, incluidos aquellos en los que las partes intervinientes no tienen la calidad de consumidor.

- Además, la Decisión 608, normativa antitrust comunitaria, tiene por objeto la protección del mercado intracomunitario de posibles actos de abuso de poder dominante y acuerdos restrictivos de la competencia, en tal virtud, no tiene por finalidad la regulación del Derecho de competencia desleal y no es posible extraer de ella una cláusula general contra la competencia desleal.

- Finalmente, de las distintas normas analizadas destacamos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, carece de regulación que otorgue una efectiva cláusula general contra la competencia desleal.

Por las consideraciones expresadas, hacemos nuestras las palabras del profesor Francisco Vicent Chuliá en afirmar que «*en muchos países*», como es justamente el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano «*se demostró que para impedir la competencia desleal no bastaba el Derecho común*», así como de normas aisladas en distintos cuerpos legales, lo que genera como consecuencia la necesidad de contar con una «*legislación especial de represión de la competencia desleal*»¹⁹⁴.

En este orden de ideas, en el año 2011, Ecuador promulgó la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, norma de defensa de la competencia, que entre sus disposiciones contiene regulación específica respecto de la competencia desleal. Ley que es ampliamente analizada en el siguiente capítulo del presente trabajo.

¹⁹⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 24ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2056.

CAPITULO SEGUNDO. - REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LORCPM

I. Introducción, II. Anclaje constitucional de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, III. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 1. Naturaleza jurídica e intereses protegidos, A. Naturaleza jurídica, B. Intereses protegidos, 2.- Estructura de la Ley, A. Conductas prohibidas en la Ley, B. Mercado relevante, C. Órganos encargados de su aplicación y sanciones, D. (sigue) Prohibición de la duplicidad de sanciones, IV. Competencia desleal en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 1. Estructura de su regulación, 2.- Definición de deslealtad, 3. Ilícito corporativo frente al ilícito de mercado en interés de los competidores, consumidores y el mercado, 4.- Ámbito de aplicación y ausencia del requisito de finalidad concurrencial en la Ley, V. (sigue) Cláusula general contra la competencia desleal, 1.- Introducción, 2.- Ilícito objetivo, A. Competencia desleal y el cuasidelito, B. Objetivación de la deshonestidad, pronunciamientos recientes de la autoridad, 3. Ilícito de peligro, 4. Norma sustantiva, A. Cláusula general, un aparente conflicto constitucional, B. Interpretación superadora, C. Falta de técnica legislativa en la sanción de conductas desleales por aplicación de la cláusula general, 5. Aplicación de la cláusula general, experiencia de la autoridad ecuatoriana, 6. Naturaleza extracontractual, 7. No exigencia de la relación de competencia, 8. Relación de la cláusula general con otras normas de competencia desleal.

I. Introducción

El 13 de octubre de 2011 entró en vigor la LORCPM, y desde entonces Ecuador integra en su ordenamiento jurídico una Ley de defensa de la competencia, o antitrust, que prohíbe y sanciona conductas anticompetitivas y entre ellas las prácticas desleales. Dicha norma además creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como organismo administrativo de control del cumplimiento de la Ley.

La integración de la LORCPM al ordenamiento jurídico resultó especialmente sensible para los operadores económicos y empresarios que estaban acostumbrados a competir en el mercado ecuatoriano con escasa o nula regulación en materia de

competencia, por lo que no es de extrañar que algunos empresarios la calificaran como excesiva¹⁹⁵.

Para un correcto estudio de la LORCPM, en primer término, se revisará su anclaje constitucional, los intereses protegidos en la norma, su ámbito de aplicación; las principales disposiciones que conforman el régimen de regulación del control y sanción de las conductas anticompetitivas; el procedimiento administrativo de investigación y represión de las conductas contrarias a la Ley, entre otros aspectos de relevancia de la norma.

En segundo lugar, una vez tratado el marco de regulación de la LORCPM, se revisará la configuración normativa y regulación de la competencia desleal en la LORCPM, con especial énfasis en la cláusula general contra la competencia desleal.

II. Anclaje constitucional de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Para un adecuado estudio de la LORCPM, es necesario encuadrar dicha norma en el marco constitucional ecuatoriano, que irradia a todo el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el modelo económico consagrado en la Constitución no se corresponde con el de una economía de corte capitalista, ni tampoco de un sistema de planificación total, por el contrario, la Constitución ecuatoriana consagra, en su artículo 283, un sistema económico social y solidario, que propende a una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el Estado y el mercado en armonía con la naturaleza.

El artículo 283 de la Constitución del Ecuador establece:

«Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e

¹⁹⁵<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/empresarios-temen-sancionador-que-tendra.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.»

Así, el sistema económico, se caracteriza por la participación en la producción de formas cooperadas y solidarias de organización productiva¹⁹⁶, así como por la concurrencia del sector estatal y del sector privado en la economía¹⁹⁷.

En el modelo económico social y solidario adoptado en la Constitución ecuatoriana, el Estado ocupa un rol preponderante, al ser el órgano que establece la política económica nacional con miras de alcanzar los objetivos constitucionalmente fijados en el artículo 284 del texto constitucional, entre los que se encuentran el incentivar la productividad y la competitividad¹⁹⁸ que no solo se corresponden «a expectativas y necesidades de la unidad de producción en particular, sino de toda la economía y la sociedad en su conjunto»¹⁹⁹.

Adicionalmente, le compete al Estado «asegurar» la transparencia y eficiencia en los mercados y «fomentar» la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades para los participantes²⁰⁰; dichos principios rigen los objetivos que debe cumplir la política comercial que, entre otros, busca evitar la existencia de prácticas

¹⁹⁶ GRIJALVA JIMÉNEZ, A., *Constitucionalismo en Ecuador*, 1ª edición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, p. 36.

¹⁹⁷ Salvando las evidentes e importantes diferencias, la constitución económica española responde a un sistema de economía social de mercado Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La constitución económica en el marco de una Constitución Europea”, en VV.AA, *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos* Vol. 1, 2005, pp. 995-1012; con relación al ámbito de represión de las conductas anticompetitivas Vid. PALAU RAMIREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, 1998, p. 89.

¹⁹⁸ Artículo 284 de la Constitución de la República del Ecuador: «La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...) 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional...»

¹⁹⁹ GRIJALVA JIMÉNEZ, A., “Constitucionalismo en Ecuador...”, op. cit. p. 37.

²⁰⁰ Art. 336 de la Constitución de la República del Ecuador.

monopólicas y oligopólicas²⁰¹, –particularmente en el sector privado–, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados²⁰².

A fin de precautelar la libre competencia en el mercado, la Constitución dispone que el Estado, a través de su facultad punitiva²⁰³, debe diseñar y establecer mecanismos para la sanción de conductas anticompetitivas como son prácticas monopólicas y oligopólicas, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal²⁰⁴.

Ahora bien, la promoción y protección de un sistema constitucional de libre competencia conlleva implícito el derecho de los individuos al ejercicio de la libertad de empresa para participar en el mercado²⁰⁵. Por lo que la Constitución del Ecuador en

²⁰¹ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C. *Homenaje a la Facultad de Derecho ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, p. 29:

«Respecto de la participación del Estado en la economía social: Así que la empresa concebida en los términos antes expuestos puede nacer y vivir en un sistema económico de libre competencia. Esto es un sistema en el que todos los empresarios (al Igual que los restantes sujetos) determinan libremente sus planes económicos, los cuales se coordinan en el mercado mediante el mecanismo de formación de precios. Pero este sistema no debe entenderse en el sentido clásico de economía del Laissez faire, en la que el mantenimiento de la libre competencia se encomienda a los propios competidores, sin que el Estado intervenga en el económico. Antes bien, debe entenderse en el sentido de una ordenada economía de mercado en la que el Estado asegura, a través de las instituciones correspondientes, el juego constante del principio de la libre manteniendo limpio el mercado de formaciones monopolísticas.»

²⁰² Art. 304 de la Constitución de la República del Ecuador.

²⁰³ Art. 335 de la Constitución de la República del Ecuador.

²⁰⁴ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia No. 3-19-IN/21, dictada dentro del caso No. 3-19-IN, manifestó:

«El artículo 335 de la Constitución señala, además, que el Estado deberá generar mecanismos idóneos para sancionar las prácticas de monopolio y oligopolio privado, el abuso de posición de dominio y otras conductas de competencia desleal. Dado que los principales objetivos del Derecho de competencia son proteger al sistema social del mercado, asegurar la libre competencia, garantizar intercambios económicos justos y precautelar los intereses de los consumidores, de ser el caso, corresponde al Estado –a través del legislativo– estructurar una eficiente institucionalidad que cuide, precautele y promueva la competencia y fomente la eficiencia económica del mercado...»

²⁰⁵ BERCOVITZ, A., “Constitución, empresa y libertad de competencia” en VV. AA *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES J., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, versión online p. 1:

«La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado significa la existencia de un mercado de libre competencia que se integra por las ofertas de quienes participan en la actividad económica, ofreciendo sus bienes o servicios y compitiendo por tanto para la captación de la clientela. (...) Ello significa que a los efectos de considerar el principio de libertad de empresa, la empresa debe entenderse como equivalente a operador económico u operador de mercado, que es el que participa en el mercado ofreciendo bienes o servicios, aunque carezca de una infraestructura organizada para su actividad en el mercado.»

su artículo 66.15, reconoce y garantiza el derecho de las personas a desarrollar actividades económicas, con subordinación de los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

En este orden de ideas, a pesar de que el Derecho a la libertad de empresa no está formalmente «*expresado*» en la Constitución, su anclaje constitucional deviene del derecho de los individuos a realizar actividades económicas, cuyo desarrollo en el marco constitucional ecuatoriano ha sido de carácter jurisprudencial.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.º 005-12-SIN-CC²⁰⁶, consideró que el derecho de las personas a la libertad de desarrollar actividades económicas es un derecho fundamental que consiste en que las personas pueden «*realizar cualquier actividad lícita dentro de los límites y regulaciones que el propio ordenamiento jurídico impone*», por lo que la libertad para realizar actividades económicas se constituye en esencia como el derecho los individuos a la libertad de empresa.

Libertad que, a criterio de la Corte, contiene dos dimensiones: la primera, de carácter objetiva, que podemos resumirla en el legítimo derecho de las personas para acceder al mercado y ejercer la actividad económica; y, la segunda –de carácter subjetiva– consistente en la libertad de decisión que tienen los empresarios para la creación y dirección de la empresa en el mercado, con el fin de alcanzar los objetivos individualmente trazados.

En tal sentido, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, el legítimo ejercicio de la libertad de empresa se constituye en un «*reflejo de la libre competencia*» que tiene lugar por la existencia de distintos competidores en el mercado, a quienes la Constitución garantiza su derecho a la igualdad, es decir, se las equipara en un mismo

La libertad de empresa implica, pues, la libertad de los ciudadanos para constituirse en empresarios, esto es, para participar en el mercado ofreciendo bienes o servicios, y también supone la libertad de dirigir con arreglo a los propios criterios la organización y actividad de la empresa y por supuesto, también la libertad de extinguirla.»

²⁰⁶ Sentencia dictada por la Corte Constitucional N.º 005-12-SIN-CC, dentro del caso N.º 0017-10-IN, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=005-12-SIN-CC> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022)

rango ante la ley, con derechos y obligaciones semejantes entre sí para con el Estado”²⁰⁷ y que, desde la visión del Derecho mercantil, se expresa en la igualdad formal de los contratantes y la soberanía de la autonomía de la voluntad²⁰⁸.

Por las consideraciones anotadas en el marco constitucional ecuatoriano, la competencia económica deviene justamente de la libertad de las personas²⁰⁹ para acceder y competir en el mercado y como expresión de su voluntad, el configurar internamente su empresa a fin de alcanzar sus objetivos individuales, siempre en respeto de los límites fijados en la Constitución y la Ley.

Ahora bien, uno de los límites al Derecho de libertad de empresa consiste en la obligación de los operadores económicos de respetar las normas de regulación concurrencial y entre ellas aquellas que tienen por objeto el precautelar la libre competencia en los mercados, como es el caso de la LORCPM.

Por lo que es correcto afirmar que los operadores económicos que participan en el mercado se ven obligados a no incurrir en actos o conductas que puedan falsear o distorsionar el régimen de competencia, constituido como un principio y objetivo del sistema económico y de la política económica²¹⁰.

²⁰⁷ Sentencia dictada por la Corte Constitucional N.º 171-14-SEP-CC, dentro del caso N.º 0884-12-EP. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=171-14-SEP-CC> <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=005-12-SIN-CC> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

²⁰⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática...”, op. cit. p. 255.

²⁰⁹ En relación con el derecho español. Ibid. p. 247.

²¹⁰ Desde la perspectiva del derecho español Vid. MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 117:

«El cumplimiento de estas funciones económicas, políticas y sociales exige de los agentes económicos que no vulneren la dimensión ordenadora y organizadora de la competencia económica, que no destruyan ni desvirtúen sus presupuestos ni pongan en peligro su operatividad como principio de organización del sistema económico. De este modo, lo que es un principio político-institucional se convierte también en un principio normativo y, en particular, en el principio que ordena la conducta de todos los que acceden al mercado para intervenir económicamente en el intercambio de bienes y servicios. Bajo este aspecto, la competencia económica exige de ellos que concurren en el mercado de forma independiente y exclusivamente armados con su propia eficiencia y, por tanto, que respeten el contenido mínimo de la libertad de empresa; dicho con otras palabras, que omitan las conductas que, limitando o perjudicando la libertad de iniciativa económica de los terceros (incluida la libertad de decisión de los consumidores), desactiven, restrinjan o falseen la competencia económica como principio organizador de los procesos y relaciones económicas, lesionando o amenazando sea la estructura competitiva del mercado (la competencia como estado), sea el *modus operandi* institucionalmente típico de sus partícipes (la competencia como proceso).»

De esta forma se conjugan la protección de los intereses particulares de los operadores –presentes o futuros– en acceder y competir en el mercado– y la protección del interés público en mantener un sistema de competencia saneado.

Finalmente, en el diseño del marco constitucional ecuatoriano no podemos dejar de referirnos a la protección de rango constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios en su estrecha relación con el Derecho de libertad de empresa y de la libre competencia de los empresarios, en tanto que los consumidores tienen el derecho de rango constitucional de elegir con libertad entre los bienes y servicios que se ofertan en el mercado.

En este sentido, el consumidor se convierte en una especie de «árbitro»²¹¹, que mediante el efectivo ejercicio de su derecho de libre elección premia la eficiencia económica de los participantes en el mercado, en la medida que dicha eficiencia se traduce en mejores precios, calidad, tecnología, garantía, etc²¹², o en ausencia de

²¹¹ Con relación a la importa del rol consumidor en el mercado, en la constitución española: Vid. GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva”, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES J., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, versión online p. 3/79:

«Parece preferible incardinar --como así se deriva de nuestro texto constitucional (cfr. art. 51)-- estas reglas protectoras en el propio mercado y, por tanto, valorar jurídicamente la función esencial que, conforme a las reglas del libre juego de la competencia, viene atribuida al consumidor. Esto es, con este conjunto de normas se ha de respetar y potenciar el carácter esencial que tiene el papel económico que desempeña el consumidor, en cuanto que éste no es más (ni menos) que el árbitro en las relaciones de mercado. Por tanto, las normas a cuyo través pueda actuarse esa protección a favor de los consumidores han de perseguir, con carácter principal, el restablecimiento de las condiciones necesarias y la remoción de los obstáculos para permitir a ese consumidor desarrollar la función arbitral que con carácter esencial corresponde a tales sujetos.»

²¹² Desde la perspectiva del derecho español Vid. MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., pp. 114, 115:

«El interés de los consumidores considerado por el Derecho contra la competencia desleal es el que típicamente tienen como partícipes del mercado, como sujetos activos de un sistema económico regido por la competencia económica: orientación de la oferta según la demanda, mayor variedad y calidad de las prestaciones, menores precios y mejores condiciones de contratación..., y como presupuestos de todo ello: atomismo empresarial, inexistencia de barreras de entrada al mercado, transparencia de mercado, competencia por eficiencia, omisión de estrategias y prácticas concurrenciales que falseen la toma de decisiones... La inserción de los intereses generales del consumo en el sistema positivo de protección contra competencia desleal simplemente introduce una perspectiva o lectura particularizada de la tutela institucional del orden concurrencial. No introduce por ello unas exigencias específicas distintas de las que en este contexto presenta el interés público y el de los competidores; como éstos, los intereses generales del consumo sólo reclaman a la represión de la competencia desleal la salvaguardia de un orden concurrencial libre y no falseado. No puede, sin embargo, descartarse de plano un eventual conflicto entre una y otra lectura de esta única finalidad de la prohibición de la

eficiencia económica lo castiga al no elegir un determinado producto u operador económico.

En este sentido la Constitución ecuatoriana eleva la protección del Derecho de consumo a categoría constitucional²¹³, con un carácter transversal, en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano²¹⁴, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, elegirlos con libertad y recibir información precisa y no engañosa sobre su contenido y características²¹⁵.

Por lo que, la protección de los derechos de consumo, además de constituirse como un límite al ejercicio de libertad de empresa, incorpora a la regulación de defensa de la competencia un bien jurídico protegido desde su órbita de aplicación.

La relación del Derecho de competencia y el Derecho de consumo tiene su fundamento constitucional en que ambas son normas socioeconómicas de regulación del mercado y del orden público económico, por lo que, desde el ámbito del Derecho de la competencia, los intereses de los consumidores se integran como valiosos criterios para la configuración de conductas anticompetitivas, su determinación en el caso concreto y posterior sanción²¹⁶.

En este sentido, se revela como esencial la protección de la libre elección de los consumidores en el marco constitucional, ya que ésta constituye un real parámetro de graduación del efecto distorsionador de las conductas anticompetitivas –como son los actos de abuso de poder de mercado, acuerdos restrictivos de la competencia y la competencia desleal–, que se alejan de la competencia bajo méritos propios o eficiencia

competencia desleal, un enjuiciamiento dispar de una misma conducta considerada desde un punto de vista u otro. Con todo, esta situación será, en buena parte de los casos, resultado de la formación evolutiva del sistema de competencia desleal. Las actuaciones anteriormente valoradas según un modelo profesional se someten ahora a una valoración institucional, con la consecuencia de que lo que antes era incompatible con las buenas costumbres y usos profesionales deja de ser ilícito cuando se revela favorable a los intereses generales del consumo o al interés público, como puede suceder *ad ex.* con la publicidad comparativa.»

²¹³ CAMPAÑA TERÁN, P., “La defensa del consumidor en el Ecuador...”, op. cit., p. 32.

²¹⁴ Similar a lo que ocurre en la legislación española Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática...”, op. cit., p. 256.

²¹⁵ Artículos 52-55 de la Constitución de la República del Ecuador.

²¹⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática...”, op. cit., p. 257.

y mediante actuaciones contrarias a lo que se espera de los competidores en el mercado pueden limitar el derecho de elección a los consumidores²¹⁷.

Por lo indicado, la libertad de empresa, la libertad de competencia, la obligación de competir y la protección de derecho de los consumidores no solo son principios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo de normas de regulación concurrencial en el mercado, sino que además deberán ser permanentemente considerados en el desarrollo, interpretación y aplicación de las normas por los legisladores y por las autoridades administrativas y jurisdiccionales en los casos que correspondan.

III. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

1. Naturaleza jurídica e intereses protegidos

Como punto de partida y previo a la revisión de las distintas figuras contenidas en la Ley, trataremos su real naturaleza jurídica e identificaremos los distintos intereses protegidos en la LORCPM, elementos que nos permiten identificar los objetivos y finalidades de la Ley.

²¹⁷ BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, A., “Constitución, empresa y libertad de...”, op. cit, versión digital, pp. 7, 8:

«Es bien conocido, además, que para que funcione el sistema competitivo, en que consiste la economía de mercado, no basta con que compitan los operadores de mercado, sino que es necesario evitar que estos actúen de manera incorrecta en el mercado, realizando publicidad engañosa, puesto que las prácticas incorrectas ponen en situación de ventaja, conseguida ilegalmente, a los empresarios que las practican. Si no se establecen los medios para evitar esa actuación poco correcta, el resultado sería que quienes actuaban incorrectamente atraerían una parte sustancial de la clientela, como consecuencia de la actuación incorrecta, y ello significaría subvertir el orden económico constitucional.

En este planteamiento basado en la necesidad de preservar la libre competencia y, por tanto, la economía de mercado, hay que tener muy presentes los intereses que tienen legítimamente los consumidores, por cuanto constituyen la clientela por la que compiten los empresarios. Así resulta, que los consumidores tienen que jugar un papel fundamental en el ámbito del mercado. La debilidad en la posición negocial de los consumidores.»

A. Naturaleza jurídica

La LORCPM tiene por objeto el reprimir los actos contrarios al régimen de competencia, como son las conductas de abuso de posición dominante, los acuerdos restrictivos de la competencia, la competencia desleal y el realizar el control ex ante de concentraciones económicas, en búsqueda de la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores²¹⁸.

Ahora bien, en relación con su ámbito de aplicación, el artículo 2 de la LORCPM establece que se encuentran sometidos a la Ley, todos los operadores económicos, sin importar sus particularidades, en la medida que sus actos, actividades²¹⁹ o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Es decir, la norma, engloba a todas las posibilidades por las que un competidor puede participar en el mercado²²⁰.

La LORCPM en su artículo 3 determina como un principio rector *«la primacía de la realidad»*, el cual exige a la autoridad administrativa de la competencia que en cada caso deberá determinar la naturaleza de las conductas investigadas, con atención a su realidad y efecto económico en el mercado; principio que habilita a la

²¹⁸ En particular, el artículo 1 de la ley expresa:

«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.»

²¹⁹ El artículo 2 de la LORCPM establece:

«Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.»

²²⁰ En relación con la amplitud del ámbito de aplicación de la LORCPM, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, (SCPM) en la resolución dictada el 13 de noviembre de 2020, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020-R manifestó: *«En tal sentido, la norma señala que los operadores económicos sujetos a las disposiciones de la Ley son tanto personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fin de lucro. Es decir, engloba a todas las posibilidades por las que un competidor puede participar en el mercado»*.

administración pública, determinar y sancionar conductas por su naturaleza anticompetitiva, sin prestar atención a la forma de los actos jurídicos subyacentes.

Por otra parte, dicho principio también se constituye en una exigencia para la autoridad administrativa, ya que exige determinar fehacientemente tanto la existencia de la conducta anticompetitiva prohibida objeto de investigación, así como el de su efecto económico²²¹ situación que, reviste de especial importancia, en consideración de la obligación²²² que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de determinar el mercado relevante para todos los casos que sean objeto de su conocimiento.

Es así como, únicamente mediante la determinación de la plena existencia de la conducta anticompetitiva y en relación con su efecto en el mercado será posible para la autoridad arribar a la conclusión de si el acto investigado tiene como consecuencia el *«impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios»*²²³.

B. Intereses protegidos

Como ya indicamos, el artículo 1 de la LORCPM tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar los actos contrarios a la competencia en los mercados. En tal sentido, la LORCPM al proteger el orden público económico, *«para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible»* busca la prevención, corrección, eliminación y sanción del abuso de operadores económicos con poder de mercado; acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; prácticas desleales, así como mediante el control con la finalidad de salvaguardar la eficiencia en los mercados, el comercio justo, el bienestar general así como de los consumidores y usuarios.

²²¹ Entidad que además conforme el artículo 48, la Superintendencia tiene la carga de la prueba en sus investigaciones.

²²² De conformidad con lo dispuesto en el artículo de la LORCPM.

²²³ Artículo 4 del Reglamento a la LORCPM.

En este sentido, si bien la finalidad de la Ley es la protección del orden público económico, éste se expresa a través de la determinación de sus respectivos intereses protegidos, esto es la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como de los consumidores y usuarios. Así, los intereses protegidos en la Ley se concatenan con los principios constitucionales rectores del Derecho a la libre empresa y la protección del régimen de la competencia.

Sin embargo, en consideración de la amplitud de los intereses que protege la Ley, en casos puntuales podrían entenderse como contrapuestos; por ejemplo, la actuación realizada por un operador económico en el mercado con justificación en la eficiencia económica puede, en ciertos casos, resultar contraria de los intereses de los consumidores, este podría ser el caso de un sistema de «*discriminación*» de precios, en el cual, el oferente de un bien o servicio realice una diferenciación de precios de sus productos dependiendo del poder adquisitivo del consumidor, lo que puede originar una eficiencia en el sentido de Pareto²²⁴, pero a la vez podría ser considerado contrario al interés de los consumidores de tener un precio uniforme de los productos que busca adquirir. Por lo que, resulta imperativo que, al resolver una aparente contradicción de los intereses protegidos en la Ley, la autoridad deba observar los principios y mandatos constitucionales que regulan esta área del derecho.

Junto a ello debemos destacar que, por su naturaleza antitrust, la LORCPM, no incluye como un bien jurídico protegido –por lo menos de manera directa– a los intereses individuales o particulares de los competidores afectados o de consumidores por una eventual conducta anticompetitiva.

Por el contrario, en los casos en que los competidores, así como consumidores que hubieran sido víctimas de un perjuicio económico producto de un acto prohibido en la LORCPM, a fin de satisfacer sus intereses particulares, deberán activar las

²²⁴ VARIAN, H., Market Structure in the Network Age, en CITE SEER X <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.68.1683&rep=rep1&type=pdf> p. 3 (consultada por última vez el 8 de junio de 2022). «*“Aggregate welfare” counts both consumers’ surplus and producers’ surplus on an equal basis. A single producer does at least as well moving from a flat price to a differentiated price, since it always has the option of not differentiating. Since normally some prices go up and some go down when moving to differentiated pricing, some consumers are made worse off and some better off. In balance, we expect that consumers would be worse off, but there are cases where price discrimination results in a Pareto improvement*».

acciones de reparación de daños y perjuicios en vía civil²²⁵, ante las autoridades jurisdiccionales correspondientes.

Por otra parte, los intereses protegidos en la Ley irradian a su vez la regulación de las distintas conductas consideradas como contrarias a la competencia. Así, por ejemplo, la LORCPM, proscribe y sanciona las conductas desleales únicamente cuando éstas 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 ámbito de aplicación de la Ley, análisis que es desarrollado en el tercer capítulo del presente trabajo.

2.- Estructura de la Ley

Para el correcto análisis de la LORCPM, y antes de estudiar la regulación de la competencia desleal como un ilícito anticompetitivo en la norma, es necesario considerar aquellos aspectos generales que envuelven su aplicación, la tipología de infracciones, mercado relevante, procedimiento y los órganos encargados de su aplicación y sanción.

A. Conductas prohibidas en la Ley

Si bien, el presente trabajo de investigación busca profundizar el estudio de la represión de la competencia desleal en la Ley, estimamos necesario referirnos de manera sucinta a la regulación de los distintos ilícitos anticompetitivos en la LORCPM, lo que permitirá al lector tener una mejor comprensión del ámbito de la regulación en Derecho de la competencia ecuatoriano.

²²⁵ Sin perjuicio de lo indicado, la afectación a los derechos de los competidores es un elemento esencial para tener en cuenta en la determinación del importe de multas, conforme lo establecido en el artículo 80, letra e) de la LORCPM. En adición, por remisión legal expresa una vez sancionado un operador económico por incurrir en conductas anticompetitivas, los perjudicados podrán iniciar las acciones de reparación de daños y perjuicios correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley.

i. Abuso de poder de mercado

La LORCPM define al poder de mercado²²⁶ como «*la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado*» y considera que un operador tiene poder de mercado u ostenta una posición de dominio en los casos que, «*por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado*».

La definición legal contenida en la Ley se inspira en los elementos desarrollados en la jurisprudencia europea sobre posición dominante, los cuales tiene como un primer antecedente la sentencia del caso United Brands²²⁷ que establece como posición dominante a «*la posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores*»²²⁸.

Por lo que, para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, un operador ostenta poder de mercado –como expresión de posición de dominio²²⁹– en los casos que pueda actuar

²²⁶ LORCPM Art. 7.

²²⁷ Sentencia, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BV c. Comisión, Rec. p. 207.

²²⁸ Definición similar ha sido utilizada por las autoridades españolas de la competencia. Vid. GUTIERREZ, A., “Artículo 2. Abuso de posición dominante” en VV.AA., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas, pp. 267, 268:

«La práctica del TDC indica que para que se acredite la existencia de posición dominante puede ser suficiente que se establezca que la empresa en causa posee un significativo grado de independencia frente a las reacciones de sus competidores (si los tuviera) o de sus clientes. El Consejo de la CNC ha especificado que el margen de independencia frente a competidores y clientes no debe ser absoluto, sino que basta con que sea «apreciable» o «considerable». Citando la Comunicación de la Comisión Europea de 2009 sobre abusos exclusionarios. la CNC ha definido la posición dominante en términos algo distintos: «la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia.»

²²⁹ En relación con la utilización del término poder de mercado como sinónimo de posición de dominio en el contexto de la LORCPM, la Superintendencia ha señalado que:

«... la posición de dominio, al igual que el poder de mercado, se caracteriza por poder incrementar precios por encima del nivel competitivo por un periodo de tiempo sostenido. En el contexto de la prohibición de abuso del poder de mercado se las debe considerar como términos

de forma independiente de los demás competidores y ante la falta de presión competitiva no se vea obligado a revisar precios, condiciones o ajustar sus estrategias en la comercialización de sus productos.

Ahora bien, la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general²³⁰, en consideración de que el poder de mercado obtenido perfectamente podría ser el resultado de eficiencias económicas o del buen hacer del, o de los operadores, en el ejercicio de su Derecho de libertad de empresa²³¹.

Por el contrario, en términos de la LORCPM, constituye abuso de poder de mercado el que uno varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En otras palabras, para la configuración del ilícito de abuso de poder mercado, deben coexistir dos elementos esenciales, por una parte, la posición de dominio y, por otra, el acto calificado como abusivo.

Finalmente, en el artículo 9 de la LORCPM, el legislador optó por incluir, aunque no con carácter taxativo, un listado que engloba a 23 conductas que son consideradas como especialmente abusivas.

equivalentes o sinónimos. Cuando la LORCPM cita al poder de mercado hace referencia a la posición dominante. Esto es evidente en el artículo 7, donde el legislador se refiere al poder de mercado y a la posición de dominio de forma equivalente. Además, la forma en la que nuestra legislación define al poder de mercado tiene las mismas características a lo que en otras legislaciones se conoce como posición dominante, principalmente la legislación de la Unión Europea.»

Por tanto, debe concluirse que para efecto de la aplicación del artículo 9, el presunto implicado debe tener poder de mercado para ser calificado como un operador con posición dominante o con poder de mercado.

<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/Gu%C3%ADa-para-la-investigaci%C3%B3n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

²³⁰ Art. 7 de la LORCPM.

²³¹ Disposición que se encuadra con lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Michelin I: «*la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición...*». Sentencia dictada el 9 de noviembre de 1983, dentro del caso 322/81, Michelin v Commission [1983], párrafo: 57.

Como crítica, señalaremos la dificultad que implica, tanto para los administrados como para la administración, el que la LORCPM contemple tal cantidad de modalidades distintas de actos de abuso de poder de mercado; debido a que en la práctica una misma actuación realizada por un operador económico podría encuadrarse en varias de las conductas prohibidas.

A modo de ejemplo, señalaremos la resolución dictada el 19 de febrero de 2020, dentro del expediente SCPM-CRPI-004-2020, en la que, la autoridad de competencia adoptó medidas preventivas en el marco de una denuncia por abuso de poder de mercado en la que afirmaba que existiría por parte del denunciado una negativa injustificada de contratar en el marco de un mercado en el que la prestación del servicio contratado constituye una facilidad esencial.

Situación que, a criterio del denunciante, se correspondía con varias de las conductas anticompetitivas contenidas en el artículo 9 de la LORCPM, lo que implícitamente conlleva que la autoridad de competencia deba pronunciarse respecto a cómo el acto denunciado se encuadraría en cada una de las conductas tipificadas en la Ley.

Lo que no nos parece del todo eficiente, en consideración a que para la imposición de la eventual sanción basta con que la autoridad acredite la existencia únicamente de una de ellas, o que un acto que sin estar expresamente tipificado constituya un posible abuso de poder mercado afectando los intereses jurídicos protegidos.

ii. Acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia

El artículo 11 de la LORCPM define a las conductas colusorias como:

«Acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas»; y en general a «todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma

manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuya finalidad tenga por objeto o efecto real o potencial de restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.»

En este sentido, la LORCPM considera como acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, a los pactos explícitos y tácitos que, por su objeto o efecto en el mercado falseen la competencia de todo o parte del mercado²³².

Resulta evidente que el esquema normativo utilizado es similar al contenido en el artículo 101.1 del TFUE²³³, esto debido a que el régimen de competencia ecuatoriano se inspiró en el régimen de competencia de la Unión Europea, en el que se incorporó instituciones jurídicas propias del sistema europeo –como son la clasificación de acuerdos por objeto o efecto– y en la misma línea, la autoridad de competencia, para fundamentar sus resoluciones, ha utilizado como referencia jurisprudencia y doctrina del Derecho de la Competencia de la Unión Europea²³⁴.

En este orden de ideas, la regulación de los acuerdos colusorios contenida en la LORCPM al incluir la clasificación de acuerdos por objeto o efecto conlleva a que las autoridades administrativas o jurisdiccionales –para sancionar o ratificar una sanción

²³² La autoridad de competencia ecuatoriana entiende a los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia: «... a los pactos entre operadores económicos, sean estos explícitos como contratos, convenios, decisiones de agrupaciones, o acuerdos tácitos como prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que por su propia naturaleza o por sus efectos, puedan impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia en todo o en una parte del mercado nacional.» Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/11/Gu%C3%ADa-para-la-investigaci%C3%B3n-de-acuerdos-y-pr%C3%A1cticas-restrictivas.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

²³³ De igual forma, señalamos la semejanza existente en la redacción normativa del artículo 1 sección 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

²³⁴ Como ejemplo de lo indicado nos referiremos a la resolución dictada el 07 de septiembre de 2020, en el expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020 (accesible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/06/SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020.pdf>) y la resolución dictada el 04 de diciembre de 2020, en del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020. (accesible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/11/Resolucion-04-12-2020-EXP-SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020.pdf>) (consultadas por última vez el 8 de junio de 2022).

en el marco de una conducta colusoria— no requiera en todos los casos probar un daño efectivo en el mercado²³⁵.

Sin embargo, la utilización del estándar por objeto o efecto para el análisis de acuerdos restrictivos de la competencia en Ecuador no ha estado exento de controversias. En la actualidad, existe una interesante discusión respecto la pertinencia de su aplicación.

Dicha discusión tiene su origen en la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro juicio No. 17811-2016-01271²³⁶, que resolvió el recurso de casación presentado contra la sentencia de primera instancia que ratificó la sanción impuesta en la resolución No. SCPM-CRPI-2015-0291 de la autoridad de competencia del Ecuador al determinar la existencia de un cartel en ámbito de compras públicas.

En la especie, la Corte Nacional de Justicia consideró que el estándar de análisis para los acuerdos y prácticas colusorias en el marco de la norma de competencia ecuatoriana, debe ser la regla de la razón²³⁷, estándar propio de sistemas jurídicos de la

²³⁵ En relación con la regulación de la figura jurídica en la Ley 15/2007, señalan Vid. DÍEZ ESTELLA, F., y GUERRA FERNÁNDEZ, A., “Artículo 1. Conductas colusorias”, Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas, p. 133:

«Así pues, y como se deduce de la interpretación literal del artículo 1.1 de la LDC, no es necesario para constatar la práctica restrictiva un daño efectivo para la competencia. Tampoco, como se ha apuntado en algunas Resoluciones del TDC y la CNC, que exista un «seguimiento absoluto de los acuerdos prohibidos por parte de las partes que los adopten» 29), basta con que el acuerdo o la conducta que sea tengan aptitud para provocarlo. Como han señalado reiteradamente las autoridades de defensa de la competencia, las conductas tipificadas están prohibidas —en lo que a impedir, restringir o falsear la competencia se refiere— sí, y sólo si, cumplen una, al menos, de las tres condiciones siguientes 30): 1) tener el objeto, aunque no lo consiga; 2) poder producir el efecto, aunque no haya propósito; o 3) haber producido el efecto, incluso sin perseguirlo.»

²³⁶ Sentencia de 19 de octubre de 2017, dictada dentro No. juicio No. 17811-2016-01271 por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional del Ecuador.

²³⁷ Ibid.

«DÉCIMOTERCERO.- Por lo que, cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado, como se ha dado en el presente caso por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto; debiendo además graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA

competencia anglosajones, que se contraponen con el estándar europeo, –contenido en el artículo 101 del TFUE– e incorporado en la LORCPM.

Cabe decir que dicho pronunciamiento ha sido objeto de distintas críticas, entre las que destacamos las realizadas en la evaluación entre pares realizada al Ecuador en el año 2021, por la OECD- BID, al considerar que la Corte Nacional de Justicia incurrió en un importante error al utilizar un estándar distinto al contenido en la Ley, sin considerar que la LORCPM determina que los cárteles son un “delito por objeto” que no requiere probar el daño²³⁸, además de recomendar la necesidad de que autoridades jurisdiccionales sean capacitados en materia de competencia.

Por otra parte, al igual que ocurre en el caso de la regulación de los actos de abuso de poder de mercado, el artículo 11 de la LORCPM incorpora un amplio listado²³⁹, de carácter no taxativo, de conductas colusorias que son consideradas prohibidas y que las proscriben como nulas en la medida que no estén amparadas por las exenciones previstas en la Ley²⁴⁰.

CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: acepta los recursos de casación de la Procuraduría General del Estado, y de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y el de Capital Contact Center RECAPT S.A. por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **Y por tanto se casa la sentencia expedida el 19 de mayo del 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón.**»(Énfasis añadido).

²³⁸ Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia 2021, Ecuador, <https://www.oecd.org/daf/competition/examen-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-de-competencia-ecuador-2021.htm> (consultada por última vez 8 de junio de 2022):

«El segundo desafío es la falta de experiencia de los jueces en materia de competencia. Por ejemplo, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en el caso de Recapt dictaminó que el estándar aplicable a los cárteles fue la regla de la razón y que debían demostrarse los efectos perjudiciales del cártel (véase el Recuadro 6). El tribunal se equivocó de dos maneras. En primer lugar, utilizó la dicotomía *per se*/regla de la razón, mientras que la LORCPM utiliza una distinción por objeto/efecto. En segundo lugar, la LORCPM estipula claramente que los cárteles son un delito por objeto, sin necesidad de probar el daño. La sentencia se basó en el uso erróneo de una norma de derecho penal (que exige la prueba del daño) en un caso de derecho de la competencia que imponía una multa, que es una sanción administrativa, no penal.»

²³⁹ El artículo 11, incorpora un total de 23 acuerdos y prácticas prohibidas.

²⁴⁰ Art. 11 de la LORCPM: (...) Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

En este sentido, debemos destacar que, en el marco de la LORCPM son objeto de sanción tanto los acuerdos que devengan de una colusión explícita, o tácita y no realiza distinción respecto de acuerdos restrictivos horizontales o verticales.

Por otra parte, la LORCPM contempla una exención en la prohibición de los acuerdos para aquellos casos en que éstos generen «*efectos positivos*» en el mercado como es el promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 de Ley²⁴¹.

Finalmente, el artículo 13 de la LORCPM contiene una regla de *mínimis*²⁴² para los acuerdos realizados por operadores económicos que por su pequeña escala de operación y /o por su escasa incidencia²⁴³, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia²⁴⁴. Es decir, la Ley exime de la prohibición de las

²⁴¹ Se entienden exentos los acuerdos que, conforme el artículo 12 de la LORCPM en los casos que: «*a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y, c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados*».

²⁴² Cabe anotar que la LORCPM al fijar la regla de *mínimis* para su aplicación no establece distinción entre los acuerdos por objeto y efecto.

²⁴³ Desde la perspectiva del Derecho Comunitario Europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que el artículo 101, apartado 1 no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia no son sensibles. Ver en: Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*) 2014/C 291/01, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=ES), (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

²⁴⁴ Con relación a las infracciones de menor importancia en acuerdos restrictivos de la competencia Vid. PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas, p. 521:

«El artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia supone el reconocimiento legal de la regla de *minimis* en nuestro ordenamiento jurídico como elemento que excluye la aplicación de las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la Ley. Se incorpora, así, en nuestro ordenamiento la doctrina jurisprudencial comunitaria respecto de las conductas colusorias, ampliando sus efectos a los abusos de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aunque la relevancia en relación con estas conductas, en particular, respecto de las abusivas, ha de ser, sin duda, menor. Se opta, pues, por un concepto menos amplio de restricción de la competencia que excluye del mismo a aquellas conductas que no ponen en peligro el funcionamiento competitivo del mercado³⁵). La aplicación de esta regla a todas las conductas prohibidas justifica que se halla recogido la misma en un artículo distinto,

conductas contenidas en su artículo 11, en los casos en que dichos acuerdos por ser de menor importancia no restringen la competencia de forma sensible²⁴⁵.

De la revisión de las figuras contenidas en la LORCPM, hemos omitido el análisis del control de concentraciones económicas, que se caracteriza por un control ex ante de las actuaciones de los operadores económicos y no se corresponde con los procesos de derivados del cometimiento de infracciones a la Ley por conductas anticompetitivas²⁴⁶.

De esta breve revisión de la regulación de las conductas de abuso de poder de mercado y de acuerdos restrictivos de la competencia en la LORCPM, resaltamos la influencia e inspiración europea en la legislación ecuatoriana, y como sus precedentes son útiles a modo de guía para la autoridad administrativa ecuatoriana; en consideración de que las autoridades judiciales, a día de hoy, no se encuentran debidamente capacitadas en Derecho de competencia, situación que ha provocado fallos que generan más sombras que luces en los administrados y en la propia administración.

iii. Conductas desleales

Por otra parte, la competencia desleal es el tercer ilícito prohibido en la LORCPM, el cual es objeto de profundo estudio en el presente trabajo, sin embargo,

evitando, de esta manera, la repetición de la exigencia de afectación significativa de la competencia en cada uno los preceptos que sancionan las conductas prohibidas.

La regla de *minimis*, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, alcanza su mayor relevancia en relación con las conductas colusorias, único supuesto, por lo demás, para el que se reconocía en los antecedentes legislativos nacionales (con la excepción, de nula relevancia práctica, de la facultad del Servicio de Defensa de la Competencia de no iniciar procedimientos de infracción contra conductas abusivas de posición dominante de menor importancia).»

²⁴⁵ A fin de determinar los umbrales para la aplicación de la regla de *minimis*, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado expidió las resoluciones 003 y 006 estableciendo los siguientes lineamientos:

«Cuando la conducta sea realizada por operadores económicos real o potencialmente competidores y estos no deberán exceder de manera conjunta el 14% de la cuota de los mercados relevantes afectados.

Cuando el acuerdo realizado por operadores económicos que no sean real o potencialmente competidores, cada uno no deberá exceder del 15% de la cuota del mercado relevante afectado. En el caso de en mercado relevante, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado se reducen al 5% de la cuota de mercado.»

²⁴⁶ Lo indicado, sin perjuicio de las acciones que puede iniciar la Superintendencia por falta de notificación de concentraciones por sus integrantes y correspondiente autorización en el marco de la Ley.

desde de ya nos anticipamos en resaltar que la inspiración europea en la LORCPM también es evidente en el bloque de disposiciones que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas por prácticas desleales, en particular de la legislación española²⁴⁷, de la que el legislador ha adoptado con mayor o menor fortuna varios de sus principales preceptos.

En este sentido, la regulación de la competencia en la LORCPM será revisada en los apartados correspondientes, con especial énfasis en la cláusula general contra la competencia desleal y los requisitos para la activación de la represión del ilícito antijurídico.

B. Mercado relevante

Como ya hemos comentado, la LORCPM, es una norma de defensa de la competencia, o antitrust, en tal sentido, su regulación está encaminada a prevenir, prohibir y sancionar conductas anticompetitivas con efectos perniciosos en el orden público²⁴⁸ económico²⁴⁹.

²⁴⁷ Lo indicado sin olvidar también de la influencia del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal del Perú en el legislador ecuatoriano.

²⁴⁸ JARA, M. E., “La protección contra la competencia desleal...”, op. cit. p. 225.

²⁴⁹ En este sentido, el orden público es entendido como una regla de mínimos respecto de los efectos reales o potenciales que debe cumplir la conducta anticompetitiva en el mercado para activar su represión legal. Respecto de la definición del orden público económico en relación con el Derecho de competencia Vid., SAINZ MORENO, F., “Orden público Económico y restricciones de la competencia”, Revista de administración pública, N° 84, 1977, pp. 599, 605, 606:

«... un concepto valorativo en el sentido de que implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas. Su contenido normativo, por otra parte, sólo adquiere pleno sentido cuando se pone en relación con un supuesto de hecho concreto al que se trata de calificar. Es, pues, un típico concepto jurídico indeterminado que, como todos los conceptos de esta clase, no obstante sus múltiples variantes, tiene una unidad de sentido. En este caso, la unidad de sentido procede de la noción de «orden público», de la cual el concepto de «orden público económico» es una manifestación concreta.” (...) El objeto protegido por la noción de «orden público», las «reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad», se extiende hoy a ciertos principios básicos de la actividad económica que integran lo que se denomina el «orden público económico». Tal extensión se produce con la finalidad concreta de lograr en el ámbito de la actividad económica los efectos típicos de la noción del orden público (establecimiento de límites y prohibiciones, declaración de nulidades e imposición de sanciones). Es sabido, sin embargo, que parte de la doctrina atribuye a la noción de “orden público económico” una función positiva de legitimación de la actividad administrativa de intervención en la economía ahora bien, entiendo que es más adecuado utilizar esta noción para producir las funciones limitativas características del “orden público” reservando, en cambio, la noción de «interés público» para legitimar intervenciones positivas.»

En este contexto, el legislador, en consideración de la naturaleza jurídica de la LORCPM, estableció que la autoridad de competencia, para cada caso en que se investiguen conductas contrarias al régimen de competencia –así como para la autorización de concentraciones– deberá determinar el mercado relevante.

Al respecto, la LORCPM en lo principal, en su artículo 5 establece:

«Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, 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...»

En tal virtud, la autoridad de competencia ecuatoriana para todos los casos que sean objeto de su conocimiento deberá realizar un análisis económico del mercado en el que tiene lugar la conducta anticompetitiva, así como de –su real o potencial– afectación. Para ello, deberá considerarse, entre otros, la estructura de mercado, el tipo de producto, el grado de concentración de la oferta, las barreras legales o materiales de entrada.

Consideramos que la determinación del mercado relevante como herramienta de análisis económico resulta indispensable en aquellos casos en que la práctica anticompetitiva consista en actos de abuso de posición dominante, ya que para la configuración del ilícito es necesario que la autoridad de competencia determine las cuotas de participación de los competidores en el mercado a fin de estimar correctamente el poder de mercado –*market power*– del o los investigados, y la intensidad de los efectos de la conducta.

Similar situación tiene lugar en la mayoría de los casos de persecución de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, debido a que la LORCPM establece como prohibidos y objeto de represión legal aquellos acuerdos que superen la regla de *minimis* constante en la Ley.

De igual forma, en el control de concentraciones económicas, la determinación del mercado relevante gozará de especial relevancia puesto que permitirá predecir la cuota de participación de los operadores económicos resultante y el grado de concentración económica en el mercado.

En relación con la utilización de la herramienta de la determinación del mercado relevante en el ámbito de prácticas desleales, sin perjuicio de tratarlo de forma profunda en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación, desde ya advertimos que, la represión tradicional de los actos de competencia desleal no requiere «*normalmente*» de la utilización de dicha herramienta en tanto que, la deslealtad competitiva de una acción u omisión tiene lugar por ser contraria a los usos y costumbres honestos o, desde un modelo social de represión, ser objetivamente contrarios al principio de buena fe.

Por lo que, en el marco de la LORCPM parecería que la determinación del mercado relevante en ámbito de conductas desleales tiene lugar en la medida que su prohibición en la Ley sea producto de la intensidad de los efectos de la conducta en el mercado; en otras palabras, que los actos de competencia desleal se correspondan a un ilícito antitrust o falseamiento del mercado y no por la simple deslealtad del acto o hecho concurrencial.

C. Órganos encargados de su aplicación y sanciones

Ahora bien, desde el punto de vista procedimental, la LORCPM establece un único procedimiento para la investigación y sanción de actos de abuso de poder de mercado, acuerdos restrictivos de la competencia y de competencia desleal.

El procedimiento está compuesto por una fase de investigación²⁵⁰ que, conforme la Ley y su Reglamento es amplia²⁵¹ y permite a la administración pública –mediante las intendencias de investigación– realizar las actuaciones correspondientes para

²⁵⁰ Artículo 56 de la LORCPM.

²⁵¹ La fase de investigación que lleve a cabo la Superintendencia se divide en dos posibles etapas, la primera, para aquellos casos en que la investigación se abra de oficio, o a solicitud de otros órganos de administración pública, el artículo 56 del Reglamento de la LORCPM, establece una etapa de investigación preliminar que tiene un término de 180 días. Una vez concluida, y de existir mérito se abre la etapa de investigación formal que puede durar hasta 360 días plazo, conforme el artículo 62 del Reglamento. En los casos por denuncia, únicamente tiene lugar la etapa de investigación formal.

determinar la posible existencia de las conductas investigadas, la determinación del mercado relevante y los posibles efectos anticompetitivos en él.

Una vez concluida la fase de investigación, tiene lugar la fase resolutoria en la que, la autoridad, previo a expedir la resolución correspondiente, abrirá un término de prueba y alegatos para que, con todos los elementos recabados en el expediente de investigación y pruebas aportadas por las partes procesales, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) –órgano resolutor– resuelva la existencia, o no de los ilícitos investigados y de ser el caso establezca la sanción correspondiente²⁵².

Finalmente, en ámbito administrativo las resoluciones que emita la Comisión de Resolución de Primera Instancia pueden ser impugnadas principalmente mediante recurso de apelación que recae la competencia sobre la máxima autoridad de la institución, el Superintendente de Control del Poder de Mercado²⁵³.

Por otra parte, desde el punto de vista de la facultad punitiva de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la LORCPM contiene fuertes sanciones para los operadores que incurran en las infracciones contenidas en la Ley, las que varían desde el 8 al 12 por ciento del volumen de negocio del operador económico infractor. Para ello, la autoridad deberá, al imponer la sanción correspondiente, observar el principio de proporcionalidad entre la sanción y la de la gravedad de la conducta cometida por el infractor²⁵⁴.

De esta manera, la LORCPM contempla para las infracciones leves sanciones hasta del 8% del volumen de negocios, mientras que, para las graves y muy graves éstas varían hasta el 10% y 12% respectivamente; finalmente, en los casos en que no sea

²⁵² Artículos 60 y 61 de la LORCPM.

²⁵³ LORCPM, «Art. 67.- *Recurso de Apelación o Jerárquico.*- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que 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»

²⁵⁴ Lo indicado, además de la facultad que tiene la autoridad de imponer medidas correctivas, conducentes a restablecer el proceso competitivo y prevenir, impedir, suspender o corregir la conducta anticompetitiva; medidas correctivas que pueden consistir entre otras: «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».

posible calcular el volumen de negocios de los operadores económicos, la Ley prevé una multa de hasta 17 millones de dólares, calculada con base en salarios básicos unificados²⁵⁵.

En adición, la LORCPM no incluye una fórmula de cálculo para que la autoridad cuantifique exactamente el importe de las multas que deba imponer en un caso concreto²⁵⁶, sin embargo, el artículo 80 de la norma contempla criterios para la determinación del importe de sanciones, lo que le permite a la autoridad graduar la eventual sanción en función de su existencia.

En particular, los criterios para la determinación de multas se caracterizan claramente por responder a la naturaleza de una norma de defensa de la competencia y estos son:

«... 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; y, g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables»²⁵⁷.

Se observa, pues, que el sistema de sanciones contenidas en la Ley es el típico de las normas de defensa de la competencia, es decir, son sanciones de corte jurídico

²⁵⁵ Equivalente para el año 2022 que equivale a 425 USD, calculado entre 50 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas dependiendo de la gravedad de la infracción.

²⁵⁶ No obstante, las autoridades en la materia, en especial la Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado y posteriormente la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a fin de dotar de seguridad jurídica a los administrados y a la propia administración, han adoptado fórmulas de imposición de multas que gradúan la sanción en consideración de factores como el mercado relevante, afectación geográfica, tiempo de duración de la conducta, entre otros. Estos parámetros se encuentran tanto en la Resolución 012 de la Junta de Regulación como en la posterior Resolución No. SCPM-DS-2021-19 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

²⁵⁷ Desde un punto de vista de derecho comparado, señalaremos que dichos criterios de evaluación resultan comunes en la mayoría de las normas de regulación y protección de la defensa de la competencia internacional. A modo de ejemplo, encontramos –con una redacción similar a la disposición ecuatoriana– el artículo 64 de la Ley 15/2007, de España; los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 de Colombia; y, el artículo 47 del Decreto Supremo N°. 030-2019-PCM de Perú.

público que responden a la represión de conductas anticompetitivas que afectan el orden público económico y no se corresponden con las sanciones típicas jurídicas privadas.

D. (sigue) Prohibición de la duplicidad de sanciones

En otro orden de ideas, el párrafo quinto del artículo 25 de la LORCPM, establece que las sanciones previstas en la Ley serán aplicadas en los casos en que la práctica no se encuentre tipificada como una infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, lo señalado sin perjuicio de la facultad que tiene la autoridad administrativa para adoptar otras medidas correctivas que considere oportunas en el caso objeto de su análisis²⁵⁸.

El legislador, mediante la disposición contenida en el artículo 25, párrafo 5 de Ley, limitó a la Superintendencia la posibilidad de imponer multas para los actos de competencia desleal en aquellos casos en que tengan lugar otras posibles sanciones mayores contenidas en otras normas legales, disposición que no parece acertada, por las consideraciones que se detallan en los siguientes subepígrafes.

i. Naturaleza de la acción de la competencia desleal en el marco de la LORCPM

Al respecto, las infracciones y sanciones contempladas en la LORCPM tienen por objeto disuadir la comisión de las conductas anticompetitivas en el mercado; es decir, dichas sanciones tienen como fundamento jurídico la corrección de los operadores económicos, en búsqueda de la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios²⁵⁹.

En este sentido, consideramos que una infracción a la LORCPM por competencia desleal pueda a su vez constituir infracción –con una sanción mayor– a

²⁵⁸ Art. 25 (...) «Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia».

²⁵⁹ Art. 1 de la LORCPM.

otra norma legal, no debería ser razón suficiente para que la Superintendencia se abstenga de sancionar la conducta anticompetitiva.

Aparentemente, el legislador, mediante la incorporación de la disposición contenida en el párrafo 5 del artículo 25 de la LORCPM, buscó evitar que el Estado, a través de su facultad punitiva, sancione dos veces a un agente económico por los mismos hechos. A nuestro criterio, sin embargo, las sanciones que eventualmente emita la autoridad de competencia, así como otra autoridad administrativa, no infringen necesariamente el principio constitucional *non bis in idem*.

Al respecto, el principio *non bis in idem* se constituye como una garantía constitucional del debido proceso que protege el derecho de los particulares a no ser juzgados más de una vez por la misma causa y materia.

En Ecuador, dicho principio se encuentra recogido por el artículo 76, número 7, letra i) de la Constitución de la República del Ecuador²⁶⁰ y ha sido desarrollado por la Corte Constitucional ecuatoriana en los siguientes términos.

«El principio non bis in idem consiste en la garantía que veda la doble sanción y/o el doble juzgamiento; es decir, tanto la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho como la exposición del riesgo de que aquello ocurra mediante el sometimiento a un nuevo proceso judicial. En este sentido, varios instrumentos internacionales consagran este principio que en esencia prohíbe la existencia de múltiples consideraciones o valoraciones jurídicas sobre un mismo hecho.»²⁶¹ (Énfasis añadido)

Además, la Corte Constitucional señaló, en esta última sentencia que, para invocar este principio constitucional, dentro de la garantía del debido proceso, deben

²⁶⁰ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

²⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1638-13-EP/19, de 28 de agosto de 2019, párrafo 28. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/acf13218-6ac5-4374-9b10-c2d0f909ffb9/1638-13-ep-sen.pdf?guest=true> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

cumplirse cuatro presupuestos básicos: 1) identidad subjetiva; 2) identidad de los hechos; 3) identidad del motivo de persecución; y, 4) identidad de materia²⁶².

Ahora bien, con sustento en el precedente constitucional señalado, podemos concluir que en aquellos casos en los que exista una sanción producto de una infracción contenida en la LORCPM y que a su vez dicho acto haya sido sancionado por otro órgano de la administración pública, no implica necesariamente que concurran los requisitos recogidos por la jurisprudencia Constitucional.

A modo de ejemplo, en caso de que un operador económico mediante un mensaje publicitario incurra en un acto de engaño a consumidores y que producto del efectivo engaño hubiera sido sancionado por la autoridad de consumo²⁶³, dicha sanción tendría lugar por la eventual infracción de las normas de protección de los consumidores.

Sin embargo, la sanción que tuviera lugar, en el marco de la LORCPM, por la existencia de publicidad engañosa²⁶⁴ tendría como finalidad el corregir la distorsión en el mercado producto de la práctica desleal.

En este sentido, la fundamentación para la prohibición y sanción de la conducta desleal desde la perspectiva del Derecho de la competencia tiene lugar no solo para la afectación de los consumidores engañados, sino que dicha infracción puede además perjudicar a los competidores²⁶⁵ que actúan lealmente en el mercado y que se ven expuestos a presiones competitivas ilícitas²⁶⁶, de igual forma una conducta desleal

²⁶² Ibid. Párrafo 30.

²⁶³ El caso indicado, es únicamente con fines ejemplificativos, puesto que como se indicó en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, las competencias que tiene la Defensoría del Pueblo en ámbito sancionatorio son limitadas.

²⁶⁴ Conducta tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la LORCPM.

²⁶⁵ Además de la correspondiente afectación al mercado en el que participa el operador económico infractor.

²⁶⁶ Como lo señala entre otros, al referirse a la Ley 3/1991 de España, GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva cláusula general en la LCD”, *Autocontrol*, N.º. 154, 2010, versión digital p. 2 de 13. «*En la aplicación de la cláusula general del artículo 5 de la LCD, que ha sido objeto de riquísima jurisprudencia, deben tenerse en cuenta, según proceda, los intereses de los consumidores, de los competidores o de la generalidad*». DÍEZ. ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal...”, op. cit., p. 6., La competencia desleal protege una triada de intereses: «*Se puede hablar, por tanto, de una “triada de intereses” protegidos: los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado, cuya tutela informa todo el Derecho de la competencia desleal español.*»

afectará la leal concurrencia en el mercado y contrariará los intereses constitucionales de mantener mercados transparentes, saneados y altamente competitivos.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la infracción de una norma ya sea tributaria, laboral o que regula la producción o comercialización de bienes o servicios. La infracción de dicha norma conllevará la correspondiente sanción por el órgano competente, pero existen casos en los que dicha infracción normativa genera ventajas competitivas al infractor y su vez ocasiona efectos anticompetitivos en la estructura del mercado, lo que da lugar a una conducta de competencia desleal por infracción de normas. Al respecto, debemos considerar que el propio numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM establece que constituye infracción sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

Lo indicado tiene por sustento en que la autoridad de competencia sanciona la incorrección del operador económico en el mercado y el efecto de la conducta en él, ya sea esta real o potencial, en tanto que, la autoridad competente correspondiente, al sancionar la “simple” infracción normativa lo hará con sustento en el objeto protegido de la Ley –sea esta tributaria, laboral, ambiental, entre otros– y en el ámbito privativo de sus competencias.

Por tal razón, podemos concluir que, en el caso de que existan dos actos administrativos sancionadores emitidos por autoridades diferentes –y uno tenga lugar en ámbito de la LORCPM– las sanciones impuestas no tendrían identidad de persecución en tanto los bienes jurídicos protegidos de las distintas normas son diferentes, así como, no existiría identidad de materia puesto que cada autoridad actuaría en el marco respectivo de sus competencias.

ii. De la sanción y su graduación

Ello es así porque la protección de cualquiera de ellos produce la protección refleja de los demás» DÍEZ. ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal...”, op. cit., p. 6.

La LORCPM, al ser una norma de regulación de defensa de la competencia, que incluye en su regulación la competencia desleal, contempla sanciones propias de regímenes jurídicos de naturaleza antitrust.

Así, la LORCM en el artículo 78, numeral 2, letra c, contempla a las infracciones de competencia desleal como infracciones graves a la Ley, y establece sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios del operador económico, lo que a criterio de algunos juristas constituyen «*las más altas del mundo para casos de competencia desleal*»²⁶⁷.

Al respecto, de conformidad con lo determinado en la propia LORCPM, el volumen de negocio consiste en el valor resultante de los ingresos del último ejercicio fiscal en las actividades ordinarias del operador económico previa deducción de gastos²⁶⁸, adicionalmente, en aquellos casos que no pueda calcularse el volumen de negocio de la empresa infractora, la LORCPM establece que las sanciones varían entre 2001 y 4.000 salarios básico unificados –el sueldo mínimo a pagar–²⁶⁹ de USD 425,00 al año 2022, por lo cual las sanciones oscilarían aproximadamente entre 850.425 a 1.700.000 Dólares de los Estados de Unidos de América²⁷⁰.

²⁶⁷ NAVARRETE, M. “Competencia Desleal y Daño al Interés General en Ecuador”, publicado en el “DERECHO, ECONOMÍA Y COMPETENCIA” de la Universidad San Francisco, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

²⁶⁸ LORCPM Art. 6.- Volumen de negocios. - «*A efectos de la presente 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.*».

²⁶⁹ Artículo 79 de la LORCPM:

«Art. 79.- Sanciones. - La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: (...)

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: (...) 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.»

²⁷⁰ Calculado con base en el salario de 425.00 USD vigente para el año 2012, fijado en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2021-276 de 21 de diciembre de 2021, Vid. <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/12/ACUERDO-MINISTERIAL-SBU-276-VF-signed.pdf?x42051> (consultado por última vez el 8 de junio de 2022).

En tal sentido, la disposición contenida en el artículo 25 de la LORCPM – consistente en el impedimento de la Superintendencia de imponer multas en aquellos casos en que la práctica esté también tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal– nos parece poco práctica, en consideración de que debido a las altas multas reservadas para las conductas desleales en la ley –que están diseñadas para disuadir comportamientos anticompetitivos en el mercado– difícilmente se verán superadas en otros cuerpos legales.

Por las consideraciones anotadas, parece innecesaria la disposición contenida en el párrafo 5 del artículo 25 de la LORCPM.

iii. Posible inaplicabilidad de una sanción a una infracción contenida en la LORCPM

Por otra parte, la limitación para la imposición de sanciones contenida en el artículo 25 de la LORCPM exige únicamente que la práctica este tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal. Es decir, la norma requiere la simple tipificación y no necesariamente la existencia de una resolución sancionatoria emitida por autoridad competente o por lo menos la apertura de un expediente administrativo que se encuentre en trámite.

Lo que puede dar lugar al supuesto que la Superintendencia se inhiba de sancionar una conducta desleal en virtud de la existencia de la tipificación de la práctica en otra norma con una sanción mayor, pero que la autoridad competente para imponer dicha sanción nunca emita una resolución sancionatoria, entre otros motivos, porque no conoció de la infracción normativa, o no abrió un expediente sancionatorio o; incluso por haber caducado su facultad punitiva.

En este supuesto el operador económico estaría libre de cualquier sanción administrativa y podría ser un incentivo para incurrir en futuras infracciones a la Ley, lo que en nuestro criterio evidentemente desvirtúa la finalidad y objetivos de la LORCPM.

A modo de conclusión la disposición contenida en el párrafo quinto del artículo 25 de la LORCPM, nos parece que constituye un evidente error legislativo, en primer

lugar, porque, conforme la jurisprudencia constitucional señalada, el hecho de que existan dos sanciones distintas por los mismos hechos no conlleva necesariamente una infracción al principio *non bis in ídem*.

En segundo lugar, porque las sanciones contempladas en la LORCPM son sanciones altas y difícilmente otras sanciones contenidas en normas administrativas contendrán sanciones superiores.

Finalmente, la inclusión de esta disposición en la Ley abre la puerta para que eventualmente posibles conductas desleales queden libres de sanción y por el contrario dicha disposición se constituya en un incentivo para que los operadores económicos incurran en eventuales prácticas de competencia desleal.

IV. Competencia desleal en la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Por las consideraciones anotadas, en su expedición la LORCPM fue presentada como una moderna norma de defensa la competencia que tiene como objeto jurídico proteger el orden público económico²⁷¹ en sintonía con el marco constitucional ecuatoriano.

Sin embargo, la LORCPM desde su naturaleza de jurídica como norma antitrust, al incluir entre las conductas prohibidas los actos de competencia desleal, ha generado la discusión de si su tratamiento legal se ajusta al ámbito de aplicación de la competencia desleal «tradicional» en la materia, así como a los estándares internacionales para su prohibición y sanción.

Dicha discusión reviste de importancia en la medida en que las normas antitrust –o de defensa de la competencia– y de la competencia desleal son ramas del Derecho de la competencia, que tradicionalmente tiene objetos jurídicos diferenciados, aunque con puntos en común y complementarios.

²⁷¹ JARA, M. E., “La protección contra la competencia desleal ...”, op. cit., p. 225.

A fin de resumir los puntos de conexidad entre ambas áreas del derecho hacemos nuestras las palabras del Profesor Paz-Ares:

- «a) Los intereses tutelados por la disciplina antitrust y por la disciplina de la competencia desleal son los intereses de los participantes en el mercado (competidores y consumidores) y el interés general del Estado a la conservación de mercado.
- b) El objeto de la protección de ambas disciplinas es también idéntico: la institución de la competencia.
- c) La explicación dogmática del ilícito concurrencial y del ilícito antitrust es, asimismo, igual: no consiste en la lesión de un derecho subjetivo ajeno, sino en un abuso del propio derecho de libertad económica y de la institución misma de la competencia»²⁷².

En referencia al ordenamiento jurídico español y las leyes de defensa de la competencia y competencia desleal, Fernando Díez Estella considera que ambas normas protegen el orden concurrencial saneado, sin embargo, la afectación cualificada al interés público —es decir, la relevancia del comportamiento que produzca una afectación sensible de la competencia— constituye la característica que activa la norma antitrust. Por el contrario, la gravedad de los efectos de la conducta desde la óptica de competencia desleal carecería de relevancia²⁷³.

²⁷² PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 63.

²⁷³ Respecto de la relación entre la competencia desleal y la defensa de la competencia entonces vigente en el ordenamiento jurídico español Vid. DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, en la *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, Nº 213, mayo / junio 2001. p. 7:

«¿Cuál es pues, la relación entre ambos cuerpos normativos existentes en nuestro ordenamiento, la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/91, de Competencia Desleal?. Acudiendo a un concepto de la teoría general del Derecho, la doctrina es unánime al afirmar que la LDC es *lex specialis* respecto a la LCD. **Ambas, acabamos de decirlo, protegen y tutelan lo mismo: el orden concurrencial saneado.** Las conductas o prácticas que atenten contra este orden concurrencial, contra la competencia, habitualmente encajarán en alguno de los tipos especiales de los artículos 6 a 17 LCD, o serán perseguibles en virtud de la cláusula general del art. 5. **Sólo cuando, por la relevancia del comportamiento éste produzca una afectación sensible de la competencia, y por tanto sea una cuestión que afecte al interés público, entrará en juego la LDC. Por tanto, la afectación del interés público es la característica de la acción que activa los resortes del juicio antitrust:** si es un acuerdo entre empresas, porque ese cártel tenga capacidad de falseamiento de la competencia; si es una conducta unilateral, porque su carácter abusivo viene determinado por el requisito previo de

Sin perjuicio de lo indicado, advertimos que ambas normas protegen intereses públicos, no obstante, el elemento a considerar para la activación de una u otra se encuentra en la «intensidad²⁷⁴» del efecto anticompetitivo que genera la conducta enjuiciada.

En este orden de ideas, por lo general, las normas de defensa de la competencia regularmente no integran entre sus objetos de protección directa el interés particular de los operadores económicos, por el contrario, el interés particular, entendido como la reparación económica producto del acto anticompetitivo, suele estar encaminado mediante acciones posteriores –normalmente en la órbita civil– de reparación de daños y perjuicios²⁷⁵.

En este sentido, una de las interrogantes que produce la configuración normativa ecuatoriana es si la LORCPM ofrece un efectivo marco de regulación, prohibición y sanción de los actos de competencia desleal, que proteja efectivamente a consumidores, competidores y al propio mercado. Esto en consideración a que, conforme lo analizado en el primer capítulo del presente trabajo, las normas de Derecho civil, de protección de consumidores y de propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ofrecen mecanismos modernos de protección eficaz contra los efectos perniciosos de los actos de competencia desleal en los mercados.

Por las consideraciones anotadas, a continuación, se procederá a revisar y analizar la estructura de regulación de la competencia desleal en el marco de la LORCPM y la interpretación de la norma que ha realizado la autoridad administrativa.

hallarse en posición de dominio. **En cambio, esta circunstancia de afectación del interés público, para el orden civil es irrelevante, como ha tenido oportunidad de manifestar reiteradamente la jurisprudencia...**» (Énfasis añadido)

²⁷⁴ PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 138.

²⁷⁵ Apruébese el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 030-2019-PCM, dictado el 19 de febrero de 2019, en el (Diario Oficial El Peruano el 22 de marzo de 2019, que establece que la reparación de daños y perjuicios producto de un acto anticompetitivo tiene lugar ante el Poder Judicial en ámbito civil; de igual manera en Chile el Decreto Ley N°211, de 1973, promulgado, el 17 de diciembre de 1973 y publicado el 22 de diciembre de 1973, establece que el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá conocer las acciones de reparación de daños y perjuicios en procedimiento sumario.

1. Estructura de su regulación

La regulación de la competencia desleal se encuentra contenida en la sección quinta del capítulo segundo de la LORCPM, compuesta por los artículos 25 a 27 de la Ley.

El artículo 25 de la LORCPM contiene una definición de los actos de competencia desleal, además de regulación específica de la figura jurídica; por su parte, el artículo 26 contiene un parámetro de cualificación y exigencia de falseamiento de las conductas de competencia desleal, en concordancia con el artículo 5 de la LORCPM²⁷⁶. Adicionalmente, el artículo 27 de la Ley, contiene un catálogo no taxativo de actos que el legislador ha considerado como desleales.

Finalmente, en un epígrafe separado se encuentran los artículos 78.2.c y 79.b que establecen la tipificación administrativa de la infracción y de las correspondientes sanciones por incurrir en conductas de competencia desleal en la LORCPM.

Ahora bien, hemos de advertir que la LORCPM, por una parte, contiene una definición de lo que entiende por competencia desleal y por otra incluye regulación específica que nutre a dicha definición de elementos normativos y que son aplicables a todas las conductas tipificadas. En tal sentido, el artículo 25 de la Ley se erige como un tipo de cláusula general para la regulación de los actos desleales.

Por otra parte, el artículo 26, contiene una cláusula de prohibición y sanción para los actos de competencia desleal que infrinjan uno de los intereses protegidos en los términos de la Ley, lo que ha generado la inquietud, de que ocurre con los actos que revistan de deslealtad, pero no se encuentren incluidos en dichos términos.

Para una correcta sistematización del estudio de la norma, a continuación, analizaremos el artículo 25 de la Ley como una aproximación de cláusula general de competencia desleal.

²⁷⁶ El falseamiento de la competencia tiene lugar, en los términos de la Ley, cuando las conductas desleales impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Posteriormente, en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación trataremos la cláusula de prohibición de los actos de competencia desleal contenido en el artículo 26 de la LORCPM y finalmente serán objeto de revisión las demás disposiciones comunes para todo acto de competencia desleal.

2.- Definición de deslealtad

El artículo 25 de la Ley, en su primer párrafo determina que: «*Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras*».

Conforme esta definición de deslealtad, no toda actuación puede ser considerada como conducta desleal, sino únicamente aquellas que sean contrarias a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas; por tanto resulta evidente la influencia del Convenio de París y la Decisión 486 de la CAN en el legislador al momento de la incorporación en la Ley, las cuales son normas de regulación que se sustentan en la protección de intereses particulares de los competidores en el mercado, aunque la expresión de «*usos y costumbres honestas*» se mantiene en algunas legislaciones como la alemana «*guten Sitten*» o austriaca, que entendido desde el marco constitucional permite su interpretación desde la perspectiva de un modelo social de la competencia desleal²⁷⁷.

²⁷⁷ Vid. GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 4/79:

«En ambos textos se consideraba que un acto se califica como de competencia desleal cuando resultara ser contrario a las buenas costumbres ("die guten Sitten") o, conforme indica el artículo 10 bis CUP, contrario a los buenos usos mercantiles. Ahora bien, y ello es importante, la jurisprudencia advirtió, no obstante, que bajo tal locución no solo encontraba cabida el legítimo interés de los competidores frente al acto de competencia desleal, pues venía a protegerse un interés superior, el del público en general.

En el sistema alemán se justificaba el derecho del particular o competidor frente a quien desarrollara un acto de competencia desleal afirmando que este último vendría a adquirir con tal actuación en el mercado una ventaja competitiva ("Wettbewerbsvorsprung"), sin considerar, por tanto, como "ratio" de tal legitimación la mera existencia de un interés o derecho para lograr la

En este sentido, llama la atención que, a pesar de la evidente influencia que ha tenido la legislación española en el legislador ecuatoriano al expedir la LORCPM, éste no haya optado por incorporar como parámetros de definición y calificación de la deslealtad, a criterios objetivos contrarios a la buena fe²⁷⁸ o del correcto funcionamiento del proceso competitivo.

Por el contrario, el legislador optó por utilizar una fórmula mixta que –como será oportunamente analizado– si bien responde a un modelo social de regulación de la competencia desleal, mantiene ciertas connotaciones que pertenecen al modelo profesional.

Por otra parte, la determinación de deslealtad en un caso concreto no siempre resulta tarea fácil ya que la deslealtad por sí misma no es un concepto unívoco²⁷⁹, por el contrario, su determinación corresponde al reflejo de nociones sociológicas,

verdad. Este planteamiento abocaba a la importante consecuencia de permitir fácilmente en el Derecho de la Competencia desleal la conexión del interés individual, es decir, el de los competidores afectados, con el interés más general de los consumidores.»

²⁷⁸ Fórmula que es utilizada en otras legislaciones tales como el artículo 6.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de la República del Perú, Decreto Legislativo 1044 establece en su artículo 7: Condición de ilicitud.- «6.2.- *Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado*»; En la Ley de competencia desleal española, Ley 3/1991, el artículo 4 establece: «1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Vid. MASSAGUER FUENTES J. “La Cláusula General de Prohibición de la Competencia Desleal”, *Revista Advocatus*, Número 007, 2002, p. 36:

«En primer término, el reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente, sin perjuicio, como es obvio, de su condición de presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. En este mismo orden de cosas, el reproche de deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad, sin perjuicio de que en algún caso se exija en particular de dichas circunstancias. Como tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior, con todo, que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor del mercado (artículo 11.3, 14.2, y 17.2.c) de la Ley de Competencia Desleal), pues esta exigencia, en mi opinión, a ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia y méritos de las propias prestaciones».

²⁷⁹ MOLINA MENDOZA. J. “Responsabilidad civil por competencia desleal”, op. cit.p.7.

económicas, morales y éticas de una sociedad²⁸⁰ que tiene lugar en un momento histórico determinado.

En este orden de ideas, la legislación ecuatoriana en el segundo párrafo del artículo 25 de la LORCPM incorpora como elementos para la definición de usos honestos, los criterios propios del comercio nacional o internacional según el caso que corresponda²⁸¹.

Por lo que, el artículo 25 de la LORCPM exige que la autoridad en la materia determine la existencia de un ilícito consistente en la calificación de una conducta como desleal, que, en el caso concreto, deberá ser motivada y fundamentada adecuadamente conforme la actividad económica realizada y su alcance en el mercado nacional o internacional.

En consecuencia, las autoridades –administrativas y jurisdiccionales– deberán analizar y determinar la deshonestidad de la conducta del operador económico en el mercado para así proceder con las sanciones legales correspondientes.

3. Ilícito corporativo frente al ilícito de mercado en interés de los competidores, consumidores y el mercado

Previo a profundizar en las disposiciones contenidas en la Ley, nos referirnos brevemente a la evolución del Derecho de competencia desleal, para así explicar como la LORCPM se corresponde con un modelo social de competencia desleal.

²⁸⁰ Vid. BULLARD GONZÁLEZ, A., PATRÓN, C., El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal, en Themis, Revista de Derecho, No. 39, 1999. p. 441:

«Por otro lado, en la práctica, delimitar el alcance y el contenido de los conceptos abstractos e indeterminados empleados para construir la cláusula general no es una tarea fácil de realizar. En este orden de ideas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) nos señala que estos conceptos: “... no ofrecen normas de comportamiento claras y de aceptación universal, ya que el significado de los términos es más bien abstracto. La norma de “lealtad” u “honestidad” en la competencia no es más que el reflejo de conceptos sociológicos, económicos, morales y éticos de una sociedad y por lo tanto pueden diferir de un país a otro (y algunas veces, incluso dentro de un mismo país).»

²⁸¹ Segundo párrafo del Artículo 25 de la LORCPM: «... 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.»

Desde una perspectiva histórica, la regulación de la competencia desleal se ha visto marcada por tres –modelos– de regulación claramente identificables, en primer lugar, encontramos el modelo Paleoliberal que data del siglo XIX²⁸², influenciado por una corriente de corte liberal que promulgaba una mínima intervención del Estado y la cual se sustentaba en el principio de que cualquier emprendimiento se reputaba legal – siempre que no estuviera expresamente restringido por una ley especial–.

La regulación en este modelo se caracterizó por ser²⁸³ «*fragmentaria generalmente de carácter penal, que eran concebidas como un complemento de la protección de los derechos de propiedad industrial*»²⁸⁴.

Un segundo periodo o modelo denominado como profesional surgió a fines del siglo XIX y principios del XX, producto de la necesidad de reprimir ciertas conductas –actos o hechos– empresariales o comerciales que podrían constituirse como incorrecciones a patrones de conducta corporativos²⁸⁵, y en particular causar perjuicios a otros competidores destacando el hecho de mantener una orientación individualista y empresarial.

Producto de la necesidad de contar con una protección legal de intereses particulares²⁸⁶ de los operadores participantes en el mercado, la regulación de la competencia desleal en el modelo profesional se caracterizó por incorporar cláusulas generales de competencia desleal²⁸⁷ que proscribían aquellos actos que resultaren contrarios a las buenas costumbres o principios de corrección profesional.

²⁸² Por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. pp. 26-29, y PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 22 y siguientes.

²⁸³ El profesor Menéndez siguiendo la visión que en su día hizo EMMERICH, señala que el modelo paleoliberal se funda así en la idea de que sólo pueden reprimirse los comportamientos concurrenciales que se hallen expresamente prohibidos por una *ley especial*. Podríamos decir que en este primer periodo la disciplina de la competencia desleal surge y se configura, de acuerdo con el principio de especialidad como una normativa fragmentaria, típica y penal, Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. pp. 31, 32.

²⁸⁴ DANACULLETA I, GARDELLA, M. M., “La competencia Desleal...”, op. cit., p. 24

²⁸⁵ PORFIRIO CARPIO, L., *La discriminación de consumidores ...*, op. cit. p.20

²⁸⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit. p. 66.

²⁸⁷ PORFIRIO CARPIO, L., “La discriminación de consumidores como acto...”, op. cit., p.20

Como ejemplo de este modelo podemos destacar el artículo 10 bis del Convenio de París²⁸⁸, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones que establece un régimen común de propiedad industrial para la comunidad²⁸⁹, e incluso cuya redacción –de forma un tanto desafortunada– se conserva hoy como definición de los actos de competencia desleal en la LORCPM.

Por su parte, podemos referirnos, dentro de este contexto, a la extinta regulación de la competencia desleal en la Ley 32/1988, de Marcas española, norma que definía a la competencia desleal bajo la fórmula clásica de la prohibición general: contravención de «*las normas de corrección y buenos usos mercantiles*» y la tipificación de conductas desleales similares a las ya existentes en el artículo 10 bis del Convenio de Unión de París²⁹⁰.

Posteriormente, el modelo social de regulación de la competencia desleal tiene lugar después de la segunda guerra mundial, que, mediante la influencia del Derecho antitrust traza un nuevo norte en la proscripción de la competencia desleal y transforma su regulación en un mecanismo legal de protección, que ya no solo protege intereses individuales de competidores, sino que incluye al de los consumidores y a los del propio mercado²⁹¹ y su estructura²⁹².

En otras palabras, la protección de los intereses particulares en la reparación de daños y perjuicios de los operadores de comercio o competidores deja de ser la columna vertebral que da un sustento, o razón de ser, de la regulación de la competencia desleal transmutando su objeto jurídico al interés público o general.

En este sentido, el axioma de la regulación de la competencia desleal se resume en que «*No es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene obligación*

²⁸⁸ Al respecto, el artículo 10 bis del Convenio de París califica como acto de competencia desleal a todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

²⁸⁹ Normas de regulación de derechos industriales que buscan la protección y satisfacción de intereses particulares de sus titulares.

²⁹⁰ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...” op. cit., pp. 50 y 51.

²⁹¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., pp. 130-131.

²⁹² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumido...”, op. cit., p. 98.

de competir»²⁹³. En consideración que dicha obligación deberá ser realizada, en virtud de la función social del Derecho de la competencia, con respeto de los demás competidores, de los consumidores y en lo principal del orden concurrencial de mercado²⁹⁴.

Como ya hemos anotado, la LORCPM define a la competencia desleal como todo acto contrario a los usos y costumbres honestos, en este sentido, la definición de la competencia desleal en la LORCPM no se compatibilizaría perfectamente con los sistemas jurídicos modernos de protección de la competencia desleal²⁹⁵, ya que históricamente la prohibición de actos o prácticas contrarios a los usos y costumbres honestos responde a un modelo profesional de competencia desleal, que busca evitar la afectación de intereses privados de competidores en el mercado²⁹⁶ que en los ordenamientos jurídicos modernos se ha visto ampliamente superado por una definición de carácter objetiva, normalmente contraria al principio de buena fe²⁹⁷.

²⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A., “Nociones introductorias”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 41.

²⁹⁴ PORFIRIO CARPIO, L., *La discriminación de consumidores como acto...*, op. cit., p.20.

²⁹⁵ Vid. MOLINA MENDOZA. J. “Responsabilidad civil por competencia desleal”, en el *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 6 (Parte 2), 1999, p. 77 https://ec.europa.eu/competition/publications/bic/boletin_6_2_es.pdf (consultada por última vez el 8 de junio de 2022):

«En sus inicios la idea de “usos honestos”, como elemento tutelado por la normativa regulatoria de la Competencia Desleal, influyó en la doctrina pertinente.⁹ No obstante ello, con la evolución de la misma, producto de la dedicación al análisis de la institución en cuestión, ha sido sustituida por la noción de “buena fe”. La razón de ello resulta obvia por cuanto los “usos”, sin duda, hacen referencia a ciertos patrones de conducta dependientes del modo, tiempo y lugar en que se realicen; tienden, por tanto, a ser de mayor imprecisión que los dados por la “buena fe”. De hecho, esta última resulta más comprensiva puesto que incluye toda conducta deshonesta, sin tomar en consideración que impregna en forma integral el orden normativo por constituir, en sí misma, un principio general del Derecho.

²⁹⁶ MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 114.

²⁹⁷ Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., p. 104. «A) *En el modelo profesional el ilícito concurrencial concebido —según hemos podido comprobar— como lesión objetiva de un derecho subjetivo del empresario concurrente. En la medida en que va madurando el nuevo modelo de la disciplina, esa construcción muestra su inconsistencia y se convierte en blanco de toda suerte de objeciones, tanto estrictamente dogmáticas como sistemático-valorativas*»; también, PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal”, op. cit., p. 21. «*En definitiva, es comúnmente aceptado que el Derecho contra la competencia desleal ha evolucionado desde un modelo corporativo, en el que prevalecen los intereses de los competidores y empresarios, a un modelo social, con intereses de empresarios, consumidores y públicos en un plano de igualdad*», MOLINA MENDOZA. J. “Responsabilidad civil por competencia desleal...”, op. cit., p. 77:

«... La preocupación de los Estados por la represión de los actos desleales con ocasión del proceso competitivo, tuvo en sus inicios como pivote la protección del competidor. Mas con el pasar del tiempo, dicho núcleo ha sido ampliado en atención a los efectos causados por los citados

Efectivamente, los criterios tradicionales utilizados para delimitar lo que se considera como competencia desleal –como son las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en la materia industrial o comercial– han sido objeto de crítica, ya que normalmente suelen corresponder a un carácter corporativista de competencia desleal en la que prima la protección de los intereses de los empresarios o competidores; situación ya superada en los modernos modelos de regulación de la competencia desleal, que incorporan entre sus bienes jurídicos protegidos, además del interés general de los consumidores, el interés público entendido como el correcto funcionamiento del sistema competitivo en el mercado²⁹⁸.

Si bien algunos autores no consideran que exista una real distinción entre la buena fe, como eje de determinación de actos desleales, y otras formas jurídicas, como son los usos y costumbres deshonestas por considerar que el alcance de la protección es próximo entre uno y otro²⁹⁹, otra parte de la doctrina considera que la deslealtad

actos violatorios de la “buena fe” en el ejercicio del derecho de la competencia, de allí que en la actualidad comprenda, en adición a la protección del competidor, la tutela del consumidor-usuario y del público en general, sujetos que también resultan perjudicados con la comisión de dichas acciones.»

²⁹⁸ BERCOVITZ, A. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, op. cit., p. 99.

²⁹⁹ Entre ellos, con relación de la configuración normativa contenida en la Ley peruana de represión de la competencia desleal Vid. BULLARD GONZÁLEZ, A., & PATRÓN, C. “El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal...”, op. cit., p. 441.señalan:

«En líneas generales, la definición contenida en la norma antes transcrita es similar a la empleada en la actualidad por la doctrina y legislación comparada. Así, a manera de ejemplo, el artículo 10 bis del Convenio de París, modificado por el Acta de Estocolmo de 1967, señala que “[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Las legislaciones de otros países han adoptado términos similares a los empleados por la Ley peruana, tales como “prácticas comerciales honestas”, “el principio de buena fe”, “corrección profesional” y “buenas costumbres”.»

Respecto de la inclusión de la buena fe objetiva en la cláusula general de competencia desleal en la Ley 3/1991 Vid. GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 68-69/79:

«No obstante lo anterior, cualquier discusión sobre este aspecto no debería olvidar que el nuevo modelo de competencia desleal (esto es, el cambio de paradigma) viene a actuarse no tanto en razón de los términos con que se exprese el legislador al regular la cláusula general cuanto, mejor, en el art. 1 del texto legal, al concretar la finalidad a la que responde el Derecho represor de la competencia desleal. Por ello, la interpretación de cualquier norma de la LCD, al igual que la cláusula general, no podría dejar de lado cual es la finalidad perseguida y cuál es el cúmulo de intereses protegidos por las reglas de represión del ilícito concurrencial. De ahí que nuestra mejor doctrina advirtiera que, "para tener en cuenta esos nuevos intereses protegidos no hubiera sido indispensable cambiar la cláusula general referida a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia mercantil. Basta con interpretar tales expresiones desde una nueva perspectiva, que tome en consideración todos los intereses protegidos. Ésa es la gran ventaja que tienen los conceptos jurídicos indeterminados; que pueden variar de contenido, según

fundamentada en la transgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica constituye un cambio de paradigma en la «*fundamentación y vertebración*» de los ilícitos desleales en comparación con la definición de actos de competencia desleal producto de la incompatibilidad con los usos o costumbres de clase al ocasionarse un daño a terceros³⁰⁰.

exija la evolución y el cambio de las concepciones vigentes en la sociedad. (...) Para adaptar a los nuevos planteamientos la cláusula general delimitadora de la competencia desleal no era, pues, necesario prescindir de las fórmulas tradicionales. Si la LCD/1991 lo hizo fue, sin duda, para enfatizar el cambio.»

Finalmente, en relación con el desarrollo del modelo social de competencia desleal de la jurisprudencia alemana, en el contexto de una cláusula general sustentada en usos y costumbres honestas: PALAU RAMÍREZ, “La proyectada legislación alemana contra la competencia desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, No. 23, 2002, versión digital, p. 5/18:

«En efecto, la reforma se justifica en el alejamiento de la Ley alemana contra la Competencia Desleal vigente de la realidad actual, pues si bien la jurisprudencia ha construido un completo catálogo de grupos de casos y, conforme a las exigencias del modelo social de Derecho contra la competencia desleal, ha realizado una labor encomiable de adaptación de las normas a dicha realidad mediante la consideración de los intereses de los consumidores y los intereses generales en evitar el falseamiento de la competencia a la hora de realizar el enjuiciamiento de deslealtad de las conductas concurrenciales, no es menos cierto que de lege data el sistema alemán, como lo demuestra la cláusula general contra la competencia desleal que atiende a las buenas costumbres (gußen Sitien, § 1 UWG), ha quedado anclado en el modelo profesional de competencia desleal que atiende únicamente a los intereses individuales de los competidores y basa el enjuiciamiento de deslealtad en criterios eminentemente corporativos.»

³⁰⁰ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 147, al analizar la definición de la competencia desleal contenida en la ley 3/1991 de España considera que:

«... en Derecho español el criterio general de deslealtad es, por lo tanto, la objetiva disconformidad de la conducta concurrencial con las exigencias de la buena fe (y de ello era especialmente consciente el legislador: *cfr.* intervención del Sr. Galán del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, p. 8 col. dcha.). Los términos escogidos para la formulación de la cláusula general indican, en este sentido, un evidente cambio de paradigma en la fundamentación y vertebración del ilícito de deslealtad concurrencial. Por contraste con la Ley de Marcas, pero también con la Ley General de Publicidad o con el Convenio de la Unión de París, la deslealtad se funda en la transgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y que pesan sobre todos los que desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda ocasionarse a los terceros.»

Por otra parte, en relación con la buena fe objetiva como parámetro de calificación de la deslealtad en la LCD española, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores...”, op. cit., p. 98. señala que: «Además, hay que tener en cuenta que las prácticas empresariales en torno a las que se configuran los criterios estrictamente profesionales, no suele ser precisamente muy proclives a favorecer el libre sistema concurrencial, por lo que atribuir un papel preferente a este tipo de parámetros hubiera supuesto, en suma, poner en peligro la esencia del derecho de la competencia».

Es decir, la definición de la competencia desleal en la Ley se encuentra estrechamente relacionada con el modelo de regulación que busque adoptar el legislador³⁰¹.

Sin perjuicio de lo anotado, la interpretación de estos conceptos indeterminados –usos y costumbres honestos– debe ser siempre realizada conforme la Constitución y modelo económico adoptado en ella, lo que permite su adaptación a un modelo social de competencia desleal. A modo de ejemplo, el ordenamiento jurídico alemán no ha modificado el término «*Guten Sitten*» –buenas costumbres–, sin embargo, por su desarrollo jurisprudencial el modelo de regulación de competencia desleal ha evolucionado de un modelo profesional o un modelo social³⁰².

³⁰¹ Especialmente interesante resulta la Directiva 2005/29/CE, la cual prohíbe aquellas conductas desleales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores en los casos que, el acto sea contrario a los requisitos de la diligencia profesional, y que pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor. En tal sentido, en el Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea, se planteó como parámetro de definición “el buen comportamiento comercial”, lo que generó la preocupación sobre el riesgo de “la corporativización del derecho contra la competencia desleal”. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho Contra la Competencia Desleal, La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas Comerciales Desleales*, Civitas, Navarra, 2006, p. 61:

«En particular. la primera indicación avanzada por la Comisión advirtió que la prohibición general de las prácticas comerciales desleales podría inspirarse en el «buen comportamiento comercial» (vid. apartado 4.1. del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea) y, a continuación. explicó su contenido y alcance mediante referencias a la «buena conducta comercial». al «grado de cuidado y pericia aplicados por el buen empresario». a los «estándares generalmente aceptados en la práctica comercial (del) sector de actividad concreto» o a los «usos y la costumbre» I vid. apartado de la Propuesta de Directiva]. mientras que la definición propuesta para la diligencia profesional en línea con las más extremas de estas explicaciones, la equiparó con «los requisitos de la práctica normal del mercado respecto a los consumidores» [art. 2 j) de la Propuesta de Directiva]. De este modo. la Comisión situaba el fundamento sustantivo del juicio de deslealtad en la contravención de un estándar de conducta («la práctica normal del mercado») que formalmente parecía dejar en manos de la comunidad de las empresas la determinación de sus reglas de conducta (de la práctica normal) en sus relaciones con los consumidores. alentando por tanto los riesgos de una corporativización del Derecho contra la competencia desleal que se suponía superada en las modernas legislaciones europeas en la materia.»

Finalmente, la propia Directiva –en su artículo 2– definió que por diligencia profesional debe entenderse como el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante, norma que fue transpuesta en la Ley 3/1991 española, mediante la Ley 29/2009, de la siguiente forma: «*En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional*».

³⁰² Vid. PALAU RAMÍREZ, “La proyectada legislación alemana”, op. cit., p. 5/18 y Vid. GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 4/79.

En el caso ecuatoriano, como ya hemos anotado, la LORCPM incorpora como intereses de protección el régimen de competencia, la eficiencia económica, al comercio justo y al bienestar general y de los consumidores y usuarios.

En tal virtud, la interpretación de la definición de deslealtad, prevista en el artículo 25 de la LORCPM, debe ser realizada en consideración del carácter funcional de la norma y en virtud de los intereses protegidos en ella³⁰³, disposición que además debemos anotar, prescinde de la protección directa de los intereses particulares de los operadores en el mercado.

En este sentido, el artículo 1 de la LORCPM no establece expresamente como una finalidad de la Ley a la protección de los intereses particulares de los competidores en el mercado, por el contrario, la norma contempla como bien jurídico protegido el orden público económico, traducido en la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios.

Por tal razón, podemos concluir que la LORCPM se ajusta a un modelo social de regulación de la competencia desleal que mediante la corrección económica de los participantes en el mercado busca proteger el correcto funcionamiento del mercado, así como la protección de los intereses generales de los consumidores.

Desde el punto de vista del modelo social de regulación de la competencia desleal, la fórmula utilizada por el legislador en la definición de las conductas desleales en la LORCPM resulta suficiente para la mayoría de los casos que pudieran tener lugar en el desarrollo de actividades económicas en el mercado³⁰⁴.

³⁰³ Similar al caso de la LCD española, en consideración que el estudio de prácticas desleales enjuiciadas deberá hacerse siempre con relación del interés general en el correcto funcionamiento del sistema de competencia económica. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “*La reforma de la Ley ...*”, op. cit., p.76.

³⁰⁴ Desde la visión del Derecho español de competencia desleal Vid. MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia...”, op. cit. p. 148: al analizar la adopción de la buena fe como parámetro para la definición de competencia desleal en la Ley 3/1991 expresa:

«Por otro lado, tampoco parece haberse advertido suficientemente que el cambio en los términos de la cláusula general no trae una solución que en última instancia no pudiera haber sido asimismo desarrollada a partir de la fórmula anteriormente vigente: las cláusulas basadas en la contravención de normas de corrección y buenos usos mercantiles son, en efecto y como demuestra la evolución conocida en otros ordenamientos (*vid.* C. PAZ-ARES, *RDM* , 1981, p. 7 ss., *passim* , ID., *ADC* , 1981, p. 927 ss., *passim*), estructuralmente adecuadas para dar cabida a las exigencias propias de un sistema de protección institucional de la competencia económica (como el que sin duda impone el tratamiento que la constitución dedica a la competencia

En efecto la definición de la competencia desleal debe ser en consideración de todos los intereses protegidos en la LORCPM, lo cual constituye una de las ventajas que tienen los conceptos jurídicos indeterminados, que pueden variar de contenido conforme la evolución de la sociedad y el mercado³⁰⁵ y sin perder de vista los intereses protegidos en la Ley y el marco constitucional ecuatoriano³⁰⁶.

En este sentido, en el marco de la LORCPM, todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, debe ser analizado siempre desde la visión de la protección del orden público económico, entendido como el mantenimiento del régimen de competencia.

económica), pero ahorra las incertidumbres anudadas a la formación de esta corrección por vía jurisprudencial y los riesgos históricamente probados del conservadurismo inherente a las fórmulas corporativas. Y tampoco parece haberse advertido, en fin y como han probado los recientes pronunciamientos judiciales [vide infra (22)], que la cláusula general basada en la objetiva contravención de las exigencias de la buena fe no priva de toda relevancia a los buenos usos y prácticas en la determinación de la ilicitud concurrencial de las conductas que se enjuician.»

No obstante, debemos advertir que el alcance de la LORCPM se encuentra limitada por su propio ámbito de aplicación y la configuración legal de las figuras jurídicas que la componen.

³⁰⁵ BERCOVITZ, A. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, op. cit. p. 99

³⁰⁶ En relación con la configuración objetiva de la cláusula general de prohibición en la LCD española Vid. MASSAGUER FUENTES J. “La Cláusula General de Prohibición de la Competencia Desleal”, *Revista Advocatus*, Número 007, 2002, p. 35:

«Por otra lado, tampoco parecería haberse advertido suficiente que el cambio en los términos de la cláusula general no trae una solución que en última instancia no pudiera haber sido asimismo desarrollada jurisprudencial y doctrinariamente a partir de la fórmula anteriormente vigente: las cláusulas basadas en la contravención de normas de corrección y buenos usos mercantiles son, en efecto y como demuestra la evolución conocida en otros ordenamientos, política y estructuralmente adecuada para dar cabida a las exigencias propias de un sistema de protección institucional de la competencia económica (como es el que sin duda impone el tratamiento que la Constitución dedica a la competencia económica). De ahí que, en última instancia, la fórmula vigente haya ahorrado las incertidumbres aunadas a la formación de esta corrección por vía jurisprudencial (formación que, a mi juicio y como queda apuntado, era debida por exigencia de la constitución económica) y los riesgos históricamente probados del conservadurismo inherente a las fórmulas corporativas empleadas en esta materia. Y tampoco parecería haberse advertido, en fin y como han probado los pronunciamientos judiciales habidos hasta la fecha, que la cláusula general basa en la objetiva contravención de las exigencias de la buena fe no priva de toda relevancia a los buenos usos y prácticas en la determinación de la licitud concurrencial de las conductas enjuiciadas.»

4.- Ámbito de aplicación y ausencia del requisito de finalidad concurrencial en la Ley

Desde la perspectiva del ámbito de aplicación, el párrafo primero del artículo 25 de la LORCPM exige que las actuaciones anticompetitivas deben tener lugar en el desarrollo de actividades económicas, entendidas en un sentido que abarca tanto actividades de comercio como actividades profesionales, de servicios, entre otras³⁰⁷.

Es decir, el acto de competencia desleal debe ocurrir en el mercado, sin importar a que actividad económica se refiera, ya que la LORCPM no establece excepción alguna.

Desde una visión de Derecho comparado, el profesor Massaguer, respecto de la Ley 3/1991, señala que la norma de competencia desleal española irradia cualquier actividad económica en sentido amplio como son actividades empresariales, artísticas, intelectuales, científicas o deportivas³⁰⁸;

Afirmación que resulta pertinente también en el caso ecuatoriano, pero sin perder de vista que, para su correcta aplicación debe tenerse siempre en consideración que la finalidad de la norma es el mantener el orden económico en el mercado.

Es decir, la aplicación de la norma tiene lugar únicamente en el ámbito económico o de mercado, por lo que no es posible que la LORCPM sea utilizada para regular los hechos suscitados en esferas distintas, –como los indicados eventos deportivos o los resultados de una investigación científica–, las cuales se rigen por sus propias reglamentaciones y normas éticas.

En otro orden de ideas, el artículo 25 de la LORCPM no incluye expresamente entre los elementos constitutivos de la competencia desleal la finalidad concurrencial del operador económico en la realización de una actuación anticompetitiva; elemento que se encuentra en la mayoría de las legislaciones modernas³⁰⁹.

³⁰⁷ En la medida en que sus actos, actividades produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Lo indicado de conformidad con el artículo 2 de la LORCPM.

³⁰⁸ MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 120.

³⁰⁹ A modo de ejemplo encontramos el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 de Colombia, establece: «*Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre*

De igual manera, la mejor doctrina ha señalado que la finalidad concurrencial « hace referencia a las conductas de los operadores orientadas a influir en toma de decisiones de otros mediante la promoción o difusión de las prestaciones, propias o de terceros.» en tal sentido el posible enjuiciamiento de la conducta no deviene de la intención del sujeto, sino por el contrario, «de que, en atención a las circunstancias en las que se llevan a cabo, sean conductas objetivamente idóneas para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, e idóneas para influir en la estructura de mercado»³¹⁰

En este sentido, reviste de especial importancia las circunstancias en las que tenga lugar la actuación objeto de análisis, ya que ésta puede responder a una finalidad distinta a la concurrencia en el mercado, como es la protección del medio ambiente, o información científica, libertad de cátedra o libertad de opinión, entre otros; por lo que en estos casos no procedería el enjuiciamiento de la deslealtad del acto³¹¹.

que realicen en el mercado y con fines concurrenciales (...))»; El artículo 2 de la Ley 3/1991 de España: «1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. (...)». El artículo 2 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal N° 1044 de Perú: «La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad» o el artículo 4 del Decreto 274/2019 de Argentina «Ámbito de Aplicación objetivo. Los actos de competencia desleal prohibidos por este Título serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos. La finalidad competitiva del acto se presume cuando éste resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero».

³¹⁰ PALAU RAMÍREZ F., "Actos concretos de competencia desleal..." op. cit., p. 20.

³¹¹ Vid. GARCÍA-CRUCES, J., "Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...", op. cit., versión online. pp. 27/79:

«El requisito de que los comportamientos en el mercado obedezcan a una finalidad concurrencial, como presupuesto de aplicación de las disposiciones de la LCD, debe ser rectamente entendido. Una correcta inteligencia del precepto ha de permitirnos diferenciar la exigencia de exteriorización del acto en el mercado y, de otro lado, la necesidad de su finalidad concurrencial. Es posible la realización de un acto en el mercado que pueda influir en éste, y tener la aptitud suficiente para generar tal resultado, de modo que pueda promover o asegurar la difusión de productos ajenos (desde luego, no de los propios), sin que resulte necesariamente de aplicación la LCD. De darse el caso, se hace preciso verificar la finalidad a la que obedece tal acto y que ha provocado --o podido provocar-- la promoción o el aseguramiento de la difusión de productos ajenos. Resulta imprescindible valorar la finalidad a la que responde el acto llevado a cabo, de acuerdo con "las circunstancias en que se realice" (art. 2. 2 LCD), pues ésta puede radicar en otras distintas y de protección de otros bienes e intereses (ad ex. medio ambiente, información científico-técnica, libertad de opinión e información, etc.). En esa valoración no habrá que dejar de lado la operatividad de la presunción acogida en el artículo 2.2 LCD. Ahora bien, esta regla presuntiva admite prueba en contrario, por lo que, si se adviera una finalidad distinta a la

Esta situación puede originar que la autoridad de competencia ecuatoriana se vea obligado a conocer casos de competencia desleal que en otras legislaciones no tendrían procedencia. Por ejemplo, señalamos el caso de un reportaje con relación de un producto, operador económico o mercado, realizado por un medio de comunicación que, por realizar ciertas aseveraciones u opiniones, pudiera ser eventualmente denunciado por incurrir en actos de competencia desleal, al considerar que la información contenida en el reportaje es engañosa.

En este supuesto, a la luz de la LORCPM, la autoridad podría considerar que el acto señalado podría generar un efecto real o potencial en el mercado, así como también, que, el medio de comunicación es un operador económico que realiza actividades económicas, aunque evidentemente en un mercado diferente; razón por la que, desde la configuración de la conducta en la Ley ecuatoriana, se cumplirían los criterios de evaluación de conducta contenidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 25.

Sin embargo, como sucede en otras legislaciones, el indicado supuesto podría ser fácilmente descartado como acto de competencia desleal por la ausencia de una finalidad concurrencial del medio de comunicación en el mercado objeto del reportaje.

Para ilustrar el caso señalado, nos referiremos al expediente administrativo de investigación No. SCPM-IGT-INICPD-004-2019, el cual fue de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el que una empresa proveedora de servicio de internet en Ecuador, presentó una denuncia por actos de engaño, denigración y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, en contra de un experto en ciberseguridad, quien, en una entrevista proporcionada a un medio de comunicación, realizó aseveraciones respecto de que el operador económico denunciante no utilizaría mecanismos adecuados de protección para prevenir ataques cibernéticos o hackeos electrónicos de sus clientes.

concurrencial, pese al resultado que provocara en el mercado ese acto al promover o asegurar la difusión de los productos ajenos, no habrá lugar a enjuiciar la deslealtad del acto. En definitiva, en estos casos, y pese a que el acto se lleve a cabo en el mercado, la finalidad perseguida impide la aplicación del Derecho represor de la competencia desleal.»

Si bien, el expediente fue finalmente archivado³¹², ya que la autoridad consideró que el entrevistado mediante su declaración no habría podido producir una afectación significativa al mercado relevante³¹³, en el supuesto de que la normativa ecuatoriana, al igual que las legislaciones modernas de competencia desleal, así lo exigiere, el caso podría haber sido perfectamente archivado por la inexistencia de una finalidad concurrencial del denunciado, ya que la autoridad podría haber considerado que los comentarios fueron realizados en calidad de experto en la materia y no con la intención de obtener un beneficio concurrencial personal o de terceros, evitando a la autoridad de competencia realizar un análisis respecto del mercado relevante y posible falseamiento³¹⁴.

Por lo señalado, consideramos que la finalidad concurrencial del operador económico en la calificación de una conducta desleal constituye un importante parámetro que sirve para alinear la prohibición de los actos de competencia desleal con los objetivos y finalidades de la Ley, y que su implementación en la norma ecuatoriana permitiría descartar procedimientos administrativos de investigación innecesarios.

Sin perjuicio de lo indicado, el artículo 2 de la LORCPM, desde una interpretación amplia, se podría intentar extraer el requisito de finalidad concurrencial en las actuaciones que realicen operadores económicos en el mercado.

En este sentido conforme el señalado artículo, la Ley es aplicable a todos los operadores que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional; es decir, la norma subordina su aplicación a la real o posible participación de los operadores económicos en el mercado y, por lo tanto, sus actuaciones se encontrarían circunscritas a la finalidad concurrencial del operador económico.

³¹² Mediante resolución de dictada, por la Intendencia Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, el 16 de mayo de 2019, caso que fue referido parcialmente en la Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y de la se obtuvo multicopiados de su texto.

³¹³ La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales consideró que la participación del operador económico denunciante sería inferior al 0,006% del mercado relevante, ni tampoco generó una variación significativa en el comportamiento en el mercado.

³¹⁴ Ejercicio obligatorio, que requiere de una fuerte carga de trabajo y recursos de la Autoridad, porque para su determinación se requerirá generalmente, de varios requerimientos de información a entidades de Derecho público como a particulares.

Por tal razón, si bien el artículo indicado permite una posible interpretación que viabilice la exigencia de la finalidad concurrencial en las actuaciones de los operadores económicos en el mercado, lo cierto, es que dicho parámetro no se encuentra expresamente contemplado en la LORCPM y merece ser considerado para su inclusión en una eventual reforma a la Ley, o en una eventual autónoma Ley de Competencia Desleal.

V. (sigue) Cláusula general contra la competencia desleal

1.- Introducción

En el Derecho moderno de la competencia desleal, la cláusula general se convierte en una pieza clave de la regulación para su represión³¹⁵, por una parte, dicha disposición tiene un carácter informador, es decir, cumple la función de definir e informar el criterio utilizado por legislador en la definición de deslealtad en la Ley, además que se constituye como un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia³¹⁶.

³¹⁵ Por ejemplo la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) con relación al papel que interpreta la cláusula general en la legislación de competencia desleal, dentro Sentencia No. 18, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del expediente 04120579, señaló: *«La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos...»*

³¹⁶ En ámbito del ordenamiento jurídico español Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 150.

«Como antes se señalara, la cláusula general también nos ofrece la caracterización básica del acto de competencia desleal como un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual. Pues bien, esos caracteres son predicables, de igual manera, de los distintos supuestos de deslealtad concurrencial acogidos en los particulares tipos. Por ello, una exigencia más, de orden sistemático, que deriva de las previsiones de estos artículos 5 y siguientes LCD radica en la necesidad de no alterar la caracterización --general y común-- del acto de competencia desleal a través de la interpretación de las específicas exigencias que requiere la aplicación de los tipos particulares, salvo expresa dispensa legal.»

Por otra parte, la cláusula general se constituye como un ilícito propio e independiente de otros tipos de ilícito anticompetitivos tipificados en la Ley. Así la cláusula general por una parte es un ilícito de textura abierta que se concreta en cada caso –en la medida que se cumplan con los requisitos necesarios para su configuración– pero que dota además elementos y características transversales a toda la regulación de la competencia desleal.

En este sentido, la cláusula general asume entero el sistema de la represión de la competencia desleal, con un doble cometido *«de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan»*.

Ahora bien, en consideración de la relativa novedad de la LORCPM en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a continuación, se estudiará la regulación de la cláusula general en el marco de la Ley, a fin de fijar sus reales característicos y cómo éstas han sido tratadas y desarrolladas por la autoridad ecuatoriana de competencia.

2.- Ilícito objetivo

La mayoría de las normas modernas de competencia desleal conciben a la cláusula general como un ilícito objetivo, como es el caso de la Ley 3/1991 española que define a la competencia desleal como el comportamiento objetivamente contrario a la buena fe; por tal razón, la Ley exime al juzgador³¹⁷ de realizar cualquier consideración subjetiva –como es probar el dolo o culpa del infractor³¹⁸– al resolver un caso concreto.

³¹⁷GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 33/79: *«De igual manera, la expresa indicación de la norma ("objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe") dispensa de la necesidad de valorar cualquier intención en el agente, así como el conocimiento o la cognoscibilidad que pudiera tener, a fin de enjuiciar la posible deslealtad del acto en cuestión»*.

³¹⁸ PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...”, op. cit., p. 23:

«En cuanto ilícito objetivo el reproche de deslealtad no exige que la conducta de los operadores de mercado sea realizada mediante dolo o culpa, basta con la contravención de las reglas que, objetivamente, serían exigibles a quienes operan en el mercado (aunque la Ley en el artículo 4.1,

Como lo indica la más relevante doctrina:

«La cláusula general deja definido el acto de competencia desleal, desde una perspectiva positiva, como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual. El reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente (vid. STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín», SSAP Granada 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa», Vizcaya 3-XII-1996 «piezas de recambio de automóvil»), que sin embargo son presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. En este mismo orden de cosas, la deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad (vid. SAP Madrid 28-III-1998 «asistencia técnica especializada»), sin perjuicio de que en algún caso se exija en particular el conocimiento de dichas circunstancias (cfr. art. 14.2 LCD). Como tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor del mercado [arts. 11.3, 14.2 y 17.2.c) LCD], pues esta exigencia, en mi opinión, ha de ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones. La única excepción a esta configuración objetiva de la ilicitud en materia de competencia desleal es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura encuentran cabida

párrafo 2, hace referencia solo a empresario), conforme al nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de las prácticas honestas del mercado. La determinación de la antijuricidad de la conducta debe realizarse de forma objetiva a partir de las circunstancias fácticas en las que tiene lugar, incluso en aquellos supuestos en los que la Ley exige que el actor realice la conducta con una determinada finalidad.»

elementos subjetivos puros, como son el ánimo de obtener provecho o de perjudicar (art. 13.3 LCD)»³¹⁹.

Ahora bien, como ya ha sido indicado, la LORCPM define a los actos de competencia desleal como aquellos contrarios a los usos y costumbres honestos, es decir, no contiene una definición expresamente objetiva de deslealtad, no obstante, el legislador se ha preocupado –aunque con ciertas deficiencias– en que la autoridad de competencia prescinda del carácter subjetivo³²⁰ de la conducta en la determinación de la existencia de posibles prácticas desleales.

En otras palabras, la autoridad, al estudiar una posible conducta desleal en el mercado, no requiere acreditar conciencia o voluntad de los operadores económicos sobre su realización, ya que el carácter de desleal de la conducta no lo es en virtud del dolo o intención del operador económico.

Precepto que, parece adecuado, en tanto constituye una barrera que evita que los operadores económicos infractores busquen diluir su responsabilidad legal en la falta de intencionalidad del efecto anticompetitivo de la conducta desleal.

De igual forma, dicha configuración evita que la administración agote esfuerzos y recursos en probar la conciencia o voluntad de los agentes económicos en el desarrollo de sus actuaciones anticompetitivas en el mercado; lo que tiene como consecuencia que la regulación de competencia desleal se aleje de la teoría de los delitos civiles, que exige como requisito esencial la malicia del autor.

De esta manera lo ha considerado la Superintendencia de Control del Poder Mercado, en sus pronunciamientos; por ejemplo, en la resolución sancionatoria dictada dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-005-2017, por el que la Comisión de Resolución de Primera Instancia consideró, en relación con los actos de engaño, que la autoridad no necesita probar la intención con la que actuó el operador

³¹⁹ MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, Instituto Nacional De Consumo, 2002, versión digital, p. 16/65.

³²⁰ Por lo menos en cuanto a prescindir del dolo o malicia en el responsable de la conducta.

económico en el mercado, sino que le corresponde analizar los efectos posibles del engaño en los consumidores³²¹.

Sin embargo, la fórmula de regulación constante en la Ley respecto del requisito de la relación de los actos de competencia desleal con el parámetro subjetivo de la culpa en la infracción no es igual de clara, conforme analizamos a continuación.

A. Competencia desleal y el cuasidelito

La independencia del carácter desleal de la conducta de la existencia del dolo o intención del operador económico infractor de la Ley es una característica de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM.

Efectivamente, el tercer párrafo del artículo 25 de la LORCPM establece que para la determinación de la existencia de una práctica desleal, la autoridad no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. En otros términos, los operadores económicos no pueden descargar su responsabilidad en la ausencia de dolo o malicia de sus actos y de igual manera la autoridad ecuatoriana de competencia no debe agotar esfuerzos y recursos en demostrar su existencia.

Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 25 de la LORCPM establece que las infracciones a la Ley por actos de competencia desleal «*se asumen como cuasidelitos de conformidad con el Código Civil*». En otras palabras, si bien resulta claro que la LORCPM exime de la existencia del dolo en los actos de competencia desleal, conforme la disposición citada parecería necesaria acreditar la existencia de la culpa del infractor.

³²¹ Resolución dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el 15 de junio de 2017, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-005-2017:

«Se concluye entonces que no se necesita probar que el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., haya tenido la intención de cometer la infracción, si no tuvo esa intención, entonces, tan solo, basta que revisemos los efectos (no del mercado) sino del resultado del engaño ya que no cuenta con la autorización del Ministerio de Salud Pública., y que efectivamente su efecto, es dar mayor seguridad respecto a los productos comercializados por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., sea directamente a los consumidores y usuarios o a través de los médicos pediatras como canal de recomendación para el consumo de los productos del operador económico Nestlé Ecuador S.A.»

Esta disposición, dota de un cierto carácter subjetivo³²² a la regulación de competencia desleal en la LORCPM, ya que, por su naturaleza, el cuasidelito deviene de la temeridad o negligencia del responsable del acto.

En este sentido, el legislador al incorporar dicha disposición en la LORCPM no tuvo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales ecuatorianos con relación de la configuración de los cuasidelitos en el ámbito civil. Al respecto, para la acreditación de responsabilidad civil que nazca de un cuasidelito es necesario que se acredite la existencia de ciertos elementos concurrentes específicos.

En particular la jurisprudencia ecuatoriana ha señalado como elementos constitutivos en los cuasidelitos: a) la necesaria presencia del daño³²³ o perjuicio del derecho ajeno³²⁴; b) la existencia culpa o negligencia³²⁵; y, c) la existencia de un nexo causal entre el daño y la culpa.

En relación con el requisito de la culpa como elemento constitutivo de los cuasidelitos, la Corte Nacional de Justicia ha señalado que ésta se expresa en dos formas diferenciadas: 1) en imprudencia entendida como la actuación precipitada o de la cual no se prevea de antemano las posibles consecuencias de su proceder; y, 2) negligencia, es decir, la omisión de cierta actividad.

A modo de ejemplo los jueces la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia dentro del Juicio número 0158-2014, en la sentencia dictada el 7

³²² El carácter de ilícito objetivo de la competencia desleal en legislación española tiene lugar justamente de la ausencia de los requisitos del dolo y la culpa de su autor. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...”, op. cit., p.69.

³²³ Conforme lo ha expresado la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana –en la Sentencia, dictada el 11 de octubre de 2012, dentro del juicio No. 339-2011, el daño en ámbito civil ecuatoriano se entiende como “*todo menoscabo que experimente un individuo, en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio, de índole material o moral, de orden patrimonial o extra-patrimonial*”. (Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. p. 3048).

³²⁴ OSPINA FERNÁNDEZ G. “Régimen General de la Obligaciones...”, op. cit. p. 41.

³²⁵ Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, en múltiples fallos ha establecido los elementos necesarios de los delitos y cuasidelitos, a modo de ejemplo, en la Sentencia dictada dentro del expediente No. 339-2011, el 11 de octubre de 2012, señaló que el «*delito y el cuasidelito, son hechos ilícitos que causan daño; pero las dos figuras que representan conductas se diferencian básicamente en que el delito es cometido con la intención de dañar, en tanto que el cuasidelito, es un hecho culpable, que se comete sin intención de dañar. En el delito hay dolo malicia intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro. En cambio, en el cuasidelito no hay intención de hacer daño, sino descuido, imprudencia, impericia, irresponsabilidad, negligencia, falta de diligencia o cuidado*».

agosto del 2015, al resolver un recurso de casación respecto de la culpa profesional como elemento constitutivo de un cuasidelito expresaron:

«La doctrina sobre la responsabilidad civil de los profesionales ha señalado que: **‘Se puede decir que existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución o por imprudencia, no se ha obrado como se hubiere debido hacerlo, provocándose así un daño, pero sin que mediere un propósito deliberado en tal sentido por parte del agente;** no se cumple pues, con el deber jurídico preexistente, simplemente porque el obligado no ha tenido el cuidado o la previsión de adoptar las medidas necesarias para ello. **Y aun se ha dicho, criterio que compartimos, que la culpa puede presentarse en dos formas: como “negligencia”, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como “imprudencia”, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe...»** (Énfasis añadido)

En similar orden ideas, en otra interesante sentencia dictada por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de justicia dentro del Juicio No. 339-2011, el 11 de octubre de 2012³²⁶, al resolver un recurso de casación en materia civil, consideraron que, en la culpa, en el ámbito del cuasidelito, debe mediar la existencia de impericia, imprudencia, irresponsabilidad, negligencia o falta de cuidado de una persona física o jurídica que genera daño a un tercero:

En particular los juzgadores expresaron:

«El delito y el cuasidelito, son hechos ilícitos que causan daño; pero las dos figuras que representan conductas se diferencian básicamente en que el delito es cometido con la intención de dañar, en tanto que el cuasidelito, es un hecho culpable, que se comete sin intención de dañar. En el delito hay dolo malicia intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro. **En cambio en el cuasidelito no hay intención de hacer daño, sino descuido,**

³²⁶ https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2012b/339-2011.pdf (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

imprudencia, impericia, irresponsabilidad, negligencia, falta de diligencia o cuidado. Es indudable, que, en la conducta de las personas jurídicas a través de la acción ejecutada por sus administradores, la existencia de un cuasidelito genera obligaciones civiles cuya fuente es la responsabilidad, sujeta a las condiciones de la existencia de un daño de la culpa, de la relación de causalidad entre la culpa y el daño; y la capacidad del sujeto activo.»
(Énfasis añadido)

En tal virtud, desde esta perspectiva, al realizar un análisis sistemático del párrafo tercero del artículo 25 de la LORCPM a la luz de la jurisprudencia emitida por la Corte Nacional de Justicia, parecería que para la determinación de la existencia de una conducta desleal en la LORCPM, la autoridad administrativa en cada caso debería acreditar, además de la infracción a la Ley, la existencia de negligencia o impericia del operador económico investigado.

En adición, como lo ha establecido la Corte Nacional de Justicia, los cuasi delitos requieren necesariamente la presencia del daño³²⁷ o perjuicio del derecho ajeno, lo que dejaría por fuera aquellos actos de competencia desleal que tengan efectos anticompetitivos no reales sino potenciales³²⁸ e impedirían la configuración de los ilícitos de deslealtad como ilícitos de peligro.

Finalmente, si bien existe algún pronunciamiento aislado de la Corte Nacional de Justicia en el que los juzgadores han otorgado un carácter objetivo a la responsabilidad civil³²⁹, la línea jurisprudencial imperante en Ecuador es esencialmente

³²⁷ Conforme lo ha expresado la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana –en la Sentencia, dictada el 11 de octubre de 2012, dentro del juicio No. 339-2011, el daño en ámbito civil ecuatoriano se entiende como *“todo menoscabo que experimente un individuo, en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio, de índole material o moral, de orden patrimonial o extra-patrimonial”* (Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. p. 3048).

³²⁸ El propio párrafo tercero expresa; *«Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley»*.

³²⁹ Al respecto, cabe indicar que existe jurisprudencia aislada que ha otorgado un carácter objetivo a la responsabilidad civil, en este sentido, la Ex Corte Suprema de Justicia, en el proceso judicial Número 229, en sentencia dictada el 29 de octubre de 2002.

subjetiva³³⁰ en la que se ha determinado que la responsabilidad civil deviene de la malicia y dolo en los delitos y de la culpa y negligencia³³¹ en el caso de los cuasidelitos³³².

Esta situación jurídica que resulta ajena a la regulación moderna de la competencia desleal en ámbito internacional constituye un claro desacuerdo del legislador ecuatoriano que puede generar dificultades innecesarias a las autoridades – tanto administrativas como judiciales– y a los administrados al interpretar el alcance de la norma. Dificultades que se evitarían si el legislador hubiera dotado de un carácter plenamente objetivo a la regulación de la competencia desleal en la Ley.

³³⁰ Vid. ANDRADE NARVÁEZ F. “Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en conductas anticompetitivas en el Ecuador”, en *Derecho Administrativo y Corrección Económica Memorias Seminario Internacional*, publicación de la Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 242.

³³¹ A modo de ejemplo, en la sentencia dictada el 29 de octubre de 2002; dentro del caso Número 229-2002, la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) consideró a la culpa como elemento indispensable para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual:

«La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque mientras la culpa se refiere a la acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la infracción recae sobre el daño mismo que se ocasiona.»

³³² A modo de ejemplo, la Segunda sala de lo civil y mercantil, de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, dentro del expediente No. 437-96, publicada en el registro oficial No. 78, de 3 de junio de 1997, ha considerado:

«TERCERA.- Según el Art. 1480 del Código Civil son fuentes productoras o generadoras de obligaciones, entre otras que el mismo precepto precisa, los delitos y cuasidelitos, es decir, los hechos ilícitos, que como enseña Acuña Anzorena – Actos ilícitos, pág. 11 son los ‘actos humanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho o una norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, y que de producir daño, obliga a repararlo’. En razón de lo expuesto, nuestro sistema jurídico distingue entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana, regida ésta por lo estatuido en el Título XXXIII –De los Delitos y Cuasidelitos- del Libro IV del Código Civil. El acto delictual o cuasidelictual, en síntesis, el hecho ilícito, impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprochable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los Arts. 2241 y 2256 del Código Civil, al estatuir, respectivamente, que: ‘el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización’ y que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta’. La prohibición de ‘competencia ilícita’, noción amplia y genérica que cobija las variedades específicas de competencia desleal o de competencia prohibida, como lo tiene resuelto la doctrina y la jurisprudencia, se encuadra dentro de la responsabilidad delictual o aquiliana (Sic)...»

Por otra parte, la LORCPM al ser una norma de Derecho administrativo facilita al legislador integrar un carácter objetivo a la responsabilidad por incumplimiento de la Ley; en consideración a que, en el sistema jurídico ecuatoriano regularmente la responsabilidad derivada de una infracción de carácter de Derecho administrativo es objetiva³³³, por cuanto tiene lugar por la adecuación de los hechos a la prohibición constante en la norma.

A modo de ejemplo, señalaremos –en ámbito de responsabilidad administrativa – el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado ecuatoriano que establece la responsabilidad administrativa culposa de autoridades y funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que incurran en actuaciones u omisiones contenidas en la Ley como es el no establecer ni aplicar indicadores en su gestión; el no adoptar medidas de desempeño para evaluar la gestión de rendimiento individual de sus servidores; y, el de cometer abusos en el ejercicio de su cargo³³⁴.

En estos casos, la responsabilidad administrativa de las autoridades y servidores públicos deviene de la objetiva infracción de la norma, sin que en su juzgamiento deba verificarse la existencia de la intención o negligencia de los responsables.

A fin de conciliar la disposición discutida con el objetivo y finalidad de la norma y del carácter funcional de la disposición, podría argumentarse que la culpa del operador económico al incurrir en conductas desleales en el mercado se resume en la negligencia

³³³ “En el sistema jurídico ecuatoriano, además, la responsabilidad administrativa es en principio objetiva, en el sentido de que la infracción se comete y la sanción procede, con independencia del elemento subjetivo, por el mero hecho de que la conducta se ajuste al tipo.” Vid. ANDRADE NARVÁEZ F. “Responsabilidad civil extracontractual por daños...”, op. cit. p. 245.

³³⁴ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, artículo 45:

«Responsabilidad administrativa culposa.- La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta Ley.

Incurrirán en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que, por acción u omisión, se encuentren comprendidos en una o más de las causales siguientes:

1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores;
2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo; (...).»

de dicho operador en infringir la Ley, por lo que, en todo caso que tengan lugar conductas desleales en el mercado, estos devendrán automáticamente de la configuración de culpa de sus autores en la inobservancia de la Ley.

Por lo anotado, la posición expuesta tiene sus evidentes fisuras, como es el intentar alagar la sombra de una figura de ámbito civil al Derecho administrativo que tiene sus particularidades propias y que responde a una naturaleza jurídica distinta, expresado en la responsabilidad por la simple infracción de la Ley y tampoco supondría una alineación con el Derecho de competencia desleal.

B. Objetivación de la deshonestidad, pronunciamientos recientes de la autoridad

Por las consideraciones realizadas, cobra especial importancia la posición adoptada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en resoluciones recientes, que desde una visión funcional del Derecho de la competencia desleal ha interpretado a la deshonestidad –como elemento constitutivo de competencia desleal– desde una perspectiva eminentemente objetiva, que a nuestro parecer se acerca de mejor forma a los intereses contenidos en la carta magna ecuatoriana.

Al respecto en la resolución dictada el 12 de marzo de 2021, expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018, la Superintendencia manifestó:

«... En este marco de ideas, se **incorporan en la "cláusula general" de competencia desleal, todas aquellas conductas comerciales contrarias a la "honestidad" en materia mercantil. De ahí que la práctica comercial contraria a los usos o costumbres honestos, a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado, constituye en verbo rector de tipicidad en esta materia. En este sentido, el carácter de "honestidad" debe valorarse a la luz parámetros objetivos, a fin de evitar la arbitrariedad y/o la inseguridad jurídica.**

De acuerdo con María Elena Jara, una alternativa para analizar objetivamente el parámetro de "honestidad", es la evaluación con una visión funcional de la competencia, como una regla de conducta acorde al

cumplimiento de postulados sociales y no meramente como una guía de intención.» (Énfasis añadido)

Por otra parte, en la resolución dictada el 14 de diciembre de 2021 dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019, la Superintendencia al definir los actos contrarios a los usos y costumbres honestos en el mercado equiparó su significado al de los actos contrarios a la buena fe comercial objetiva en ámbito mercantil³³⁵.

Si bien, el equiparar como iguales a la regulación de la cláusula general desde la perspectiva de los usos y costumbres honestos y la buena fe objetiva presenta algunos problemas de compatibilidad³³⁶, nos parece correcto el camino recientemente adoptado por la autoridad de competencia en distanciarse de valoraciones subjetivas como pueden ser la inmoralidad o la ética, al respecto la Superintendencia manifestó:

«Empero, bajo la óptica funcional de la competencia desleal, la Dirección consideró en su informe que habrían incurrido en la infracción de la cláusula general, aquellos operadores económicos que, a raíz de haber comercializado los medicamentos con un precio superior al autorizado por la autoridad competente, además les ha significado un beneficio frente a los demás concurrentes del mercado relevante, esto es, que les haya servido para hacerse ilícitamente de la demanda disponible en el mercado en el que concurren, configurándose así una infracción a la buena fe comercial objetiva, y no únicamente un acto inmoral o contrario a la ética, que no es pertinente castigar a través del Derecho de Competencia Desleal.» (Énfasis añadido).

³³⁵ Resolución de 14 de diciembre de 2021 dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019 «*Por lo que, es importante precisar lo que debemos comprender por actos contrarios a los usos honestos en materia mercantil, pues es evidente que, la redacción del artículo 25 de la LORCPM diferencia de un acto deshonesto en general de aquellos actos contrarios a los usos honestos en el ámbito del comercio. Bajo este contexto, como lo resaltó la Dirección, serán reprochables para el Derecho de Competencia Desleal, únicamente aquellos actos contrarios a la buena fe comercial objetiva.*».

³³⁶ En primer lugar, como ya ha sido indicado, la regulación de la competencia desleal desde la perspectiva de los usos y costumbres honestos proviene de una concepción corporativa de la materia, que puede generar distintas interpretaciones y, en algunas de ellas puede tratarse de limitar su aplicación en comparación con una regulación estrictamente objetiva de la materia. En segundo lugar, la LORCPM al asumir a los actos de competencia desleal como cuasidelitos civiles impide que se abandone definitivamente una concepción subjetiva de su regulación.

Finalmente, la redacción utilizada en la norma también ha generado críticas en la doctrina que ha considerado que, la disposición contenida en la LORCPM podría interpretarse como que los actos anticompetitivos con intención de causar daño, al no entrar en la calificación de cuasidelitos, no podrían constituirse como prácticas desleales³³⁷.

Al igual que su proponente consideramos que dicha interpretación no nos parece razonable, ya que la propia norma establece que la autoridad deberá prescindir de la conciencia o voluntad de la infracción para su determinación. Sin embargo, lo indicado permite evidenciar como la estructura de la regulación de la competencia desleal como ilícito en la Ley es poco acertada y refuerza la necesidad de su reforma.

Por lo indicado, a modo de conclusión preliminar el artículo 25 de la LORCPM al «asumir» a las conductas desleales como cuasidelitos genera inseguridad jurídica en la administración y en los administrados, además que abre la puerta a incidentes innecesarios que pueden ser utilizados por los operadores económicos para entorpecer las investigaciones que lleve a cabo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; por lo que, en una eventual reforma a la LORCPM o al considerar la expedición de una norma autónoma de competencia desleal debe reformularse la definición de conducta desleal y desmarcarla totalmente de todo carácter subjetivo en su regulación.

Finalmente, debemos anotar que, en las resoluciones emitidas por la Superintendencia, como órgano de control de la competencia en el marco de la LORCPM, no ha existido mayor análisis o discusión respecto de la relación de los actos de competencia desleal con los cuasidelitos y se ha limitado a indicar que, en el marco

³³⁷ Vid. SANTOS DAVALOS, O. “¿Hacia dónde va el derecho de la Competencia Ecuatoriano?” en *Derecho Económico Contemporáneo*, Editora Nacional, Quito Ecuador, 2017. p. 165. señala:

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

de sus investigaciones no le corresponde acreditar conciencia o voluntad de los operadores económicos al incurrir en posibles actos desleales³³⁸, como por lo demás corresponde hacer dado el tenor literal de las normas.

3. Ilícito de peligro

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, la competencia desleal tiene un carácter de ilícito de peligro, es decir, la eventual represión de un acto de competencia desleal no se fundamenta en el efecto negativo causado en el mercado, o del daño patrimonial de un competidor³³⁹, es decir «*el ilícito de deslealtad es un ilícito de peligro en cuanto no es necesario la verificación de los efectos previstos para su reprochabilidad*»³⁴⁰.

En tal sentido, la represión de la conducta desleal resulta independiente de la existencia de daño alguno, «*por lo que el juicio de deslealtad del acto resulta independiente de que se produzca un resultado perjudicial, con independencia de que tal lesión pudiera suponer un daño directo a tercero o, de otro lado, una afeción*

³³⁸ Lo indicado se puede observar en la Guía de prácticas desleales, realizado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Documento público, en el que al respecto la autoridad expresa: «*Finalmente, los actos de competencia desleal son aquellos que, desde un sentido objetivo son contrarios a los usos y costumbres honestos,5 es decir, para la calificación de una conducta como desleal, su análisis no requiere acreditar la intencionalidad del sujeto para causar un daño, basta con acreditar la existencia del daño real o potencial al objeto jurídico protegido6 en la Ley*». <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf> p. 4 (consultada por última vez el 8 de julio de 2022)

³³⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 151; en adición MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ, “*Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales...*”, op. cit., versión digital, p. 16/65:

«Como ilícito de peligro, el reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado, sea de la producción de un daño o lesión patrimonial --relevante sólo como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal--, sea de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o de la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, sea de la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta.»

³⁴⁰ Vid. PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...” op. cit., p. 24.

negativa al mercado en su estructura o en la actividad desarrollada en él», bastando para ello el peligro concreto de los efectos de la conducta desleal³⁴¹.

En ámbito del Derecho peruano de la competencia desleal, El Decreto Legislativo No. 1044,³⁴² Ley de represión de la competencia desleal, integra el carácter de ilícito de peligro a los actos de competencia desleal conforme su artículo 7.2, el cual establece que para la represión de conductas desleales no *«es 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»*.

Ahora bien, la legislación ecuatoriana, en este punto, tiene una clara influencia de la normativa peruana, que adopta de forma casi exacta la fórmula desarrollada en el en su Ley. Así, la LORCPM, en el párrafo tercero del artículo 25³⁴³, establece que, para determinar la existencia de una conducta desleal, no es necesario que la autoridad de competencia requiera acreditar la existencia de un daño efectivo a otro participante del mercado, los consumidores o el orden público económico, bastando la constatación de la generación de un daño potencial.

Al respecto, la LORCPM tiene por objeto la corrección de las actuaciones de los competidores previniendo, prohibiendo, corrigiendo y sancionando las actuaciones anticompetitivas en el mercado, por lo que, como regla general los actos contrarios al régimen de competencia están proscritos en la Ley, no necesariamente por constatar sus efectos perniciosos reales en el mercado, sino porque a pesar de que sus efectos anticompetitivos son potenciales, estos son contrarios a la finalidad y objetivo de la norma³⁴⁴.

³⁴¹ GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp.33/79.

³⁴² Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 de junio de 2008, en el Diario Oficial el Peruano No. 3747922.

³⁴³ Artículo 25 *«...Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley»*.

³⁴⁴ Salvo aquellas conductas que exigen un ilícito de resultado como es el caso de la conducta desleal por violación de normas que requiere la obtención de una prevalencia en el mercado y la ventaja competitiva del infractor como consecuencia de la violación normativa.

A modo de ejemplo, señalamos el caso de una publicidad que contenga un mensaje que induzca a error al público, la cual puede constituirse en un acto de competencia desleal por engaño, sin embargo, conforme la configuración normativa contenida en la LORCPM para su represión, la autoridad de competencia no se ve en la obligación de probar si los consumidores fueron efectivamente engañados.

Por el contrario, a la autoridad de competencia, mediante el análisis del mensaje publicitario y su alcance le bastará demostrar el efecto potencial de la conducta³⁴⁵.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano no debemos olvidar que es la Superintendencia quien tiene la carga de la prueba dentro de los expedientes administrativos³⁴⁶, por lo que, por regla general en cada caso debe argumentar y fundamentar como el acto calificado como competencia desleal se subsume en el ilícito tipificado en la LORCPM³⁴⁷.

En definitiva, la competencia desleal, en Ecuador se constituye como un ilícito de peligro, que activa la represión de la competencia desleal en el marco de la LORCPM, únicamente mediante el efecto potencial de la conducta en el mercado³⁴⁸.

³⁴⁵ En adición, el artículo 27.2 de la LORCPM establece que los actos de engaño son aquellos que tengan por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, por lo que la potencialidad de la conducta se encuentra en su propia redacción.

³⁴⁶ Artículo 48 de la LORCPM.

³⁴⁷ Si bien, esta es la regla general, –contenida en el artículo 48 de la LORCPM– existen ciertos casos en los que la carga de la prueba legalmente se traslada a los investigados, por ejemplo, en los casos de ilícitos publicitarios, al respecto, el segundo párrafo del artículo 27.2 de la LORCPM establece: *«La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante»*.

³⁴⁸ Sin perjuicio de lo anotado, no podemos dejar de advertir que la eventual reclamación de daños y perjuicios que tengan lugar como consecuencia de la conducta de competencia desleal requerirá del necesario efecto anticompetitivo de la conducta desleal en el mercado. Vid. PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...” op. cit., p. 24: *«Cuestión distinta es que para la prosperabilidad de la acción de indemnización sea necesario acreditar que el actor ha actuado con dolo o culpa y que la conducta desleal ha desplegado sus efectos sobre el perjudicado produciendo unos daños que han de resarcirse. Pero ello no implica que el ilícito de deslealtad no sea un ilícito de peligro por más que, en ocasiones, la prueba de la deslealtad del acto se base en la acreditación de los efectos perniciosos de la conducta y del daño producido»*.

4. Norma sustantiva

En regímenes modernos de competencia desleal, la cláusula general de competencia se caracteriza por ser una norma sustantiva, es decir, que «*tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo particular*»³⁴⁹, en otras palabras, la cláusula puede activarse por sí misma para la represión de aquellos ilícitos desleales que no se encuentra expresamente tipificado en la Ley

En relación con la legislación española, la doctrina ha señalado que el carácter sustantivo de la cláusula general significa que:

«La cláusula general es también una norma jurídica en sentido técnico a la que se puede acudir para prohibir conductas concretas que no están recogidas en los artículos 5 y siguientes como actos específicos de competencia desleal. En este sentido la cláusula general del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal es una válvula de autorregulación del sistema que permite la adaptación del Derecho contra la competencia desleal a las nuevas herramientas de marketing y conductas de mercado que deben también evaluarse desde el punto de vista concurrencial. En este sentido, bien puede afirmarse que la cláusula general es un cajón de sastre para la evaluación de conductas que no cumplen los elementos fácticos tipificados en las cláusulas particulares contra la competencia desleal»³⁵⁰.

En este sentido, el carácter sustantivo de la Ley permite a las autoridades – administrativas o judiciales conforme corresponda al ordenamiento jurídico de cada Estado– el que puedan declarar la deslealtad de una conducta cuando ésta no haya sido expresamente tipificada en la Ley, en tanto el acto enjuiciado merezca el reproche de deslealtad³⁵¹.

³⁴⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 151; en adición MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales...”, op. cit., versión digital, p. 13/65:

³⁵⁰ Vid. PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...” op. cit., p. 26

³⁵¹ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley ...”, op. cit., p.70.

En efecto, en ámbito de la LORCPM, la infracción de la cláusula general de competencia desleal sirve como norma suficiente y autónoma para el inicio de un expediente de investigación por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin que se requiera de la activación de una o más de las conductas prohibidas en la Ley.

Sin embargo, dicho carácter no siempre ha sido claramente comprendido por la autoridad ecuatoriana de competencia, quien, en alguna ocasión, incluso ha considerado que su aplicación en ámbito administrativo riñe con garantías constitucionales como el derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, interpretación que será desarrollada con profundidad en el siguiente epígrafe.

A. Cláusula general, un aparente conflicto constitucional

La regulación moderna de la competencia desleal está compuesta por una cláusula general de prohibición seguida de la enumeración de tipos concretos de conductas tipificadas como desleales³⁵².

Esta fórmula de regulación no es casual, por el contrario, la incorporación de una cláusula general en la regulación de la competencia desleal cumple con dos funciones específicas, por una parte, conceptualiza o define a los actos de competencia desleal en el mercado y, por otra, prohíbe y sanciona comportamientos incorrectos que no estén expresamente previstos en la Ley, ya sea por su carácter extraño o por que responden a la continua evolución de las actividades mercantiles³⁵³.

La inclusión de cláusulas generales en la regulación de conductas desleales deviene de la real imposibilidad del legislador de prever todas las posibles conductas

³⁵² A fin de ejemplificar lo indicado, la Ley de Competencia desleal, Ley 256 de 1996, de Colombia, en su artículo 7 establece que: «*Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial*». En esta misma línea, la Ley de Represión de la Competencia Desleal de Perú, también establece una la cláusula genera de competencia desleal en el artículo 6 de decreto legislativo 1044: «*6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten*». De igual manera, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial también define este tipo de conductas, y preceptúa: «*Art. 10 bis.- (Competencia desleal).- [...] 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*».

³⁵³ BERCOVITZ, A. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 97.

anticompetitivas que puedan realizar los operadores económicos en el desarrollo de sus actividades en el mercado; por lo que, el legislador tenderá a tipificar aquellas conductas que sean más comunes o que sean consideradas de mayor relevancia, relegando la prohibición de las conductas menos comunes a la aplicación de la cláusula general contra la competencia desleal.

Esta fórmula resulta eficaz, ya que caso contrario el legislador se vería obligado a realizar continuas reformas de la Ley, cada vez que surgiera un nuevo tipo de conducta anticompetitiva –y únicamente con efectos venideros–, lo que evidentemente no sería eficiente y en definitiva posible.

Respecto de las ventajas que tiene la amplitud de la cláusula general contra la competencia desleal en el marco de la legislación española el Profesor Massaguer expresa que:

«... la generosidad de la definición de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, la apertura de la definición de los grupos de casos y, en última instancia, el reconocimiento del carácter normativo a la cláusula general, así como la eficacia de su sistema de acciones, se hallan sin duda detrás de la expansión de la aplicación de la LCD y, en especial, del recurso a ella para dilucidar supuestos límite, incluidos casos que no tienen respuesta o no tienen una respuesta satisfactoria en la legislación más directamente relacionada con la materia considerada»³⁵⁴.

En este sentido, la cláusula general surge como un mecanismo de protección de la competencia en la medida que permite a la autoridad conocer y sancionar conductas anticompetitivas que se correspondan con el objeto de prohibición.

Situación que adquiere especial sentido cuando se analiza la competencia desleal desde el punto de vista del Derecho mercantil; sin embargo, cuando el análisis se hace desde la perspectiva del Derecho administrativo ecuatoriano la incorporación y aplicación de la cláusula general puede producir ciertos conflictos, en particular con la

³⁵⁴ MASSAGUER, FUENTES, j. “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, N°. 55, 2021, p. 86.

aparente contradicción con el principio constitucional de legalidad y tipicidad como garantías del debido proceso.

Respecto de estos principios, la Constitución en su artículo 76.3 establece:

«Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Énfasis añadido)»

De conformidad con el principio de legalidad, la Constitución ecuatoriana exige que las infracciones como las sanciones deben estar previamente determinadas en la propia Constitución de la República o en la Ley, caso contrario, no se puede procesar a una persona o imponer determinada sanción³⁵⁵.

En este sentido, el principio de legalidad como una garantía del debido proceso constituye una evidente limitación al poder punitivo del Estado, con independencia de si se trata de un asunto de materia penal, administrativa o de cualquier otra índole, límite que se articula mediante una doble garantía: en primer lugar, mediante la reserva de ley³⁵⁶, es decir, que la infracción y sanción deben estar contenidas en leyes, o en la propia Constitución; y, en segundo lugar, el principio o mandato de tipicidad, entendido como *«la predeterminación normativa de las conductas que sean consideradas ilícitas y sus sanciones correspondientes»*³⁵⁷.

³⁵⁵ Sentencia dictada por la Corte Constitucional No. 182-14-SEP-CC, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=182-14-SEP-CC> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁵⁶ Sentencia dictada por la Corte Constitucional No. 34-17-IN/21, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=34-17-IN/21> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁵⁷ Ibid.

Por tal razón, de conformidad con la Constitución del Ecuador, ninguna persona puede ser juzgada o sancionada por un acto u omisión que no esté tipificada como infracción. Principio que cobra especial relevancia en ámbito penal y que evita posibles arbitrariedades de la administración pública.

Ahora bien, puede ocurrir que ciertos casos en que, por su propia naturaleza la tipificación de una infracción sea de carácter abierta, esto es, como lo ha dicho la Corte Constitucional, con la incorporación de infracciones en «*normas en las que se enuncia un tipo de conducta de forma más amplia o general que en un tipo penal, de manera que quien juzga la falta*» necesariamente debe recurrir a una interpretación sistemática que permita completar dicha descripción y aplicarla a un caso concreto³⁵⁸.

Por lo que, surge la duda de si la sanción de una infracción a una norma con tipificación de carácter abierta puede constituir una vulneración al derecho al debido proceso y derecho a la defensa en el principio de tipicidad contenido en la Constitución de la República.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 10 de mayo del 2017, 12h36, Juicio No. 11804-2016-00187, consideró lo siguiente:

«Por otra parte, CÁSSAGNE ha sostenido **que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y / abiertas**, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos.» (Énfasis añadido).

³⁵⁸ Sentencia dictada por la Corte Constitucional No 3-19-CN/20 <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-19-CN/20> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

Interpretación del principio de tipicidad que en ámbito administrativo supone una evidente limitación a las fórmulas abiertas de tipificación de infracciones, como es el caso de la cláusula general contra la competencia desleal contenida en la LORCPM.

Esta posición incluso ha sido adoptada por la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al resolver recursos de apelación de asuntos relativos a la aplicación de la cláusula general en competencia desleal.

A modo de ejemplo, en la resolución dictada dentro del expediente número SCPM-DS-INJ-RA-013-2019³⁵⁹ el Superintendente de Control del Poder de Mercado al resolver un recurso de apelación señaló lo siguiente:

«Necesariamente debe considerarse a las prácticas desleales sobre la base de tipos de infracción, ya que el tipo constituye la descripción objetiva respecto de cada una de las conductas que transgreden la ley. En el ordenamiento jurídico, la tipificación de infracciones es una exigencia de carácter constitucional contemplada en el artículo 76 que garantiza la imposibilidad de sancionar a una persona por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción. [...] **Se puede afirmar entonces que las infracciones tienen reserva de ley, pues, la tipicidad no puede darse frente a una infracción “general” o “común” debe necesariamente el elemento constitutivo de la infracción consistir en la adecuación del hecho, acto, o conducta que se considere como anticompetitivo al tipo descrito por la ley, pero este tipo o figura no puede ser disperso, debe ser específico, y concreto, asegurando de este modo, que en los procedimientos en los cuales se determinen derechos y obligaciones se asegure el debido proceso, y la tutela efectiva»³⁶⁰(Énfasis añadido).**

³⁵⁹ Resolución que se la puede encontrar en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-DS-INJ-RA-013-2019.pdf> (consultado por última vez el 8 de junio de 2022). Argumentación idéntica fue utilizada en la resolución número dictada el 18 de octubre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-020-2019 <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-DS-INJ-RA-020-2019.pdf>. (consultado por última vez el 8 de junio de 2022).

³⁶⁰ Análisis que puede replicarse para las conductas de abuso de poder de mercado, que también contiene una formulación del tipo abierto.

Es decir, a criterio de la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la cláusula general de competencia desleal contenida en el artículo 25 de la LORCPM aparentemente se contrapondría con el principio de tipicidad como elemento constitutivo del Derecho constitucional al debido proceso.

En consecuencia, conforme a dicha interpretación únicamente podrían ser objeto de sanción aquellas conductas que constituyan una infracción expresamente tipificada en la Ley. Interpretación que vuelve casi inaplicable la cláusula general, lo cual contraría el espíritu y finalidad de la LORCPM y su anclaje constitucional³⁶¹. Sin duda la ubicación normativa de los ilícitos de competencia desleal plantea dificultades en su aplicación en ámbito administrativo que no se plantearían en aquellos países con una regulación autónoma de derecho privado.

Por lo que, a continuación, mediante el análisis de las normas correspondientes, así como de precedentes jurisprudenciales más recientes se procederá a realizar una interpretación alternativa que, sin desnaturalizar la cláusula general de competencia desleal, se armonice con los principios constitucionales de tipicidad y legalidad.

B. Interpretación superadora

Como punto de partida diremos que, la Corte Constitucional de Ecuador ha señalado que el debido proceso constituye un derecho de protección elemental, que incluye un conjunto de derechos y garantías reconocidos en la Constitución, así como de condiciones de carácter sustantivos y procesales, que deben ser cumplidas por operadores de justicia y por autoridades administrativas; en tutela de quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones, los que siempre deben gozar de las garantías suficientes para ejercer su derecho de defensa y

³⁶¹ El segundo párrafo del artículo 336 de la Constitución establece: «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» de igual manera, el tercer párrafo del artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: «El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal».

obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso exento de arbitrariedades³⁶².

Entre los derechos y garantías que conforman el derecho al debido proceso se encuentra la garantía de legalidad –y como parte integrante de ella el principio de tipicidad– que, expresamente se encuentra establecida en el artículo 76.3 del Constitución de la República del Ecuador y dispone que las infracciones, así como su correspondiente sanción, deben necesariamente constar en el marco de una ley, exigencia que es aplicable tanto en materia penal como en el ámbito administrativo sancionador, así como, en cualquier otra esfera en la que se puedan restringir derechos constitucionales.

Mediante dicha garantía, la Constitución busca evitar que las personas puedan ser juzgadas por actos u omisiones que, al momento de cometerse, no se encontraran tipificadas según el derecho aplicable y de igual forma no se apliquen sanciones no previstas en el ordenamiento jurídico³⁶³; garantía constitucional que se encuentra estrechamente relacionada con el derecho a la seguridad jurídica³⁶⁴.

³⁶² Sentencia de la Corte Constitucional No. 002-14-SEP-CC, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=002-14-SEP-CC>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

³⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional No. 0182-14-SEP-CC. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=182-14-SEP-CC> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

³⁶⁴ Desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador español Vid. NUÑO JIMÉNEZ, I., PUERTA SEGUIDO, F., “Derecho administrativo sancionador. principios de la potestad sancionadora”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº 5, 2016, pp, 151, 152:

«Una conducta se puede definir como típica «cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto¹⁵⁶». Una vez limitado este principio, el problema práctico reside en el análisis de la precisión con la que tales conductas sancionables deben ser definidas en la disposición legal correspondiente, pues en muchas ocasiones las normas recurren a conceptos generales o conceptos indeterminados o bien se refiere a la vulneración de deberes impuestos por otras normas no sancionadoras, remitiéndose a esas normas para la integración de las conductas tipificadas y no consiguiendo con ello la concreción de principios, como los de legalidad y tipicidad, exigen para que tal y como dispone el art. 129.3 de la LRJPAC. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para la definición de infracciones administrativas es admitida por el Tribunal Constitucional –STC 62/1982– siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan determinar con suficiente grado de certeza las conductas que se sancionan –SSTC 11/1988, 207/1990, 133/1999–. La tipificación debe tener una predicción de los efectos sancionadores con un grado de seguridad razonable –STS de 18 de julio de 2006–. Por este motivo la utilización de

Por su parte, la cláusula general contra la competencia desleal constituye un principio general respecto de las actuaciones de los operadores económicos que exige a los competidores que actúen dentro del marco de los usos y costumbres honestos en el desarrollo de sus actividades económicas, por lo que, dicha disposición dota además de elementos para una correcta interpretación de las distintas conductas desleales expresamente tipificadas en el artículo 27 de la LORCPM.

Adicionalmente, desde un análisis integral de la Ley, el artículo 26 de la LORCPM contiene una cláusula de prohibición y sanción de los actos o prácticas desleales cuando estos impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Ahora bien, como ya fue indicado anteriormente, la regulación de la competencia desleal debe responder de forma ágil a las actuaciones de los operadores económicos en el mercado, por lo que resulta necesaria una regulación abierta de lo que constituye una práctica desleal para su eventual sanción.

Esta necesidad ha sido reconocida por la jurisprudencia ecuatoriana en diferentes fallos, a modo de ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro de la Resolución No. 373-2012³⁶⁵ consideró:

«... si bien la definición y clasificación de los actos que la ley considera como competencia desleal es amplia y general, corresponde hacer una interpretación restringida para calificar cada una de las conductas; en bien del intercambio comercial y de la seguridad jurídica, se debe partir del principio que los actos de competencia son leales, a menos que procesalmente se demuestre la deslealtad de los mismos.- 5.1.- **Los actos que pueden constituir competencia desleal no pueden ser tipificados de forma cerrada, se requiere de una “cláusula**

algún concepto jurídico indeterminado para la tipificación de la infracción exige una motivación más completa y perfilada del acto donde se apliquen.»

³⁶⁵ Sentencia de la Corte Nacional de Justicia en el recurso No. 434-2010 publicada en: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2012/noviembre2012/Resolucion%20No.%20373-12.pdf (Consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

general” que permita incorporar las nuevas y diversas conductas que van apareciendo con el tiempo y con el desarrollo del mercado. (Énfasis añadido)

En adición, la Corte Nacional de Justicia en no pocas ocasiones ha considerado que, desde la perspectiva de la eficacia punitiva del Estado, ciertas áreas del Derecho administrativo sancionador no pueden contener un catálogo taxativo y cerrado de conductas ilícitas.

Por ejemplo, en ámbito aduanero, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en la sentencia No. 975-2016, dentro del juicio No. 222-2013³⁶⁶, señaló:

«... pues evidentemente pretender una tipicidad “taxativa” de todas las infracciones que en el ámbito aduanero se podrían dar por las prestadoras de un servicio no es factible y mucho menos cuando el sistema aduanero debe adaptarse con inusitada rapidez al mundo globalizado del siglo XXI en el que nos encontramos; por lo que en esta materia se puede perfectamente disponer que las formas de incumplimiento se remitan usualmente a normas reglamentarias o contractuales, e incluso a conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación permita un margen de precisión de apreciación, siempre que su análisis se dé con razonables criterios técnicos lógicos y basados en la experiencia científica, que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características principales de las conductas reguladas.» (Énfasis añadido).

En similar sentido, en ámbito del Derecho administrativo sancionador en temas de telecomunicaciones y el principio de tipicidad la Corte Nacional de Justicia en la resolución No 800-2016, dentro del caso 3-2011, manifestó:

« ... (L)a regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever por

³⁶⁶https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2016_PDF/Resolucion%20No.%20975-2016.pdf (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

consiguiente, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, dado que **los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo, la propia naturaleza de las cosas, una precisión y claridad absoluta, es necesario en ocasiones un margen e indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no avoque a una inseguridad jurídica insuperable...** es doctrina reiterada de ese Tribunal, la de que no vulnera la exigencia del *lex certa* como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos, o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la conducta regulada...» (Énfasis añadido).³⁶⁷

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la reciente sentencia No. 34-17-IN/21, consideró que no puede exigirse el mismo nivel de precisión del alcance del principio de tipicidad en infracciones de índole administrativas en comparación con aquellas en ámbito penal³⁶⁸, siendo la aplicación de dicho principio menos estricto.

En otra interesante sentencia, dicha Corte consideró que una tipificación abierta de conceptos como el dolo, la manifiesta negligencia, o el error inexcusable en el Código Orgánico de la Función Judicial no es contraria a los preceptos constitucionales, en la medida que la calificación de la infracción sea motivada en la Ley y la Constitución a fin de adecuar la conducta con el caso concreto.

En particular, la sentencia No. 3-19-CN/20 expresa³⁶⁹:

³⁶⁷ La sentencia se puede localizar en <https://bit.ly/3jVzmf2> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 34-17-IN/21: «*Por otra parte, en cuanto al principio de tipicidad, es preciso señalar que, cuando se trata de infracciones administrativas, también ocurre que el nivel de precisión constitucionalmente exigido a las infracciones administrativas no alcanza el mismo nivel que el principio de legalidad exige al derecho penal al momento de configurar uno de sus tipos*». <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/novedades-jurisprudenciales/item/1112-sentencia-34-17-in-21.html> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁶⁹ La sentencia se puede localizar en la página de Relatoría de la Corte: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-19-CN/20> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

«En síntesis, esta Corte encuentra que la tipificación abierta del dolo, la manifiesta negligencia y el error inexcusable contenida en el numeral 7 del artículo 109 del COFJ no es contraria a los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, así como tampoco es violatoria de la independencia de los jueces, fiscales y defensores públicos. Esta conformidad con la Constitución, sin embargo, se produce siempre y cuando quien califique o declare la infracción integre motivadamente estos tipos disciplinarios con las normas constitucionales y legales pertinentes, a efectos de configurar y adecuarlo con el caso concreto³⁷⁰.» (Énfasis añadido).

Es importante señalar que por su naturaleza, la figura del error inexcusable en ámbito judicial es un concepto de carácter abierto por lo que el legislador no puede crear una lista taxativa que incorpore todas las causas que pueden producir el supuesto error.

Por otra parte, la promoción y protección de un sistema constitucional de libre competencia va de la mano con el derecho de los individuos al ejercicio de la libertad de empresa para participar³⁷¹ en el mercado y competir. En tal sentido, la Constitución ecuatoriana, como expresión de la voluntad del constituyente, reconoce la necesidad de la sociedad ecuatoriana de contar con mercados saneados en los que no prevalezcan actores que incurran en prácticas anticompetitivas –entre ellas las prácticas desleales–,

³⁷⁰ En adición, en recientes sentencias, la Corte Constitucional ha considerado que tampoco infringe el principio de legalidad ni tipicidad que el legislador remita la concreción de una infracción o sanción a otras leyes distintas o reglamentos. A modo de ejemplo, en la sentencia No. 34-17-IN/21 La Corte Constitucional indicó:

«45 En tal sentido, por su propia naturaleza, el legislador no siempre puede tipificar en una única norma todas las infracciones y sanciones administrativas y, por tanto, para su concreción puede existir una tipificación indirecta en la que se remita a otra sección del mismo cuerpo normativo, a otra ley o, incluso, como se ha mencionado, a su concreción mediante un reglamento. Así, el legislador puede remitirse a otras normas sin necesidad de volver a reiterarlas, como criterio de economía y técnica legislativa al momento de configurar las distintas infracciones y sanciones administrativas.

46. De ahí que, en el derecho administrativo sancionador, la sola circunstancia de que una infracción administrativa no se encuentre completamente tipificada en la misma norma, no es por sí misma contraria al mandato de tipicidad, pues las exigencias de certeza y previsibilidad se garantizan precisamente por la determinación de sus distintos elementos. En tal sentido, esta Corte ha establecido que algunos de los elementos que ayudan a especificar el principio de legalidad son “la gravedad de la falta, la determinación clara de la sanción, la identificación de los sujetos activos de la infracción, el grado de culpabilidad y el debido proceso disciplinario.»

³⁷¹ Art. 66.15 de la Constitución de la República del Ecuador.

así, la norma constitucional determina la misión al Estado, a través de sus respectivos órganos, de «asegurar» la transparencia y eficiencia en los mercados y «fomentar» la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades para los participantes³⁷².

Para ello la política comercial nacional ha incorporado entre sus objetivos evitar la existencia de prácticas monopólicas, oligopólicas y otras que afecten el funcionamiento de los mercados³⁷³, mediante los mecanismos de prohibición y sanción previstos en las leyes para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal³⁷⁴.

En el contexto constitucional ecuatoriano, resulta evidente que una interpretación de la aplicación similar a la realizada en la sentencia No. 3-19-CN/20 – con relación de la sanción del error inexcusable en ámbito administrativo– es perfectamente posible para el desarrollo y aplicación de la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25 de la LORCPM.

En primer lugar, porque en materia de competencia económica, las modalidades para su posible falseamiento son tan diversas que por su propia naturaleza resulta imposible al legislador preverlas todas, y, en segundo lugar, conforme la sentencia constitucional indicada, para la correcta aplicación de la cláusula general la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus resoluciones puede y debe integrar motivadamente los actos o hechos objetos de su conocimiento con las normas constitucionales aplicables³⁷⁵ y el artículo 25 de la LORCPM.

En este sentido, la eventual infracción a la cláusula general del artículo 25 de la LORCPM y su posterior sanción por la autoridad competente no infringe la garantía de legalidad y el principio de tipicidad consagrados en la Constitución, en los casos en que la Superintendencia de manera motivada integre en sus resoluciones sancionatorias los

³⁷² Art. 336 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁷³ Art. 304 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁷⁴ Art. 335 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁷⁵ Entre otros, los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República.

razonamientos por los cuales considera que la actuación u omisión del operador económico es contraria al régimen de competencia.

De esta forma, los órganos de control pueden buscar alcanzar los objetivos trazados en la Constitución y la Ley, sin lesionar el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso respetando los principios de legalidad y tipicidad normativa de los administrados.

En este sentido, nos parece que para una correcta motivación no bastaría la simple enunciación del acto o hecho ocurrido y el señalamiento de la infracción contenida en la LORCPM, por el contrario, ésta requerirá que la autoridad competente realice una fuerte argumentación respecto de cómo la supuesta actuación u omisión constituye un acto o hecho contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas y a la afectación de los intereses protegidos en la Ley³⁷⁶.

Por tal razón, y en consideración del mandato constitucional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede calificar como desleales conductas que no se encuentran taxativamente tipificadas dentro del catálogo contenido en el artículo 27 de la LORCPM, como por ejemplo: la desviación desleal de competencia³⁷⁷; las estrategias comerciales piramidales de empresas que basen su giro negocio en la captación de nuevos integrantes y no la colocación de un producto en el mercado³⁷⁸; la obstrucción desleal del posicionamiento del producto de un competidor, entre otras.

Por lo anotado, de los precedentes jurisprudenciales indicados, las normas constitucionales y legales referidas y sobre todo desde la interpretación de carácter funcional de la cláusula general, resulta jurídica y constitucionalmente posible una interpretación y aplicación del artículo 25 de la LORCPM que vaya en armonía con el

³⁷⁶ Lo indicado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de la LORCPM, disposición que además exige que para una adecuada motivación la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá incluir argumentos que identifiquen como la conducta calificada como desleal tiene el efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

³⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 31714 de 2003, publicada en <https://www.sic.gov.co/sentencias-competencia-desleal-2003> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁷⁸ Esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 24 de la Ley 3/1991 de España.

derecho constitucional al debido proceso, la garantía de legalidad y el principio de tipicidad, sin perder su naturaleza jurídica y anclaje constitucional, consideraciones que incluso ya han sido tenido en cuenta en resoluciones posteriores emitidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado³⁷⁹.

C. Falta de técnica legislativa en la sanción de conductas desleales por aplicación de la cláusula general

Ahora bien, otra dificultad que presenta el carácter de norma sustantiva de la cláusula general en la LORCPM se la encuentra en la incorrecta técnica legislativa por la que el legislador diseñó la estructura de infracciones y sanciones de las conductas desleales en la Ley.

Como ya ha sido indicado, en la revisión de la estructura normativa de la LORCPM, los artículos 78 y 79 de la Ley, contienen las infracciones y sanciones producto de actos de competencia desleal.

Al respecto, el artículo 78 de la LORCPM califica como infracción grave al «*falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos (Sic) desleales en los términos establecidos en el artículo 27*³⁸⁰» de la Ley; por su parte, el artículo 79, contempla como sanción a las infracciones por competencia desleal una multa de hasta el 10% de volumen de negocio total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

En tal sentido, la LORCPM en su 78.2.c, contiene una infracción únicamente para los actos de competencia desleal contenidos en el artículo 27 de la LORCPM. Al respecto, el artículo 27 de la Ley, contiene un catálogo de conductas que el legislador

³⁷⁹ Resolución de 03 de agosto de 2020, emitida por la Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0025-2018. Pero sin dejar de señalar que dicha interpretación no ha sido acogida hasta la fecha por la máxima autoridad de la institución. Para ver la resolución <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.pdf> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

³⁸⁰ LORCPM, «Art. 78.- *Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. (...) 2. Son infracciones graves: (...) c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.*»

ha considerado como desleales, las cuales son: actos de confusión; actos de engaño; actos de imitación; actos de denigración; actos de comparación; explotación de la reputación ajena; el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado; violación de secretos empresariales, violación de normas; y, prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

Sin embargo, la fórmula jurídica utilizada por el legislador no contendría una infracción expresa para los actos de competencia desleal que tengan lugar por aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 25 de la Ley, situación que ha sido alegada en expedientes de investigación llevados ante la Superintendencia.

Al respecto, debemos indicar que el catálogo de conductas desleales contenido en la Ley no tiene el carácter de taxativo, así, el primer párrafo del artículo 27 de la LORCPM expresa que, «*entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes...*», es decir, el legislador con la redacción del artículo 27 de la Ley, reconoce una vez más la naturaleza abierta de las conductas desleales producto de la imposibilidad del propio legislador de prever todas las posibles actuaciones que puedan realizar operadores económicos en el desarrollo de sus actividades en los cada vez más dinámicos mercados.

Por lo indicado, desde un análisis integral de la LORCPM, el artículo 27 de la Ley, al referirse a «*entre otras*» prácticas desleales, necesariamente evoca a aquellas que no están expresamente tipificadas pero que, sin embargo, deben cumplir con los requisitos constitutivos de deslealtad contenidos en el artículo 25 de la norma.

En otras palabras, el artículo 27 de la LORCPM al incluir la frase «*entre otras*» remite la calificación de la conducta a la cláusula general contenida en la ley, en tal sentido, un acto o práctica será calificado como desleal en la medida que ésta sea contraria a los usos y costumbres honestos en el desarrollo de las actividades económicas.

Por lo indicado, las infracciones y sanciones contenidas en los artículos 78 y 79 de la LORCPM pueden ser aplicables tanto a las conductas expresamente tipificadas en

el catálogo del artículo 27, como aquellas que sin estarlo se enmarcan en la cláusula general de la Ley.

Sin perjuicio de lo señalado, la fórmula utilizada por el legislador para calificar las infracciones desleales no es la más clara posible, por lo que, resultaría adecuado que, en el caso de una eventual reforma a la LORCPM, se modifique la redacción del artículo 78.2.c y se incluya como infracción a la Ley, el falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas desleales en los términos contenidos en la sección 5 de la LORCPM, sección la cual, incluye el artículo correspondiente a la cláusula general contra la competencia desleal (artículo 25), la cláusula de prohibición, (artículo 26) y el listado no taxativo de prácticas desleales (artículo 27 de la Ley).

5. Aplicación de la Cláusula general, experiencia de la autoridad ecuatoriana

La correcta interpretación y aplicación de la cláusula general contra la competencia desleal permite que los actos de competencia desleal que no *«han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos entre los incluidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico»*³⁸¹ no se vean exentos de prohibición y sanción, en términos de la Ley.

Como de forma clara lo expresa la doctrina, la cláusula general actúa como válvula de autorregulación del sistema y permite su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado³⁸² permitiendo que la autoridad pueda hacer frente a las nuevas conductas o prácticas futuras sin necesidad de incurrir en reformas de la Ley³⁸³ para su prohibición.

Desde la experiencia de la regulación española, debido al carácter normativo de la cláusula general –contenida en el artículo 4 de la LCD–, el Profesor Massaguer con

³⁸¹ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit. p. 151; en adición MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales...”, op. cit., versión digital, p. 13/65:

³⁸² MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...” op. cit., p. 152.

³⁸³ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...”, op. cit., p.70.

ocasión de los treinta años de vigencia de la ley 3/1991 de Competencia Desleal, comentó algunos ejemplos en los que debido al carácter normativo de la cláusula general ha permitido su aplicación a situaciones que resultaban inexistentes al momento de su expedición, como son asuntos relativos a la «*protección de los formatos de programas de TV y de las transmisiones en streaming de eventos ante el empleo de enlaces no consentidos*» o «*con la publicación de opiniones y reseñas de particulares en páginas web especializadas en proporcionar información sobre la oferta existente en un determinado sector*» o «*con las manifestaciones de los llamados “influencers” en redes sociales*»³⁸⁴.

En similar sentido, en la legislación colombiana, fuertemente influenciada por la Ley 3/1991 de España, la cláusula general contra la competencia desleal actúa como un mecanismo de represión de las conductas que atenten contra la buena fe y la lealtad comercial pero que no se encausan en uno de los tipos previstos específicamente por el legislador en la Ley³⁸⁵, sin embargo, hemos de advertir que dicha característica no fue comprendida de manera inmediata y fue el producto del desarrollo jurisprudencial de la conducta³⁸⁶.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano en los términos de la LORCPM, la cláusula general contra la competencia desleal cumple similar objetivo, ya que debido a la amplitud utilizada por el legislador en la definición de los actos de competencia desleal –todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas– y su prohibición legal –contenido en el artículo 26 de la Ley– permite a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado conocer

³⁸⁴ MASSAGUER, FUENTES, J. “Treinta años de Ley de Competencia...”, op. cit., p 86

³⁸⁵ Vid. JARAMILLO LONDOÑO, A., “Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal”, *Revista de Derecho Privado*, No. 49, 2013, p. 22: «...como se dijo en su momento, la cláusula general fue introducida por la ley para reprimir las conductas que atenten contra la buena fe y la lealtad, pero que hayan escapado a la previsión del legislador a la hora de redactar las conductas específicas. Aun así, no fue hasta más adelante que se comenzó a darle coherencia a esta afirmación, al separar el estudio de la cláusula general, en cada caso concreto, del análisis de los actos específicos.»

³⁸⁶ En un inicio, la autoridad de competencia dio a la cláusula general un tratamiento como principio informador declarando su violación con sustento concurrencia de la infracción de las conductas expresamente tipificadas en la Ley 256, de 1996; por el contrario, no fue sino hasta casi 10 años después de la Ley que, la autoridad de competencia colombiana reconoció en sus precedentes el carácter general de prohibición autónoma de la cláusula general en la Ley. Vid. JARAMILLO LONDOÑO, A., *Ibidem*. pp. 21-22.

conductas que, sin estar expresamente tipificadas en la Ley son consideradas como desleales³⁸⁷.

Mas allá de la posición que ha tenido la Superintendencia respecto del aparente conflicto constitucional en torno a que cláusula general puede constituir como infracción del principio constitucional de tipicidad de las infracciones administrativas, lo cierto es que, en resoluciones recientes, la Autoridad ecuatoriana de competencia, a través de su órgano de investigación, se ha pronunciado en el sentido que la cláusula general es una norma sustantiva de aplicación directa que permite a la autoridad de competencia el conocer aquellos casos potencialmente desleales que sin estar tipificados en la Ley resultan contrarios a los usos y costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

A continuación, nos referiremos a tres recientes casos:

i. Resolución dictada el 3 de agosto de 2020, en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.

Este fue caso iniciado por FISUM S.A.³⁸⁸ contra de las empresas: IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A. y AUTOMOTORES DE LA SIERRA AUTOSIERRA C.A. y contra Carlos Fernando Jaramillo Muñoz, exgerente de FISUM S.A. por los ilícitos desleales de violación de secretos, inducción a la violación contractual y por aplicación de la cláusula general por actos de desorganización del competidor.

En la especie la empresa FISUM S.A. tenía la representación para Ecuador de la marca Volkswagen, sin embargo, el contrato habría sido terminado «*abruptamente*» por la marca alemana la que concedió la representación y distribución de vehículos SEDÁN y SUV para el territorio ecuatoriano, a la empresa IMPORTACIONES

³⁸⁷ Lo indicado sin perjuicio de cumplir con los presupuestos o requisitos para la persecución de la conducta desleal en la Ley.

³⁸⁸ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.pdf> (consultado por última vez el 8 de junio de 2022).

VENTURA IMPOVENTURA C.A. –la cual se habría encontrado relacionada con AUTOMOTORES DE LA SIERRA AUTOSIERRA C.A.–.

En lo principal, FISUM S.A. consideró que los operadores económicos denunciados con complicidad de su exgerente Carlos Fernando Jaramillo Muñoz, habrían realizado actos de desorganización en la empresa provocando que ésta incurriera en supuestos pedidos excesivos de vehículos que excedían de su capacidad de venta en el mercado para así generar incidentes en el pago puntual de sus obligaciones para con Volkswagen de forma de provocar la terminación contractual.

Al respecto la autoridad de competencia advirtió que la conducta de actos de desorganización no se encuentra regulada en la LORCPM, sin embargo, por aplicación de la cláusula general en la Ley, esta podría constituirse como un acto contrario a los usos y costumbres honestas en el mercado³⁸⁹. En este sentido, a criterio de la autoridad, la cláusula general contra la competencia desleal –en los términos de la Ley– sería como un ilícito en sentido propio y autónomo que no requiere concatenarse con otro ilícito contenido en la Ley para su persecución y sanción.

ii. Resolución dictada el 12 de marzo de 2021, en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018³⁹⁰.

Otro ejemplo de aplicación de la cláusula general, lo encontramos en la investigación que inició por quejas de diferentes usuarios del sistema financiero contra sus respectivos bancos, empresas de seguros y empresas de servicios no financieros; debido a que sin su autorización habrían sufrido descuentos no autorizados en sus respectivas cuentas de ahorros y corrientes por conceptos de cobros, débitos o cargos financieros seguros de vida, accidentes, asistencia mecánica, asistencia domiciliaria, entre otros, los que supuestamente no habrían contratado.

³⁸⁹ En el caso señalado, la autoridad de competencia ordenó el archivo del expediente, por falta de afectación al mercado relevante y por no considerar probada la conducta denunciada.

³⁹⁰ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/07/SCPM-IGT-INICPD-021-2018.pdf> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

Como resulta evidente, dicha práctica comercial no se encuentra tipificada en la LORCPM, sin embargo, la autoridad consideró que dichas actuaciones resultaban contrarias a los usos y costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas³⁹¹ y por lo que, a su criterio, dichos actos podían constituir una infracción a la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25 de la Ley³⁹².

iii. Resolución de 14 de diciembre de 2021 dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019.

Finalmente, este expediente inició en su etapa de investigación formal en contra de nueve empresas farmacéuticas que habrían incurrido en la violación a la cláusula general contra la competencia desleal y en actos de violación de normas por la venta de medicamentos a un precio mayor al máximo permitido –precio techo– por el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano.

Al respecto, desde la visión de configuración de la conducta desleal, la Superintendencia consideró que el cobro de valores que exceden el precio máximo fijado por el Estado para ciertos medicamentos «*al ser contrario a la ética corporativa y a la responsabilidad empresarial para con la sociedad*» constituiría una infracción a

³⁹¹ Resolución dictada el 12 de marzo de 2021 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-021-2018:

«En este sentido, esta Intendencia concuerda con este criterio, en tanto considera que el parámetro de deslealtad guarda relación con aquellas conductas que son socialmente reprochables por los operadores del mercado, cometidas para desviar la clientela o alcanzar cierta cuota en el mercado. Con base en este análisis, la DNICPD consideró reprochable el hecho de que ciertos operadores económicos investigados en este expediente, hayan ordenado o gestionado, a través del sistema financiero, cobros, débitos o cargos financieros sin contar con la debida autorización del cliente. En tal virtud, la conducta investigada por la Dirección sería contraria a los usos o costumbres honestas en el ámbito mercantil. Es necesario mencionar que, el carácter de deshonestidad de estas actuaciones no ha sido contradicho por parte de los operadores investigados en sus escritos de explicaciones. Al respecto la mayoría de los investigados argumentó que tenían las autorizaciones correspondientes o que los “pocos” reclamos existentes no son suficientes para falsear la competencia. En este orden de ideas, el criterio de “deshonestidad” desarrollado por esta Intendencia no ha sido contrariado...»

³⁹² Sin embargo, el caso fue archivado al considerar que individualmente las empresas no podían falsear la competencia, el orden público, el interés general y el derecho de los consumidores en el mercado relevante.

la cláusula general contra la competencia desleal contenida en la LORCPM³⁹³, pero que además habría reportado un beneficio directo a los operadores económicos infractores con relación a los demás concurrentes del mercado, esto es, *«que les haya servido para hacerse ilícitamente de la demanda disponible en el mercado en el que concurren, configurándose así una infracción a la buena fe comercial objetiva, y no únicamente un acto inmoral o contrario a la ética, que no es pertinente castigar a través del Derecho de Competencia Desleal»*.

Por las consideraciones constantes en las resoluciones anotadas, consideramos que el artículo 25 de la LORCPM mediante una interpretación y aplicación funcional, en observancia del marco constitucional ecuatoriano, es una norma sustantiva plena que habilita a la autoridad ecuatoriana de competencia a investigar y sancionar asuntos de competencia desleal realizados en el mercado, los que sin estar expresamente tipificados en la norma resultan contrarios a los usos y costumbres honestos en el desenvolvimiento de actividades económicas.

³⁹³ Resolución de 14 de diciembre de 2021 dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019:

«... Volviendo al caso concreto, esta Intendencia considera que, la comercialización de medicamentos estratégicos por encima del precio techo definido por la autoridad, es contrario a la ética corporativa y a la responsabilidad empresarial para con la sociedad. Al tratarse de medicamentos estratégicos, resulta ineludible para esta autoridad debe hacer referencia a la Constitución de la República del Ecuador, que en su Capítulo segundo, “Derechos del buen vivir”, reconoce y regula el derecho a la salud, pues su artículo 32, señala que la realización de la salud “sustentan el buen vivir” de la ciudadanía en general. (...)

Bajo esta perspectiva, la comercialización de medicamentos estratégicos con un precio superior al precio techo fijado por la autoridad competente es un acto deshonesto o contrario a la moral y la ética, conforme lo ha precisado acertadamente la Dirección, toda vez que de conformidad con el artículo 13 y 17 del Decreto Ejecutivo 400, los productos objeto de esta fijación son aquellos considerados medicamentos estratégicos, es decir, aquellos definidos por la Autoridad Sanitaria Nacional, con criterios de salud pública, para garantizar el cumplimiento del derecho a la salud y la protección de las condiciones de salud de la población ecuatoriana.

Es decir, el listado de medicamentos estratégicos contiene a aquellos necesarios y eficaces, de acuerdo a la evidencia científica, para el manejo de las condiciones de salud prevalentes en el Ecuador, los cuales serían básicos para que se garantice el acceso a las medicinas, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador.

Empero, bajo la óptica funcional de la competencia desleal, la Dirección consideró en su informe que habrían incurrido en la infracción de la cláusula general, aquellos operadores económicos que, a raíz de haber comercializado los medicamentos con un precio superior al autorizado por la autoridad competente, además les ha significado un beneficio frente a los demás concurrentes del mercado relevante, esto es, que les haya servido para hacerse ilícitamente de la demanda disponible en el mercado en el que concurren, configurándose así una infracción a la buena fe comercial objetiva, y no únicamente un acto inmoral o contrario a la ética, que no es pertinente castigar a través del Derecho de Competencia Desleal.»

En tal sentido, la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM es una norma sustantiva de autorregulación del sistema que habilita a la autoridad ecuatoriana de competencia el reprimir todos los ilícitos desleales que sean contrarios a los usos y costumbres honestos y permite su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado.

6. Naturaleza extracontractual

Finalmente, la competencia desleal se encuentra definida por su carácter extracontractual, es decir que, de manera general, para su activación no requiere de la existencia de una relación contractual entre el responsable de la conducta, la víctima o de un tercero.

Al respecto el «*ilícito de deslealtad es configurado por la Ley contra la competencia desleal, y, en particular, por la cláusula general contra la competencia desleal, como un ilícito objetivo, de peligro, sustancial y extracontractual*³⁹⁴». En este sentido, la doctrina ha señalado que:

«El ilícito de deslealtad se define por su carácter extracontractual, por cuanto consiste en la contravención de deberes generales de conducta. Como confirma el artículo 2, apartado 3, de la Ley, esta será de aplicación «a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no». Así pues, el ilícito de deslealtad se configura de forma independiente del incumplimiento contractual: ni el acto ha de consistir necesariamente en una oferta contractual, incumplimiento o en un acto de ejecución de un contrato, de una parte, ni por otra, todo incumplimiento contractual constituye *per se* un acto de competencia desleal. Es más, en caso de incumplimiento contractual normalmente no será necesario al perjudicado acudir a la aplicación de la Ley de

³⁹⁴ PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...”, op. cit., p. 22.

competencia salvo en los casos en que el afectado por el incumplimiento no sea parte en el contrato³⁹⁵.»

La naturaleza de extracontractual de los ilícitos desleales y en particular de la cláusula general en la LORCPM deviene de su propia definición que expresa «*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*», es decir, exige únicamente que el acto «*deshonesto*» tenga lugar en el mercado sin subordinar su configuración a la concreción de una relación contractual.

En este sentido, para la configuración del ilícito de competencia desleal resulta irrelevante la existencia o no de la relación contractual –si bien en ciertos ilícitos específicos es importante que exista una relación contractual previa como es el caso de ciertas modalidades de infracción a la Ley por violación de secretos o por inducción a la violación contractual– por el contrario la activación del ilícito tendrá lugar por concurrencia de la actuación deshonesto en el desarrollo de la actividad económica e inclusive a nivel publicitaria.

Al respecto, la naturaleza extracontractual de la competencia desleal ya era apreciada incluso antes del arribo de los sistemas modernos de represión de la competencia. Así, por ejemplo, respecto de la naturaleza de la competencia desleal el profesor Garrigues señaló:

*«Pero cuando hablamos de competencia ilícita nos referimos a la competencia resultante de la infracción de un precepto legal o contractual que prohíba la competencia. Nos referimos precisamente al caso de competencia entre dos empresas no ligadas contractualmente por ningún pacto de no concurrencia, ni limitadas en su actuación por ninguna prohibición de la misma clase».*³⁹⁶

³⁹⁵ Ibidem. p 26.

³⁹⁶ GARRIGUES, J., “Instituciones de Derecho mercantil”, op. cit., pp. 208-209.

7. No exigencia de la relación de competencia

Finalmente, la configuración de una práctica desleal en la Ley ecuatoriana basta con que el acto contrario a los usos y costumbres honestos tenga lugar en el desarrollo de actividades económicas, pero condiciona su existencia a una relación de competencia efectiva entre el sujeto activo y el pasivo del acto de competencia desleal.

En este sentido, en la LORCPM la calificación de deslealtad de una actuación no exige que entre actor y perjudicado exista relación de competencia, como lo expresa el Profesor Francisco Vicent Chuliá al identificar ejemplos de conductas desleales entre operadores que no son competidores: *«por ej., las prácticas realizadas por un fabricante o mayorista distorsionando el orden concurrencial entre los detallistas; o las cometidas por un monopolista, de hecho o de derecho; o por una Corporación Pública, cuando distorsiona el orden concurrencial, creando discriminación entre sus proveedores, competidores entre sí, o violando de otro modo normas de Derecho público o de Derecho privado en su actuación en el mercado...»*³⁹⁷.

Similar situación tiene lugar en la Ley 3/1991, en particular en el artículo 3.1 que expresamente establece: *“La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”*. Al respecto la doctrina ha señalado:

«El artículo 3.2 LCD, (...), dispone que la aplicación de este texto legal "no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal".

La innecesariedad de tal relación de competencia como presupuesto habilitante para la aplicación de la LCD es consecuencia directa de la finalidad perseguida por el texto legal y responde al modelo de competencia desleal que ha sido asumido. En efecto, al ser la competencia en sí el objeto de protección del Derecho contra la competencia desleal, actuándose en interés de todos los que participan en el mercado, la aplicación de sus normas no puede requerir tal

³⁹⁷ VICENT CHULIÁ, F., “Introducción al Derecho mercantil...”, op. cit. p. 2061.

relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo del acto que se vaya a enjuiciar³⁹⁸.»

Tal consideración es aplicable también a la legislación ecuatoriana, y se lo evidencia en lo concerniente a la atribución de la legitimación activa en orden al ejercicio de las conductas anticompetitivas en la Ley, al respecto el artículo 53 de la LORCPM, entre otros³⁹⁹, legitima la presentación de denuncias en ámbito de conductas contrarias a la competencia –incluidos los actos de competencia desleal– a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo sin restringir el derecho de acción solo a competidores en el mercado.

8. Relación de la cláusula general con otras normas de competencia desleal

Finalmente, en consideración de la naturaleza propia de la cláusula general, corresponde tratar cuál es la relación que tiene dicha cláusula con los demás ilícitos desleales contenidos en la Ley. Para ello, en primer término, nos referiremos a las experiencias de regulación española, colombiana y peruana en la materia, para posteriormente referirnos a la regulación contenida en la LORCPM.

Al respecto, desde la perspectiva española, la doctrina es contundente en afirmar que, por la naturaleza del ilícito autónomo de la cláusula general, ésta solo puede ser utilizada en el enjuiciamiento de una conducta en el caso que el acto no se corresponda con un tipo específico contenido en el catálogo de actos de competencia desleal⁴⁰⁰.

Por ello, en los casos en que el acto potencialmente desleal pueda ser subsumido en una de las conductas tipificada en el catálogo de infracciones a la Ley 3/1991, únicamente podrá ser examinado a la luz del precepto específico que lo regula y no a

³⁹⁸ GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 27/79.

³⁹⁹ Se entiende por otros a la propia Superintendencia, mediante su facultade de iniciar acciones d oficio y a otros órganos del Estado que están facultado para solicitudes de investigación.

⁴⁰⁰ MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 156.

través de la cláusula general⁴⁰¹, condición que impide que exista la posibilidad de un doble enjuiciamiento de la conducta –por el tipo expresamente previsto en la Ley y por la cláusula general–⁴⁰², y a su vez le otorga a la cláusula desleal un carácter eminentemente residual, entendiendo que su activación tiene lugar únicamente cuando el acto enjuiciado no se ajusta a una de las conductas tipificadas en la Ley.

Como consecuencia la “licitud” de las conductas que no se encuentra en las circunstancias previstas expresamente por el legislador, es decir, si la conducta enjuiciada no puede ser subsumida de forma perfecta en la infracción tipificada en la Ley⁴⁰³, esta se entiende libre de reproche y no puede ser enjuiciada por aplicación de la cláusula general⁴⁰⁴.

En similar sentido, en el ámbito de la legislación colombiana, conforme a la interpretación actual de la cláusula general, contenida en el artículo 7 de la Ley No 256 de 1996 «*Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*»⁴⁰⁵, la Superintendencia de Industria y Comercio (Sic) ha considerado que «*no podrá predicarse*» una conducta desleal por aplicación de la cláusula general, que se enmarque en un acto específico, pero que no se configure totalmente en el supuesto de

⁴⁰¹ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “*La reforma de la Ley...*”, op. cit., p.71

⁴⁰² Ibid. 72

⁴⁰³ Al respecto, existen abundante jurisprudencia de los tribunales españoles que resalta dicha característica: «*Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre (RJ 2007, 262) , y 19/2011, de 11 de febrero (RJ 2011, 2349)), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo (RJ 2007, 2317) , y 1032/2007, de 8 de octubre (RJ 2007, 6805)). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero (RJ 2012, 4630)). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre (RJ 2009, 5507) , y 720/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 561)).» STS de 15 de junio de 2013, RJ 2013\5917 y SAP Madrid de 20 marzo de 2012 (AC 2012, 898).*

⁴⁰⁴ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “*La reforma de la Ley...*”, op. cit., p.71

⁴⁰⁵ Publicado en el Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996.

«*hecho contemplado*», así como que tampoco podrá declararse la infracción de la cláusula general en los casos que por la falta de pruebas no se acredite la existencia de una o más infracciones tipificadas en la Ley⁴⁰⁶.

En tal virtud, en la legislación colombiana la cláusula general contra la competencia desleal, además de constituirse como un tipo de ilícito autónomo, no puede ser utilizada para dotar de contenido a las demás conductas tipificadas en la Ley o servir para la prohibición de actuaciones que no se ajusten perfectamente a la redacción constante en la tipificación de la conducta⁴⁰⁷.

Ahora bien, como un aspecto positivo ha desatacar del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la cláusula general contra la competencia desleal en las legislaciones española y colombiana, es la protección que otorga a la seguridad jurídica de los administrados y juzgadores, al establecer límites en la discrecionalidad en la aplicación e interpretación de la cláusula general y las conductas desleales contenidas en ellas.

Además, repercute positivamente en la certeza que produce en los operadores económicos y la sociedad que conocen de antemano que la autoridad tiene ciertos límites en la persecución de una conducta desleal y que a pesar de que la cláusula general es de textura abierta, está no impera sobre la tipificación de las demás conductas obrantes en la Ley.

⁴⁰⁶ JARAMILLO LONDOÑO, A., “Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general”, op. cit., pp. 21-22.

⁴⁰⁷ Sentencia No. 18, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del expediente 04120579, en el que el demandante califica la conducta de competencia desleal por infracción de la cláusula general y por violación de normas:

«La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8 a 19 de la citada Ley 256, circunstancia de la que se derivan dos consecuencias: en primer lugar, que la evocación del artículo 7, ibidem, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal, y en segundo lugar, que en el contenido de la cláusula general no es procedente incorporar conductas específicamente enmarcadas en los tipos específicos, pero que no reúnen la totalidad de los presupuestos materiales configurativos de la deslealtad correspondientes, como acontecería -para lo que acá interesa con una infracción normativa que, sin embargo, no puede constituir el acto de violación de normas por ausencia de prueba sobre la efectiva materialización en el mercado de una ventaja competitiva significativa, razón por la que tampoco es posible acoger las pretensiones de De Ruiter's Nieuwe Rozen B.V. con base en la comentada cláusula general.»

No obstante, debemos advertir que la interpretación en España y Colombia respecto de la cláusula general y su relación con otras conductas desleales no ha sido reproducida de forma igual en otros países, como es el caso del Perú. A pesar de que el Decreto Legislativo N° 1044, –Ley de Represión de la Competencia Desleal– mantiene una similar redacción y estructura de regulación al de las legislaciones española y colombiana, la jurisprudencia peruana ha desarrollado una interpretación alternativa que difiere notablemente de lo comentado hasta el momento⁴⁰⁸.

En la jurisprudencia peruana, la interrelación entre la cláusula general con otras conductas anticompetitivas tipificadas en la norma tiene como principal fundamento, el precedente de observancia obligatoria⁴⁰⁹ “Caballero Bustamante” dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Resolución N° 0455-2004⁴¹⁰, en la que en lo principal, determinó una regla general de aplicación obligatoria para todo caso en materia de competencia desleal que se puede resumir en:

- a) la cláusula general es la única disposición que contiene prohibición y mandato de sanción.

⁴⁰⁸ Para otorgar un contexto normativo, el Decreto Legislativo N° 1044, en su artículo 6 contiene una cláusula general contra la competencia desleal que define a los actos desleales como aquellos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial, los cuales se entienden prohibidos y serán sancionados en los términos de la ley, esto es que en la determinación de un acto desleal no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, así como tampoco es necesario probar la generación del daño efectivo bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico. Finalmente, además de la cláusula general, el Decreto Legislativo N° 1044, contiene una lista enunciativa de conductas desleales, –entre las que se encuentran los actos de engaños, confusión, violación de normas, violación de secretos empresariales, entre otros– por lo que podemos confirmar la similitud de la norma con la estructura en la regulación de la Ley 3/1991 de España y Ley No. 256 de Colombia.

⁴⁰⁹ Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18 de abril de 1996 en el Diario Oficial El Peruano, Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi:

«Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.»

⁴¹⁰ Dicho precedente fue desarrollado en el marco de Ley 26122, publicada en el Diario Oficial El Peruano 30 de diciembre de 1992, norma actualmente derogada, pero que se mantuvo vigente en lo posterior.

b) las demás disposiciones que incorporan los actos de deslealtad enumeran aquellas conductas desleales más comunes sin que estas sean expresamente prohibidas o sancionadas, en la medida en que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general⁴¹¹.

Si bien dicho precedente de observancia obligatoria fue expedido en el marco de una Ley actualmente derogada, éste formalmente ha estado vigente durante bastante tiempo e incluso se encontraba incluido entre los «*Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*» contenidos en la Resolución N° 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI, de 22 de diciembre de 2020⁴¹².

En la página 6 de dichos lineamientos, la autoridad señaló que:

«La “cláusula general” constituye la tipificación expresa de los actos de competencia desleal, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción en contra de dichos actos. **En tal sentido, los actos descritos en la legislación sobre competencia desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa, tanto a la Administración como a los administrados.**» (Énfasis añadido)

⁴¹¹ Precedente “Caballero Bustamante” (Resolución No. 0455-2004).

1.-La cláusula general contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal.

2. Las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados.

3. Al momento de admitir a trámite la denuncia o de iniciar un procedimiento de oficio, la Comisión debe poner en conocimiento del investigado los hechos objeto del procedimiento así como las posibles modalidades de actos de competencia desleal que podrían configurar dichos hechos, a fin que el administrado pueda estar en posibilidad de ejercer su derecho de defensa en función de la modalidad que le ha sido imputada.

⁴¹² <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/8048> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

Por lo indicado, la cláusula general contra la competencia desleal en la legislación peruana tendría un papel preponderante con relación de las demás conductas contenidas en la Ley, las que, se entienden que están siempre subordinadas a la cláusula general.

Esta interpretación tiene como consecuencia que la autoridad pueda conocer cualquier acto en el ámbito de la competencia desleal mediante la cláusula general, ya sea que el acto se adecue perfectamente, o no, a una de las demás conductas descritas en la Ley, en tanto que, al ser la cláusula general el único tipo infractor habilita al INDECOPI a sancionar aquellas conductas que estime desleales sin importar los alcances de los «*ejemplos*» de la normativa⁴¹³.

Por lo que el precedente obligatorio emitido por el Tribunal peruano implica también que no se puedan revestir de «*licitud*» aquellos actos de competencia desleal que, enmarcados dentro de un acto específico en la Ley no se configuren totalmente en los supuestos de hecho contemplados en ella; ya que, por aplicación de la cláusula general no habría exoneración alguna en la calificación de deslealtad de la conducta.

Si bien, desde un punto de vista finalista, dicha interpretación buscaría que «*ningún*» acto de competencia desleal, por ser objetivamente contrario a la buena fe empresarial, pueda considerarse exento de prohibición⁴¹⁴, ésta contiene implícitamente un efecto negativo, traducido en la falta de predictibilidad y seguridad jurídica en los

⁴¹³ RODRÍGUEZ GARCÍA, M., “Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso Unfair competition general clause in Peru: The good, the bad and the ugly”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 49, 2017, p. 242.

⁴¹⁴ Incluso por consideraciones similares parte de la doctrina colombiana se ha planteado la pertinencia de reformular la interpretación de la cláusula general de competencia desleal en el ordenamiento jurídico colombiano Vid DELGADO PEÑA, P., “Cláusula de Prohibición General de “Competencia Desleal”, *Revista CES Derecho*, Volumen 6 No.2, 2015, p. 106:

«La cláusula de prohibición general de competencia desleal, es un principio de textura abierta, que permite a los operadores judiciales sancionar conductas realizadas en el mercado, de mala fe, contrarias a los usos honestos en el mercado, cuando tal comportamiento no se enmarca dentro de los tipos establecidos en la misma norma, siendo ésta la interpretación actual acogida y dada por la Superintendencia de Industria y Comercio SIC, aplicación que no comparte el autor de este texto, toda vez que independientemente de que el comportamiento esté descrito o no en la norma y sea constitutivo de competencia desleal, debería aplicarse preferentemente dicha cláusula por ser principio regla fundante y protector de la institución de la competencia, en sí misma, sin que se entienda como una doble sanción que atente contra el principio non bis in ídem, lo que nos llevaría a tener una sola sanción teniendo como fuente formal el principio-regla del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal como principal, máxime cuando en él mismo se establecen los elementos que dan noción y soporte a su concepto...»

administrados, así lo ha estimado parte de la doctrina peruana que –en una posición crítica al precedente Caballero Bustamante– ha considerado que el INDECOPI habría dejado «*de ser un árbitro que aplica las reglas que se le han encomendado y se convierte en el hacedor de tales reglas*» ya que, «*la autoridad puede encontrar licencia para sancionar o habilitar, básicamente, aquello que desee*»⁴¹⁵.

Finalmente, en relación con la interpretación peruana, en años relativamente recientes⁴¹⁶ la autoridad de competencia ha emitido algunas resoluciones que parecerían alejarse del precedente obligatorio, e incluso ha conllevado que algunos juristas hayan predicho su “extinción” en el ordenamiento jurídico peruano⁴¹⁷, sin que esto ocurra hasta el momento.

En el caso ecuatoriano, debemos indicar que no ha existido una discusión –por lo menos de cara a la autoridad pública– respecto del alcance de la cláusula general y su primacía o subordinación respecto de otras conductas prohibidas en la Ley, incluso como ya hemos anotado, por una deficiente técnica legislativa, se ha llegado erróneamente a afirmar que la LORCPM no contempla como infracción a la cláusula

⁴¹⁵ Ibid. 242

⁴¹⁶ Resolución 0281-2013/SDC-INDECOPI:

«(...) todos los actos regulados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal son contrarios a la buena fe empresarial de la cláusula general. Sin embargo, cuando la cláusula general (...) pretenda ser aplicada de manera individual y autónoma sin invocar alguna de las modalidades comunes recogidas en el listado enunciativo del capítulo II (...), su utilización debe reservarse solo a aquel escenario en que la conducta imputada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a algunas de las figuras infractoras ya enunciadas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.”; así como en la Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI: “(...) al estar definido en la Ley cuáles son las conductas más frecuentes que califican como actos de competencia desleal, que en rigor también podrían infringir la cláusula general, (actos de engaño, de confusión, de explotación indebida de la reputación comercial ajena, entre otros), la autoridad, en estricta aplicación de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 230 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, calificará la conducta denunciada dentro de uno de estos supuestos e imputará a la investigada dicho acto»

⁴¹⁷ SOSA A., La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?, en POLEMOS PORTAL JURÍDICO INTERDISCIPLINARIO, <https://polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022). Lo que además parecería cumplirse, puesto que no consta una referencia expresa en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, Resolución N° 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI, de 28 de diciembre de 2021. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/8746/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282021%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25 de la Ley, tal como lo hemos comentado en el en epígrafes anteriores del presente capítulo.

Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus resoluciones al referirse a la cláusula general en distintas ocasiones la consideró como conducta sustantiva de aplicación autónoma e independiente de las demás conductas expresamente tipificadas en la Ley⁴¹⁸, en sentido similar de la posición adoptada en el marco del Derecho español y del colombiano⁴¹⁹.

Por otra parte, como ya hemos indicado, a nuestro criterio, la activación de la cláusula general para la prohibición de una conducta desleal no infringe, por sí misma, Derecho constitucional alguno de los administrados y su aplicación a un caso concreto es posible, en la medida que la autoridad de competencia en su resolución motive adecuadamente, como el acto o hecho objeto de su estudio es efectivamente contrario a los usos y costumbres honestas en el desarrollo de la actividad económica.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que en la Constitución del Ecuador la garantía al debido proceso constituye un eje central en la protección al derecho de la defensa de los particulares, y como un elemento esencial de este derecho se encuentra inmersa la obligatoriedad de respetar el principio de legalidad y tipicidad de las infracciones contenidas en la Ley, que, mediante la interconexión de derechos constitucionales se sustenta en el derecho a la seguridad jurídica⁴²⁰.

Por lo que, en el marco constitucional ecuatoriano, el precedente Caballero Bustamante no tendría cobijo, por lo menos no de la forma en que lo ha establecido la jurisprudencia peruana, en la medida que, mediante su aplicación, la autoridad podría

⁴¹⁸ Como son las resoluciones emitidas dentro de los expedientes No. SCPM-IGT-INICPD-0025-2018, (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.pdf>) SCPM-IIPD-022-2017, (<https://docplayer.es/amp/160290777-Expediente-scpm-crpi.html>) (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁴¹⁹ No obstante, no podemos olvidar los pronunciamientos en lo que ha emitido una posición contraria y han sido objeto de revisión en el presente trabajo, como son las resoluciones: SCPM-DS-INJ-RA-013-2019, (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-DS-INJ-RA-013-2019.pdf>) y SCPM-DS-INJ-RA-020-2019, (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-DS-INJ-RA-020-2019.pdf>) (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁴²⁰ Artículos 76.3 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

inobservar los requisitos constitutivos establecidos por el legislador en la tipificación de las infracciones contenidas en la Ley.

En este contexto, y en consideración a que la LORCPM es una norma de carácter administrativo sancionador, área del Derecho que se rige por principios específicos que refuerzan la protección de los derechos de los administrados⁴²¹, consideramos que una interpretación de la cláusula general, como norma de tipo abierto, en el marco constitucional ecuatoriano no debe infringir principios fundamentales como son el debido proceso, el derecho a la defensa y, por interrelación de los derechos constitucionales, al derecho a la seguridad jurídica de los administrados⁴²².

En conclusión, nos parece que la interpretación que ha venido realizando la autoridad de competencia ecuatoriana mayoritariamente⁴²³ específicamente respecto

⁴²¹ Al respecto, el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo determina:

«Principios de seguridad jurídica y confianza legítima: Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.»

⁴²² Un sistema de regulación de la competencia desleal en el que priman las pautas concretas de regulación de las conductas desleales proporciona una mayor seguridad jurídica en comparación con la flexibilidad del uso de la cláusula general para proscribir los mismos supuestos. Vid- EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, primera edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, p. 141:

«La enumeración del catálogo de actos de competencia desleal proporciona, como ya se ha recalcado, una notable dosis de seguridad jurídica al sistema de la disciplina en su conjunto, pues aporta a los operadores determinadas pautas concretas a las que pueden atenerse a la hora de conocer el alcance práctico de la cláusula general. Este efecto saludable, que ha motivado la incorporación de este elenco de supuestos, no debe, sin embargo, obviar que a minuciosidad en la delimitación jurídico-positiva de tales actos, puede comportar cierta rigidez en el enjuiciamiento de las conductas supuestamente desleales, en contraste con las mayores facilidad ofrece *prima facie* a este respecto la cláusula general.»

⁴²³ Si bien, la aplicación de la cláusula general de competencia desleal contenida en la LORCPM, por parte de la autoridad de competencia normalmente ha tenido lugar desde el punto de vista autónomo e independiente de otras conductas desleales, en la resolución dictada el 14 diciembre de 2021, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019, la SCPM analizó el incumplimiento de precios techo de medicamentos desde la perspectiva de la conducta de violación de normas y por lo mismo hechos por infracción a la cláusula general. Si bien, en dicha resolución se resolvió el archivo del caso, el análisis respecto de las conductas investigadas abriría la posibilidad de plantear la duda de que posición adoptaría la autoridad si una conducta no se adecua perfectamente a una conducta tipificada pero que podría ser analizada a la luz de la cláusula general.

del carácter independiente⁴²⁴ de la cláusula general con relación de las demás conductas desleales se ajusta de mejor forma al marco constitucional y al Derecho administrativo sancionador que irradia sus principios, finalidades, garantías, a la LORCPM y por lo tanto a la regulación de la competencia desleal.

⁴²⁴ Similar a lo resuelto por los tribunales españoles en la materia, por ejemplo: SAP Navarra de 8 de marzo de 2021 AC 2021/672:

«Pero, como ya se avanzaba, lo primero es atender a la precisión jurisprudencial de cuál es la relación que existe entre el art. 4 LCD (antiguo art. 5), y los sucesivos artículos que se refieren a supuestos concretos de actos desleales, porque es inconcusa la tesis de que en la cláusula general se regula un acto de competencia en sentido propio, que se incluye junto a los supuestos enunciados en los artículos siguientes. La Sala I TS tiene declarado de manera reiterada que no es aceptable pretender aplicar esta norma cuando falta algún requisito para que pueda aplicarse la norma correspondiente a un supuesto concreto de competencia desleal establecido en los artículos 6 a 17 de la Ley (23 mayo 2005, RJ 2005, 9760 (RJ 2005, 9760) , 20 y 22 de febrero, 11 de julio y 24 de noviembre de 2006, RJ 2006, 5783, 828, 4977, y 262, 14 (RJ 2007, 2229) y 23 de marzo (RJ 2007, 2317) , 30 de mayo (RJ 2007, 3607) , y 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8488) , RJ 2007, 2229, 2317, 3607 y 8488, 22 de febrero (RJ 2008, 3049) , 3 y 8 de julio, y 15 de diciembre de 2008, RJ 2008, 3049, 4367, 3350 y 2009, 153, 21 de febrero de 2012, RJ 2012, 4630 (RJ 2012, 4630) , y 11 de marzo de 2014, RJ 2014, 2245 (RJ 2014, 2245)). El art. 4 LCD es aplicable con independencia de los que le siguen, pero siempre a actos que no sean de los contemplados en estos mismos artículos. Expresivamente: "la cláusula general del artículo 5 LCD establece una "norma jurídica en sentido técnico" y no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes".»

CAPÍTULO TERCERO. - APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROHIBITIVAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LORCPM

I. Introducción, II. Prohibición general de competencia desleal, 1. actos desleales como ilícitos autónomos en la Ley, A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia, B. Deficiencias de la posición jurídica, 2. Competencia desleal como un ilícito antitrust en la Ley, A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia, B. Deficiencias de la posición jurídica, III. Falseamiento de la competencia por actos desleales, 1.- Introducción: 2. Requisitos de cualificación de los actos desleales contenidos en el artículo 26 de la LORCPM, 3. Falseamiento y otros términos utilizados en la Ley, 4. Intereses protegidos como requisito de prohibición, A. Primer interés protegido, la competencia, B. Segundo interés protegido, la eficiencia económica, C. Tercer interés protegido, el bienestar general, D. Cuarto interés protegido, los derechos de los consumidores y usuarios, E. (sigue) Protección de los consumidores y usuarios en los pronunciamientos emitidos por la superintendencia, 5. El falseamiento de la competencia en el mercado relevante, IV. Relación de la competencia desleal y la propiedad intelectual en la LORCPM, V. responsabilidad civil derivada de una conducta desleal

I. Introducción

Conforme a lo expuesto en los capítulos anteriores, la regulación de la competencia desleal en la LORCPM se encuentra compuesta por una «*cláusula general*» que contiene la definición de deslealtad en los términos de la Ley y añade características que resultan comunes para todos los actos de competencia desleal tipificados en la norma.

Por su parte, el artículo 26 de la LORCPM contiene un mandato de prohibición y sanción de las conductas desleales que afecten los intereses protegidos en la norma. En adición, el segundo párrafo del artículo 26 establece las competencias de la autoridad administrativa en materia de derechos industriales, para conocer los actos de competencia desleal en los que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual sin que exista afectación al interés general.

Desde una perspectiva sistemática de la aplicación de la Ley, el artículo 26 no contiene una prohibición general para todas las conductas desleales que puedan ocurrir en el mercado, por el contrario, la represión de los actos desleales en los términos de la LORCPM se activa solo cuando la conducta afecte los intereses protegidos en ella.

Por ello, la calificación del acto de competencia desleal en el artículo 26 de la Ley, da paso a la siguiente interrogante ¿qué sucede en los casos en que, a pesar de que se acredite la existencia de una conducta contraria a los usos y costumbres honestos en el mercado, ésta no cumpla con los requisitos legales para su represión?

Como una respuesta preliminar, adelantamos que en dicho supuesto el acto o hecho desleal ocurrido en el desarrollo de las actividades económicas no pierde, o no debería perder, su carácter de deslealtad. Sin embargo, por la configuración normativa para la represión de estas prácticas en LORCPM, no sería objeto de prohibición y sanción en los términos de la Ley.

Esta conclusión –por lo demás lógica– conlleva al escenario consistente en que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden existir actos de competencia desleal, que, por adecuarse a los presupuestos jurídicos en la Ley, no pueden ser objeto de represión por aplicación de la LORCPM.

Esta situación es especialmente importante en la medida en que la LORCPM es una norma de Derecho antitrust que tiene por finalidad el proteger el orden público económico, pero que por su naturaleza no se compagina, de forma perfecta, con lo requiere la sociedad de una Ley de competencia desleal.

Dicho dilema será abarcado en el presente capítulo, en el que se revisarán las posibles alternativas respecto del problema planteado y los caminos que ha adoptado la autoridad de competencia para su resolución.

Adicionalmente, se profundizará el estudio de los intereses protegidos como parámetro de calificación de los actos de competencia desleal; así como en otras disposiciones comunes para todos los actos de competencia desleal en la Ley.

II. Prohibición general de competencia desleal

Recapitulando lo ya indicado la LORCPM regula las conductas de competencia desde dos parámetros, por una parte, define que se entiende por deslealtad en el desarrollo de actividades económicas y por otra, prohíbe aquellos actos desleales que generan, real o potencialmente, un efecto pernicioso en el mercado.

En particular la norma de prohibición de las conductas desleales en el artículo 26 establece:

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

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.»

A su vez, el artículo 26 incluye una doble dimensión, por una parte, prohíbe y sanciona los actos desleales en los términos de la Ley, y por otra, deriva la competencia para conocer los asuntos de competencia desleal relativos a propiedad intelectual, por no afectar al orden público económico, al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales⁴²⁵.

Centrando nuestra atención en el primer párrafo del artículo 26, podemos resumir que, se entiende prohibidos –y son objeto de sanción– los actos de competencia

⁴²⁵Decreto Ejecutivo No. 356 de 03 de abril de 2018, publicado en, primer Suplemento del Registro Oficial No. 224 de 18 de abril de 2018: “*Artículo 1.- De la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.- Créase el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), como un organismo técnico de derecho público con rango de Subsecretaría General, adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, con sede en la ciudad de Quito*”.

desleal cuando éstos puedan impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica o el bienestar general o de los consumidores o usuarios.

De forma preliminar, podemos adelantar que toda conducta de competencia desleal tiene por efecto real o potencial de falsear la competencia, ya sea perjudicando los intereses de los competidores, ya sea mediante la afectación de los derechos o intereses de los consumidores en masa⁴²⁶, o por menoscabar el orden competitivo⁴²⁷ o concurrencial en el mercado.

Sin embargo, el hecho que la regulación de la competencia desleal en Ecuador éste incluida en una Ley de naturaleza antitrust, conlleva a que su regulación comparta con otras figuras anticompetitivas criterios de valoración de las conductas, el tipo de procedimiento, las mismas sanciones, entre otros; lo que ha ocasionado que existan varios cuestionamientos y posiciones diferenciadas respecto de su ámbito de aplicación práctica. Incluso la propia Superintendencia con el paso del tiempo, ha sustentado diferentes tesis contradictorias entre sí.

A continuación, se analizarán las distintas interpretaciones posibles a la Ley, con sustento en las diferentes posiciones mantenidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus resoluciones en la materia.

⁴²⁶ PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 79. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 113, preámbulo de la Ley, MIRANDA SERRANO L., “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa de la contratación de bienes y servicio”. VV.AA *La protección de los consumidores en tiempo de cambio*, MIRANDA SERRANO L., (dirs.), Madrid, 2015, p. 55: «Sin embargo, no debe considerarse la represión de una conducta desleal necesariamente en consideración del número de consumidores afectados, por el contrario, la conducta se reputará desleal cuando sea apta para influir o afectar al general de los consumidores» En adición la protección de los consumidores desde la perspectiva constitucional económica: MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática...”, op. cit. pp 251-253; Término también utilizado por Vanessa Martí Moya al referirse a los consumidores afectados por una conducta desleal, MARTI MOYA, V., “El modelo anglosajón y public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en España”, en VV.AA en *La protección de los consumidores en tiempo de cambio*, MIRANDA SERRANO L., (dirs.), Madrid, 2015, pp. 131, 138 y 139.

⁴²⁷MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., p. 130-132, PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 138. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El boicot como acto de competencia desleal...”. op. cit., 141

1. Actos desleales como ilícitos autónomos en la Ley

Una primera interpretación respecto de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM consiste en que las disposiciones normativas que regulan la competencia desleal deben ser entendidas de forma independiente de las demás conductas contenidas en la Ley, mediante la prohibición y sanción de todos los actos desleales sin importar su grado de incidencia en el mercado.

Ahora bien, es claro que, comúnmente tanto la regulación de la competencia desleal como las normas de protección de la defensa de la competencia comparten una finalidad, es decir, proteger el orden concurrencial saneado⁴²⁸, sin embargo, su ámbito de aplicación difiere en cuanto se refiere a la calificación de la conducta anticompetitiva.

Al respecto, en el Derecho comparado, en la mayor parte de países la regulación de competencia, moderna, se sustenta en dos pilares fundamentales, el primero, son las normas que regulan la defensa de la competencia o antitrust; y el segundo es la regulación de la competencia desleal⁴²⁹.

De esta manera, si una actuación o comportamiento anticompetitivo tiene efectos significativos en el mercado será objeto de conocimiento y sanción mediante la aplicación de normas de Defensa de la competencia o antitrust – por lo menos en aquellos ordenamientos que incluyan como ilícito a los actos de competencia desleal; por el contrario, para la resolución de un caso de competencia desleal, en principio, resultaría irrelevante la afectación al interés general o público, producto⁴³⁰ de dicha infracción⁴³¹.

⁴²⁸ PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 138, DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal...”, p. 7.

⁴²⁹ Por ejemplo, respecto del sistema jurídico español: MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática...”, op. cit. pp 251-253.

⁴³⁰ Efectivamente, producto de la naturaleza objetiva de la regulación de la competencia desleal, resulta indiferente el resultado o efecto de la conducta para su represión. Vid. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...”, op. cit., p. 69.

⁴³¹ DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal...”, op. cit., p. 7.

En tal virtud, la existencia de normas diferenciadas de regulación de la defensa de la competencia y de la competencia desleal dentro del ordenamiento jurídico permite a los Estados, por aplicación de las primeras, el conocer y sancionar aquellas conductas que afectan el orden público económico, excluyendo de su finalidad, la satisfacción de intereses particulares de los competidores.

Por el contrario, por aplicación de las normas de regulación de la competencia desleal, los participantes del mercado y competidores verán directamente protegidos sus intereses particulares que se encuentren afectados por conductas anticompetitivas; y desde el modelo social de la regulación de la competencia desleal, también se protege *«el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial saneado»*⁴³².

Sin embargo, la legislación ecuatoriana contiene una única norma que regula el Derecho de la competencia, que integra tanto normas propias de defensa de la competencia como de competencia desleal; por lo que, según la primera interpretación posible la regulación de los actos de competencia desleal contenida en la LORCPM es de aplicación directa para todos los casos de competencia desleal, con independencia de sus efectos en el mercado.

Para fundamentar esta interpretación se puede señalar que el epígrafe en el que se regula la competencia desleal, es decir, aquel que contiene los artículos 25, 26 y 27 de la LORCPM, no incluye una exigencia expresa de que la conducta anticompetitiva deba necesariamente afectar –real o potencialmente– al orden público económico, requiriendo únicamente que dicho acto pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Por tal razón, conforme dicha interpretación, la LORCPM al prohibir el falseamiento o distorsión de la competencia, no se refiere únicamente a los actos que

⁴³² MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit, p. 404.

afectan el interés general, sino además que incluye la satisfacción de los intereses particulares de competidores en el mercado.

Para abundar en el presente análisis se puede añadir que, dentro del catálogo de conductas consideradas como desleales, contenido en el artículo 27 de la Ley, se encuentran algunas que, por su naturaleza tenderán a generar un efecto perjudicial y directo en un competidor sin que, usualmente, dicha conducta pueda causar una grave distorsión en la estructura competitiva.

A modo de ejemplo señalamos los actos de denigración o publicidad comparativa contenidos en los numerales 4 y 5 del artículo 27 de la LORCPM, actos que suelen tener como consecuencia directa el desprestigio de la reputación del oferente o de su producto en el mercado.

Situación similar se encuentra en otras conductas como la imitación o la violación de secretos –también contenidas en el artículo 27 de la Ley– cuyo efecto anticompetitivo en el competidor afectado resulta evidente, que rara vez generarán efectos anticompetitivos que distorsionen la estructura del mercado, el bienestar general o al orden público económico.

Así, conforme a esta interpretación, si el legislador hubiera considerado que la LORCPM tiene por objeto el prohibir y sancionar únicamente los actos de competencia que afectan el orden público económico, y no el interés particular, habría optado por incorporar en el catálogo de conductas desleales aquellos actos que potencialmente tienen una mayor probabilidad de generar efectos anticompetitivos⁴³³ generales en el

⁴³³ Conductas que si encuentran contenidas en otras legislaciones como son la LCD española.

mercado como es la dependencia económica⁴³⁴ u otras conductas desleales a pérdida⁴³⁵ o el boicot⁴³⁶.

Este criterio ha sido utilizado por la autoridad de competencia para resolver algunos expedientes que han sido objeto de su conocimiento, aunque hemos de advertir, que su aplicación ha sido de carácter minoritario.

En este sentido, la autoridad de competencia no ha mantenido una posición unánime respecto de la naturaleza jurídica de la regulación de la competencia desleal

⁴³⁴ Dicha conducta reviste de especial interés debido a que bebe de la doble vertiente tanto como ilícito antitrust, y como infracción de competencia desleal, Vid. RUIZ PERIS, J., I., “El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, en VV. AA *Derecho de la competencia y la gran distribución*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp .34-35 y que deviene de la:

«base de asimetría de poder económico y negociación de las partes –excesiva o significativa» y permite un uso múltiple respecto a prácticas abusivas diversas debió al carácter indeterminado del concepto abuso tal y como muestra la experiencia regulatoria comparada. Por ejemplo: cambios contractuales negativos, cláusula de modificación unilateral, plazos de cumplimiento irrazonables, retrasos irrazonables en los pagos, desplazamiento de los riesgos del negocio del distribuidor al proveedor, uso desleal de la información confidencial revelada por el proveedor durante la vigencia del contrato, ruptura contractual abusiva»

Dicha conducta también ha sido ampliamente estudiada por la profesora Carmen Estevan de Quesada, en diferentes obras y respecto de la naturaleza jurídica de dicha conducta Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., “La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica”, Revista de derecho mercantil, N° 257, 2005, pp. 1079-1130. En el caso de la regulación ecuatoriana, la figura del abuso de dependencia económica se encuentra regulada en el epígrafe correspondiente a los actos de abuso de poder de mercado, sin embargo, por un error legislativo, dicha conducta carece de una sanción legal aplicable. Lo indicado, tiene por fundamento en que el legislador no incluyó una sanción para este tipo de prácticas anticompetitivas en la Ley, y aunque existe una aparente sanción en el Reglamento a la Ley, por principio de reserva de Ley contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución, toda infracción o sanción debe estar un rango constitucional o legal. Sin embargo, cabe plantear la posibilidad de que esta conducta pueda ser reprimida por aplicación de la cláusula general contra la competencia desleal, sin embargo, tal posibilidad no ha sido explorada por la autoridad de competencia en sus investigaciones hasta la fecha.

⁴³⁵ Conducta analizada con por MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 502-504. Vid. PALAU RAMÍREZ, F., “*Descuentos promocionales...*”, op. cit p. 134-136. y también por ESTEBAN RAMOS, L.M, “Libre Fijación de Precios y la Venta a Pérdida como acto de competencia desleal”, en VV. AA, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 823 y siguientes. Vid. PALAU RAMÍREZ F., “La venta a pérdida en la nueva ley de ordenación del comercio minorista ¿hacia una nueva etapa en su aplicación?”, *Derecho de la competencia y gran distribución* / coord. por Fernando Cachafeiro, Rafael García Pérez, Marcos-A. López-Suárez, 2016, pp. 93-124. y PALAU RAMÍREZ F., “El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentación, S.A.”, en VV. AA: *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, por José Manuel Serrano Cañas, Antonio Casado Navarro (coord); Luis María Miranda Serrano, Julio Costas Comesaña (dir.), 2018, pp. 107-125.

⁴³⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., p. 131 y tratado profundamente por Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El boicot como acto de competencia desleal...”, op. cit. a partir de la p. 29.

en la LORCPM y, en la mayoría de los casos, la autoridad ha incurrido en cambios de criterio sin que exista una adecuada motivación que justifique sus distintas posiciones jurídicas, lo que indudablemente ha generado incertidumbre en los administrados.

A continuación, revisaremos algunas de las resoluciones que ha emitido la autoridad de competencia con sustento en dicha interpretación.

A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia

Como elemento común entre las resoluciones emitidas por la Superintendencia en que se ha adoptado este criterio se encuentra la posición institucional consistente de que, para la aplicación de la LORCPM, basta “la simple” identificación de la conducta, sin que resulte necesario realizar un análisis de su efecto anticompetitivo en el mercado, o el bienestar general.

Para ello procederemos a revisar algunas de las principales resoluciones emitidas por la autoridad de competencia ecuatoriana.

i. Resolución de 15 de abril de 2016, dictada en el expediente SCPM-CRPI-2015-072

Esta resolución⁴³⁷ tiene una especial relevancia ya que, en ésta, la autoridad de competencia realizó un análisis de la naturaleza jurídica de la regulación de la competencia desleal y en la cual fundamentó, sin mayor éxito a nuestro criterio, las razones por las que consideró que el control y sanción de los actos de competencia desleal en el marco de la LORCPM no requerían la determinación de un efecto anticompetitivo en el mercado.

En relación con el caso que dio origen a la indicada resolución, debemos indicar que éste tuvo lugar en el marco de la investigación realizada de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el mercado de aceites de cocina y en particular de aceites denominados «*lights*» o bajos en calorías.

⁴³⁷ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/07/SCPM-CRPI-2015-072.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

Al respecto, la autoridad de competencia verificó que en el mercado existían varios operadores económicos que ofertaban aceites comestibles «*lights*», cuando estos en realidad no tenían dicha características.

Conforme los exámenes técnicos realizados tanto por laboratorios públicos como privados, la composición de los aceites que se promocionaban como «*lights*» no se diferenciaban en sus componentes, atributos y características de los aceites normales o regulares.

La Superintendencia abrió un expediente de investigación por supuestos actos de competencia desleal por actos de engaño⁴³⁸ y violación de normas, contra varios operadores económicos en los cuales solicitó que en sus explicaciones justifiquen de manera adecuada las «*bondades*» de los productos «*aceites lights*» que se ofertaban en el mercado.

Como consecuencia de dicho expediente, la mayoría de los operadores investigados presentaron compromisos de cese por lo que pagaron una multa disminuida y adoptaron medidas correctivas⁴³⁹.

Sin embargo, en el caso del operador económico INDUSTRIAL ALES C.A., productor de ACEITE COMESTIBLE DE SOYA ALESOYA PREMIUN LIGHT (en adelante ALESOYA LIGHT) en un principio también presentó un compromiso de cese, posteriormente apeló la resolución administrativa en la que éste fue aceptado⁴⁴⁰ y ello conllevó que el expediente de investigación continuara su curso regular.

⁴³⁸ En este caso la conducta engañosa tenía por finalidad el falsear los derechos de los consumidores y usuarios, quienes eran inducidos a error respecto de las características del producto quienes estaban dispuestos a pagar por un aceite bajo en calorías. Los actos de engaño dirigidos a consumidores como conducta de competencia desleal, en el marco de la legislación española y en particular respecto de su aptitud para inducir a error se encuentra ampliamente tratada por TATO PLAZA, A., “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 29, 2008-2009, pp. 553, 554 y siguientes, entre otras obras. También el análisis realizado sobre los actos de engaños en la LCD por CORBERÁ MARTÍNEZ J., “Actos concretos de competencia desleal (i): engaño, confusión, denigración, comparación, imitación y publicidad ilícita”, en VV. AA *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal Un estudio práctico de la Ley de Competencia Desleal (LCD)*, KILLIAN BENEYTO (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 77-99.

⁴³⁹ Lo que llevó a la desaparición de la oferta de aceites light en el mercado ecuatoriano, porque no existía ningún aceite que fuere light o reducido en calorías.

⁴⁴⁰ Como son el importe de la multa y las propias medidas correctivas.

El operador económico investigado en su contestación a la formulación de cargos realizada por la autoridad, entre otros argumentos, señaló que la Superintendencia tiene un «*interés en la protección e incentivo del adecuado funcionamiento del mercado*» y que la cuota de participación de INDUSTRIAL ALES C.A., con sus diferentes productos en el mercado de aceites comestibles era menor al 10%, e incluso que en el «*target*» de aceites light su participación sería mucho menor; por lo que no era actor relevante en el mercado.

En otras palabras, el operador económico consideró que no podía ser sancionado por una conducta de competencia desleal, en el marco de la LORCPM, debido a su baja cuota de participación en el mercado relevante.

Ahora bien, sin perjuicio de la posible discusión respecto de si la participación de un operador económico con 10% del mercado puede o no generar un falseamiento de los intereses jurídicos protegidos en la Ley, la posición del operador económico en su defensa obligó a la Comisión de Resolución a pronunciarse respecto de la naturaleza jurídica de la competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Con relación en lo indicado, la Comisión de Resolución manifestó:

«... Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica señala (Sic) incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) señala que '[...]La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de mínimos, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad [...] de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, (...) Se concluye entonces que, en materia de competencias desleales, que el operador económico infractor será sancionado por el solo hecho de haber cometido la infracción, más allá de sus intenciones o los efectos en el mercado, basta el engaño a los consumidores por vender

productos que no corresponden a los beneficios promocionados en su etiqueta (...) Por lo que se perfecciona la responsabilidad en la conducta del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.»

Por lo que la Comisión de Resolución, como órgano resolutor de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado consideró que, para la configuración y sanción de las conductas de competencia desleal, no se requeriría de la afectación o falseamiento del mercado, bastando para su configuración, la concurrencia de los criterios delimitadores de deslealtad.

Como consecuencia de dicha posición institucional, parecería que, la Superintendencia tendría la competencia para conocer y sancionar todos los posibles casos de competencia desleal que tengan lugar en el mercado, sin que resulte necesario verificar un posible falseamiento al orden público económico, o la determinación de un mercado relevante.

La Comisión en su resolución omitió realizar argumentación alguna en relación con el mercado relevante y su falseamiento, tampoco consideró la estructura del mercado, la cantidad de participantes ni las cuotas de participación de mercado de los competidores; omitiendo cualquier análisis respecto de la aplicación del artículo 5 de la LORCPM.

Ahora bien, hemos de advertir, que este criterio no fue el primero en ser adoptado por la institución; por el contrario, en otros expedientes previos la Superintendencia adoptó una posición distinta, consistente en que la exigencia para que un acto de competencia desleal sea objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, necesariamente debe afectar al orden público económico.

A modo de ejemplo podemos señalar la resolución de 30 de enero de 2015, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2014-048⁴⁴¹, en la que la Comisión de Resolución analizó el mercado relevante y determinó la existencia de su falseamiento, resolución que es previa, respecto a la que generó un cambio de criterio institucional.

⁴⁴¹ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/RESOLUCION-048-SCPM-CRPI-2014.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

El cambio no es por sí mismo algo negativo, sino más bien por el contrario, es parte del proceso legítimo que tiene toda autoridad administrativa o judicial para desarrollar su juicio y establecer posiciones jurídicas; al respecto, los precedentes no pueden constituirse como un ancla inamovible de pensamiento o posición jurídica sobre un punto.

Sin embargo, lo deseable es que, para fijar una posición institucional, exista de por medio una adecuada motivación en su análisis y que esta se sustente de forma fundamentada en la Ley.

Con más razón aún en los casos por los cuales existe un cambio de criterio de posiciones jurídicas previamente adoptadas, ya que en estos casos es necesario que la autoridad explique, de manera fundamentada y motivada las razones por las cuales las posiciones adoptadas anteriormente no se ajustan a los presupuestos del caso concreto, o de hacerlo señale claramente por qué estos ya no resultan aplicables.

En ámbito judicial, respecto de la importancia del precedente y de su distanciamiento para casos posteriores, la Corte Constitucional del Ecuador ha expresado que:

«... (S)e infiere que las juezas y jueces deben guiar sus decisiones respecto a lo previamente actuado para preservar la coherencia y consistencia en sus fallos. A pesar de aquello, **no se descarta la posibilidad de apartarse de un criterio tras una argumentación contundente que evidencie la necesidad de apartarse o matizar la línea jurisprudencial de un tribunal**⁴⁴².» (Énfasis añadido)

Si bien el análisis realizado por la Corte Constitucional lo hace en ámbito judicial, éste resulta perfectamente aplicable a los pronunciamientos administrativos en los cuales la autoridad dentro de un proceso de conocimiento declare responsabilidades u obligaciones a los administrados.

Más aún que, conforme la estructura organizacional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la Comisión de Resolución actúa como una especie de

⁴⁴² VILLAGÓMEZ MONCAYO, B., CALLE IDROVO, R., GARRIDO SALAS, V., “La reciente línea jurisprudencial de la corte constitucional sobre el precedente judicial”, Boletín Jurisprudencial de la Corte Constitucional, marzo 2021, p, 80.

órgano juzgador que, emite sus pronunciamientos en virtud de las investigaciones realizadas por las respectivas Intendencias de investigación, así como de los argumentos y pruebas presentados por las partes procesales.

En el caso concreto, la Comisión de Resolución no solo omitió hacer un análisis de los precedentes institucionales anteriores, sino que además la motivación utilizada para justificar sus conclusiones resulta por lo menos deficiente.

Al respecto, debemos referirnos a las citas utilizadas por la autoridad como elementos de motivación de su resolución. En este sentido, la Comisión de Resolución como elemento de fundamentación citó a Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica, incluido en la «*publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015)*».

Al revisar dicha fuente⁴⁴³, se evidencia que Patricia Alvear, en su artículo, en primer lugar, realiza un análisis general de lo que es la competencia desleal y señala:

«La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla del *minimis*, o si el volumen de ventas podría o no afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está incurso dentro de los criterios delimitadores de deslealtad establecidos en los diferentes modelos que lo regulan, para que se activen las acciones».

De forma posterior, en el mismo artículo, la autora analiza la regulación de la competencia desleal en la LORCPM y considera que la Ley y su reglamento incurren en una confusión conceptual respecto de las acciones de competencia desleal, con las acciones de defensa de la competencia, puesto que, la LORCPM no regula los actos desleales simples que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual, por lo que la norma dejaría en indefensión por esta vía, a los operadores

⁴⁴³ ALVEAR PEÑA, P., “Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” en VV. AA Derecho administrativo y corrección económica, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2015, pp, 83-84.

económicos víctimas de actos desleales abusivos cuya incidencia económica sea inexistente o mínima en la estructura del mercado⁴⁴⁴.

Resulta evidente que el artículo académico utilizado por la autoridad para fundamentar su resolución tiene una posición crítica de la regulación de la competencia desleal en la Ley y claramente considera que la LORCPM es aplicable únicamente a casos de competencia desleal «agravado» que no busquen únicamente la protección de intereses particulares, es decir, todo lo contrario de lo que concluye la autoridad en su resolución. En otros términos, la resolución se apoya en una opinión doctrinal que se aparta y contraría su contenido.

Más allá de la posición jurídica de la autora respecto de la regulación de la competencia desleal de la Ley, parece cuestionable que la Comisión de Resolución para fundamentar su criterio jurídico, descontextualice la doctrina y genere un precedente administrativo sin el suficiente análisis, fundamentación y motivación.

Al respecto, la omisión de un adecuado análisis por parte de la autoridad administrativa de los requisitos constitutivos de infracciones en la LORCPM, por actos de competencia desleal, no solo genera inseguridad jurídica en los administrados, sino que además puede viciar de ilegalidad los propios actos administrativos, la cual es susceptible de ser declarada por los tribunales de justicia.

⁴⁴⁴ Ibidem. p. 88 En su parte pertinente, Patricia Alvear señala:

«La “LORCPM”, como su Reglamento, mezclan y confunden las acciones de activación propias de la competencia desleal con las de competencia, desconociendo que estas dos disciplinas tienen complementariedad sólo frente a los actos desleales agravados y que son diferentes por su objeto, intereses jurídicos tutelares, ámbito de aplicación y mecanismos de protección del derecho afectado. Tampoco diferencian ni clasifican los actos desleales en función de su origen y afectación. Desconoce el principio fundamental sobre la que se asienta la competencia desleal, que es la tipificación y sanción de la DESLEALTAD PER SE, sin considerar su incidencia concurrencial en el mercado relevante. No regulan los actos desleales simples que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual y, desactivan la acción preventiva de aquellos derivados de la violación de la propiedad intelectual, dejando en indefensión por esta vía, a los operadores económicos víctimas de actos desleales abusivos cuya incidencia económica es inexistente o mínima estructuralmente hablando. Por lo expuesto, las normas de deslealtad deben ajustarse al modelo social. Ampliar su protección a todos los operadores económicos afectados por la deslealtad, mediante supuestos como el de dependencia económica, en extensión de la institución jurídica abuso del derecho, y verificar sus mecanismos procesales de protección contra la desleal (Sic).» (Énfasis añadido)

Además, si lo que se buscaba era generar una posición institucional que abarque toda posible conducta de competencia desleal, la resolución emitida dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072, parece ser una oportunidad perdida de la autoridad para fijar un precedente motivado y razonado de la naturaleza jurídica de las conductas desleales en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente y su criterio de aplicación para casos que afecten únicamente al interés particular de las partes.

Como ya fue expresado, la propia Comisión de Resolución y otros órganos de la Superintendencia –como la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales– ya habían emitido pronunciamientos previos que establecían como requisito esencial, el falseamiento del orden público económico en la configuración de las conductas desleales en la LORCPM.

Por esta razón, el caso analizado produjo una clara inseguridad jurídica en los administrados: puesto que, por una parte, el órgano de investigación archivó varios casos de competencia desleal, por considerar que no podían afectar el orden público económico; y, por otra parte, en la misma época el órgano resolutorio consideraba que, para conocer y sancionar actos de competencia desleal en el marco de la LORCPM, no era necesaria dicha afectación.

Sobra decir que, en los primeros casos de aplicación de la Ley, un adecuado y prolijo análisis de la naturaleza jurídica de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM resultaba por lo menos necesario; puesto que, hubiera permitido generar una posición institucional que influyera en las posteriores actuaciones de la Superintendencia, sus distintos órganos de investigación, resoluciones y apelaciones, otorgando seguridad jurídica a los administrados.

*ii. Resolución de 15 de junio de 2017, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-005-2017*⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/RESOLUCION-EXP-SCPM-CRPI-005-2017.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022)

Esta resolución tuvo su origen en la investigación iniciada a petición del Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP), por supuestos actos de publicidad engañosa realizada por NESTLÉ ECUADOR S.A. (en adelante NESTLÉ).

Conforme consta de la propia resolución, NESTLÉ habría realizado a nivel nacional una estrategia de ventas dirigida a médicos, como consumidores intermedios –en su relación de profesionales frente a usuarios finales del producto–, en el mercado de sucedáneos de leche materna, que consistía en el uso de panfletos publicitarios en los que se incluyó sin autorización el logo del Ministerio de Salud Pública, (en adelante MSP), lo que, según la Superintendencia generaría la idea en el receptor del panfleto publicitario de que dicha información habría sido aprobada o acreditada por la indicada cartera de Estado.

En dicho caso, uno de los argumentos principales de la empresa NESTLÉ fue la baja difusión de la campaña publicitaria y su escasa participación en el mercado de sucedáneos de leche materna.

Al respecto, la Comisión de Resolución RPI se limitó a reproducir íntegramente el análisis ya realizado en la resolución de 15 de abril de 2016, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072⁴⁴⁶, en el sentido en que los ilícito por actos de competencia desleal en términos de la Ley no se requiere determinar el mercado relevante, ni su afectación⁴⁴⁷, por lo que la autoridad concluyó que en el caso objeto de

⁴⁴⁶ Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/07/SCPM-CRPI-2015-072.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁴⁴⁷ En su análisis la Comisión de Resolución señaló:

«9.7 El operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. realiza un análisis sobre la deslealtad de su conducta y advierte (...) que las prácticas desleales no son punibles, salvo que afecten al interés general, ya en su contexto completo el folleto tiene como objeto completar la alta información técnica de los profesionales de la salud. Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica, incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) manifiesta que “[...] *La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de minimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad [...]*”⁶ de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, “*En este modelo la regulación contra la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad [...]*”el

análisis, «*la marginal participación en el mercado o la baja incidencia en el mismo*» no exime al operador económico NESTLÉ de las sanciones previstas en la LORCPM producto de su conducta desleal.

Mas allá de las críticas posibles a la posición institucional, es importante recordar que la LORCPM tiene varios objetos jurídicos protegidos, entre ellos, la eficiencia económica, el comercio justo, el bienestar general y de los consumidores y usuarios.

En tal sentido, desde la perspectiva del falseamiento al régimen de competencia, consideramos que la autoridad podría haber aprovechado para analizar como la conducta anticompetitiva en el mercado de sucedáneos de leche materna podría afectar el bienestar general de los consumidores y usuarios, o de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, en consideración a que la conducta tuvo lugar en un mercado relevante relacionado con la salud humana y el bienestar de infantes.

Por otra parte, no es objeto de crítica que la autoridad cite a la doctrina en la materia para fundamentar sus resoluciones, pero, nos parece objetable que la Comisión no realice en su resolución un análisis interpretativo de la norma, o por lo menos que no fundamente su posición en disposiciones legales contenidas en la Ley.

En este sentido, la Comisión de Resolución al emitir su pronunciamiento debió realizar un análisis de la normativa legal vigente y apoyado en la doctrina y sus propias consideraciones, interpretar la norma en el sentido que considerare adecuado.

artículo 25 de la LORCPM amplía el entendimiento de lo manifestado, que en su parte pertinente dice: Definición.- *Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.- [...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.- Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.-[...]*”. Se concluye entonces que no se necesita probar que (...) que la marginal participación en el mercado o la baja incidencia en el mismo, su conducta desleal no exime al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. de las sanciones previstas en la LORCPM.»

Lo anotado reviste de importancia, en la medida en que es evidente que la LORCPM no es del todo clara en su redacción. En tal sentido, hasta que no existan pronunciamientos reiterados del máximo órgano de justicia⁴⁴⁸ es relevante que las posiciones que adopte la autoridad administrativa en la materia se encuentren ampliamente fundamentadas –más aún en el caso de un cambio de criterio o precedente institucional–.

Finalmente, existen otras resoluciones más, en las cuales la autoridad de competencia ha ratificado la interpretación expresada, sin que exista un aporte adicional respecto de la naturaleza de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM⁴⁴⁹.

B. Deficiencias de la posición jurídica

Mas allá de los errores argumentativos de la autoridad administrativa, procederemos a destacar los principales vacíos y conflictos jurídicos que produce la interpretación señalada.

El primer conflicto, y el más evidente, es la dificultad de conciliar la interpretación expuesta con la obligación legal que tiene la autoridad de determinar para cada caso el mercado relevante, de conformidad con el artículo 5 de la LORCPM.

⁴⁴⁸ Lo indicado se fundamenta en que es la Corte Nacional de Justicia el órgano competente para emitir jurisprudencia obligatoria en asuntos de justicia ordinaria, mediante la triple reiteración de sus pronunciamientos. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador establece:

Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

⁴⁴⁹ El análisis utilizado por la Comisión de Resolución en la resolución de 15 de abril de 2016, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072 fue replicado en otras resoluciones emitidas por la Comisión dentro de los expedientes, SCPM-CRPI-2015-076, (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/12/SCPM-CRPI-2015-076-A-006-2016-DS.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022), y SCPM-CRPI-012-2018 (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/09/Resolucio%CC%81n-03-07-2018-EXP-SCPM-CRPI-012-2018.pdf> consultada por última vez el 8 de junio 2022).

Al adoptar el criterio consistente en que la Superintendencia tiene la facultad legal de conocer y sancionar todas las posibles conductas desleales que tengan lugar en el mercado, sin importar su relevancia o incidencia, queda en el aire la necesidad de que la autoridad analice y determine el mercado relevante en el que tiene lugar la conducta anticompetitiva. Este es un requisito obligatorio para la autoridad al estar contenido en el artículo 5 de la LORCPM. Por ello, esta interpretación a favor de la autonomía del ilícito de deslealtad, aunque deseable desde el punto de vista de política legislativa, crearía una excepción a un requisito expresamente contenido en la Ley, sin que tenga un real anclaje normativo, por lo que su inobservancia o falta de aplicación en los casos que sean objeto de conocimiento de la Superintendencia constituyen vicios que pueden afectar la legalidad de los actos administrativos emanados.

Al respecto, el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana, dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, así como servidores públicos, en el ámbito de sus funciones, solo podrán ejercer las competencias que se encuentren expresamente atribuidas en la Constitución y la Ley⁴⁵⁰. En igual sentido, el artículo 5 de la Ley se configura como un tipo de norma imperativa⁴⁵¹ que contiene un mandato legal que impone una obligación expresa de hacer «*en particular de determinar el mercado relevante*» para cada caso en el que la Superintendencia aplique la LORCPM.

Por tal razón, es necesario reiterar que el mercado relevante es una herramienta de Derecho antitrust, que permite a la autoridad tener un conocimiento –más o menos certero– de la realidad del mercado y su estructura, entender el grado de concentración existente en él, las cuotas estimadas de participación de cada competidor las barreras de entrada presentes en el mercado, entre otros.

⁴⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador, 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.**» (Énfasis añadido)

⁴⁵¹ Conforme la doctrina ecuatoriana, las leyes pueden ser permisivas, imperativas o prohibitivas. En particular las Leyes permisivas son aquellas que autorizan a una persona a hacer o a no hacer algo, las normas imperativas son las que mandan a una persona a hacer algo, por su parte las leyes prohibitivas son aquellas contienen un mandato de abstención Vid. CORONEL JONES C. y DEL BRUTO ANDRADE O., “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el derecho ecuatoriano (ii)”, *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 3 (2012/2013), pp. 92, 93.

Para proceder adecuadamente con la determinación de un mercado relevante, la autoridad requerirá en cada caso de un importante volumen de información, proporcionado por entidades públicas y de Derecho Privado, a fin de realizar los análisis econométricos correspondientes.

En este sentido, la determinación del mercado relevante es el mecanismo que le permite a la autoridad valorar el potencial efecto en el mercado de la conducta anticompetitiva, razón por la que no puede ser entendida como una simple formalidad legal, más aún cuando, en muchos casos, esta es la parte del expediente de investigación en que la autoridad invertirá más esfuerzos y recursos.

Por otra parte, la interpretación estudiada hasta el momento tampoco se armoniza con las sanciones contenidas en la LORCPM, las cuales se corresponden con ilícitos antitrust –al ser considerados como infracciones graves con una multa correspondiente hasta el 10% del volumen de negocios de los operadores infractores o el equivalente a una determinada cantidad de salarios básicos unificados– las cuales son iguales para otros ilícitos anticompetitivos como son los casos de abuso de poder de mercado y ciertos tipos de acuerdos restrictivos de la competencia.

En este sentido, si bien en principio la Superintendencia podría, de forma motivada, imponer una multa inferior a los actos de competencia desleal en comparación con otro tipo de conductas anticompetitivas, el sistema diseñado en la Ley y en la normativa de menor rango no contiene distinción alguna para la imposición de multas en consideración del tipo de infracción anticompetitiva⁴⁵².

Así, conforme la interpretación señalada, las infracciones contenidas en la LORCPM a los actos de competencia desleal sin un efecto distorsionador significativo en el mercado les correspondería una sanción equivalente al de un cártel o una conducta de abuso de poder de mercado, sanción que, desde esta perspectiva, no parece ajustarse al principio de proporcionalidad.

⁴⁵² Resolución No. SCPM-DS-2021-19, “Metodología para la determinación del importe de multas por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.

2. Competencia desleal como un ilícito antitrust en la Ley

La segunda interpretación realizada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado consiste en que la regulación de la competencia desleal en el marco de la LORCPM constituye, exclusivamente, una infracción antitrust que exige para su sanción la necesaria afectación –real o potencial– del orden público dentro del mercado relevante.

Dicha interpretación ha sido utilizada de forma mayoritaria por la autoridad de competencia ecuatoriana en sus expedientes de investigación y resoluciones; y su justificación se encuentra en el análisis integral de la LORCPM.

Al respecto, hemos señalado que la regulación de la competencia desleal se encuentra principalmente contenida en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley, que tiene una sistematización específica que consiste en la incorporación de una cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25; una cláusula prohibitiva contenida en el artículo 26 y un catálogo no exhaustivo de conductas constante en el artículo 27 de la LORCPM⁴⁵³.

Sin embargo, la regulación de la competencia desleal en LORCPM no se encuentra aislada de las demás disposiciones normativas que regulan los requisitos de las conductas investigadas, el procedimiento de investigación, así como de las sanciones contenidas en la propia Ley, los cuales fueron revisados en los capítulos precedentes.

En este sentido, el artículo 5 de la LORCPM es entendido como un requisito obligatorio para todo proceso de investigación, que tenga lugar por aplicación de LORCPM, y el cual debe ser observado por la autoridad administrativa para cada caso.

La importancia de la determinación del mercado relevante radica, en que esta herramienta, permite a la autoridad analizar la estructura de los mercados y determinar

⁴⁵³ Conforme lo ha establecido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el catálogo de conductas contenido en el artículo 27 de la LORCPM sería de carácter ejemplificativo y taxativo. Así lo ha expresado en las resoluciones de 26 de octubre de 2020, dictada en el expediente número SCPM-IIPD-0015-2018; de 24 de septiembre de 2020, dictada en el expediente número SCPM-IIPD-0011-2018, y; 4 de septiembre de 2020, dictada dentro del expediente número SCPM-IIPD-0013-2018.

si una o más empresas u operadores económicos tienen, poder sustancial dentro del mercado o posición dominante en él⁴⁵⁴.

Con relación a su importancia de cara para la autoridad jurisdiccional, el profesor Juan Ignacio Peris señala⁴⁵⁵:

«La delimitación del mercado relevante proporciona el marco para determinar si una empresa tiene poder de mercado, definido como la capacidad de una empresa de mantener sus precios por encima de un nivel competitivo por un largo periodo, y analizar los efectos anticompetitivos de una conducta o transacción. La delimitación del mercado relevante es imprescindible en acciones stand alone — presentadas ex novo ante el órgano jurisdiccional—, ya que es campo de batalla entre las partes. En este sentido, la delimitación del mercado relevante o de referencia tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración y resolución de un caso de competencia»⁴⁵⁶.

Para Baker, el resultado del proceso de definición del mercado relevante es usado para identificar las empresas que participan en él y dicha información tiene por finalidad, entre otras cosas, calcular estadísticas sobre la distribución de tamaño de los

⁴⁵⁴ RUIZ, G., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. *THEMIS Revista De Derecho*, (41), 2000, p. 1; DAF/COMP(2012)19. [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2012\)13&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2012)13&docLanguage=En) (consultada por última vez el 8 de junio de 2022):

«1. Market definition is one of the most important analytical tools for competition authorities to examine and evaluate competition problems. By defining a relevant market, then calculating and assigning market shares, competition authorities seek to assess the market power of firms, which is of central importance to understand competition effects. In addition, the definition of the relevant market helps to identify the market participants, to delineate the boundaries of the market and to determine the area of effective competition.

2. The importance of market definition goes, however, beyond such a narrow instrumental function as the concept has permeated competition law and is, based on its underlying conceptual foundations, now deeply embedded into the law.² Market definition has shaped the way practitioners think about competition issues beyond its narrow role in defining markets³ in any particular case as it is closely linked to the emergence of competition law as a public policy concern.»

⁴⁵⁵ RUIZ PERIS, J., I., “Mercado Relevante” en VV. AA «*Localización: Derecho europeo de la competencia: "Training of National Judges in EU Competition Law"*» RUIZ PERIS J., I., (dir.) 2017, p. 39.

⁴⁵⁶ No obstante, aclaramos que la determinación del mercado relevante resulta indispensable en casos de defensa de la competencia tanto en sede administrativa como ante órganos jurisdiccionales.

participantes, generalmente en forma de cuotas de mercado, inferir sobre su poder de mercado y a su vez distinguir posibles efectos anticompetitivos⁴⁵⁷.

Cabe resaltar que la determinación del mercado relevante en Ecuador resulta obligatoria en todos los casos en los que la autoridad deba aplicar la LORCPM, incluso para aquellos supuestos en los que normalmente no resultaría necesario⁴⁵⁸, como es el caso del conocimiento y sanción de conductas desleales.

En este sentido, la Superintendencia en algunas de sus resoluciones ha generado una interpretación integradora de la calificación de deslealtad contenida en la Ley, los parámetros de cualificación de las conductas desleales y la obligatoriedad en la determinación del mercado relevante.

Al respecto en la «*Guía de Aplicación de las Conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación del Control del Poder de Mercado*», la Autoridad ecuatoriana de competencia fijó como posición institucional que para conocer y sancionar potenciales actos desleales, además de determinar fehacientemente la existencia de la conducta anticompetitiva deben interpretarse los parámetros de cualificación del artículo 26 de la Ley en el contexto del mercado relevante exigido en el artículo 5 de la LORCPM⁴⁵⁹.

Es decir, conforme a dicha interpretación las conductas anticompetitivas contenidas en los artículos 25 y 27 de la LORCPM, deben generar un efecto distorsionador significativo de la competencia en el mercado, no solo como un ilícito desleal, sino que además como un lícito antitrust. En tal sentido, la prohibición de una

⁴⁵⁷ BAKER, J., “Market Definition: An Analytical Overview”, *Antitrust Law Journal* No. 1, 2007, «*The output of the process of market definition—a collection of products and geographic locations—is used to identify the firms that participate in the market. That information is commonly used, among other things, to compute statistics about the size distribution of firms, usually in the form of market shares, from which inferences about market power and likely anticompetitive effect may be made*».

⁴⁵⁸ VILLACRESES BRITO, G., “La debilitada lucha contra los carteles en Ecuador: Presunciones desvanecidas, pruebas inalcanzables e infracciones imposibles”, revista *Iuris Dictio*, número 27, diciembre 2020.

⁴⁵⁹ la Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

conducta desleal en el marco de la Ley requerirá que ésta sea capaz de generar el falseamiento al orden público económico.

En este sentido, parte de la doctrina al referirse a la regulación de la competencia desleal en la LORCPM, señala que el requisito de afección al orden público, en el caso colombiano y español es de carácter excepcional, mientras que en Ecuador constituye la regla general: *«En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentarse contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26, LORCPM)»*. De no encontrarse en esta situación el acto desleal debería ser de conocimiento de jueces de lo civil y mercantil⁴⁶⁰.

Por otra parte, esta interpretación se ve reforzada, por el hecho que la LORCPM equipara la gravedad del falseamiento del régimen de competencia, mediante prácticas desleales, a otros ilícitos antitrust.

Como ya hemos indicado, el artículo 78, numeral 2 de LORCPM, considera a las conductas desleales como infracciones graves a la Ley, equiparándolas a conductas contrarias a la defensa de la competencia, como son el abuso de poder de mercado; la ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado o sin haber obtenido la correspondiente autorización; y, algunas modalidades de acuerdos restrictivos de la competencia.

En otras palabras, conforme el artículo 79 de la LORCPM, si un operador económico incurre en ciertos actos de abuso de posición de dominio, omite notificar una concentración económica, es parte de ciertos acuerdos colusorios o incurre en una práctica desleal, la Ley le reserva una sanción de multa de hasta el 10% del volumen de negocios del operador económico infractor, sin que exista una distinción entre el tipo de ilícito antitrust que tuviere lugar⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ JARA, M. E., “La protección contra la competencia desleal...”, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁶¹ Sin perjuicio que la autoridad pueda ordenar medidas correctivas como son: el cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; la realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo; o, la inoponibilidad de las

De igual manera, la Ley, en su artículo 80, contiene los mismos criterios para la determinación del importe de las sanciones, las cuales resultan idénticas para todos los tipos de infracción contempladas en la Ley⁴⁶².

Por lo anotado, sería de suponer que si el legislador hubiera considerado que los actos de competencia desleal con afectación exclusiva al interés particular son un tipo de ilícito sancionado en la LORCPM, la sanción contemplada en la Ley no debería ser equiparable para aquellos casos que efectivamente causan una afectación al interés general.

En otras palabras, por aplicación del principio de proporcionalidad, la sanción correspondiente a la infracción a la Ley por conductas de competencia desleal, con efectos únicamente entre particulares⁴⁶³, no debería ser sancionada en iguales términos que los ilícitos antitrust, los cuales por su propia naturaleza jurídica pueden producir una fuerte distorsión en el mercado y afectar el interés público económico.

A modo de ejemplo, no parecería razonable que un acto de competencia desleal realizado por un operador económico cuya posición es irrelevante en el mercado –como puede ser una campaña publicitaria que denigre a un competidor– le corresponda igual sanción que a una conducta de abuso de poder de mercado o posición monopólica con efectos exclusorios de sus competidores en un mercado altamente concentrado.

Si ello fuera así, parecería evidente que el legislador en la LORCPM consideró a los actos de competencia desleal como una infracción al régimen de defensa de competencia con gravedad similar o igual a otros ilícitos de naturaleza antitrust,

cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos. Lo indicado de conformidad con el artículo 73 de la LORCPM.

⁴⁶² A fin de evidenciar lo indicado, el artículo 80 de la LORCPM establece: «Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- 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.»

⁴⁶³ Constitución del Ecuador: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

elevando la categoría de la infracción en iguales términos de los demás ilícitos contenidos en la Ley⁴⁶⁴.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, señalaremos que, además en Ecuador, otros ordenamientos jurídicos también contienen como tipo infractor de las normas de defensa de la competencia a los actos de competencia desleal, pero de forma exclusiva en los casos que éstos cumplan con ciertos requisitos contenidos en la Ley.

Este el caso, del artículo 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia española, que expresamente establece: «*Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*»

Dicha norma extiende las funciones de los órganos de defensa de la competencia españoles –tanto para su conocimiento y sanción– a la represión de los actos de competencia desleal que tienen un impacto en los intereses públicos relacionados con la defensa de la competencia⁴⁶⁵.

En similares términos que la LORCPM, no todo acto de competencia desleal puede ser objeto de conocimiento de las autoridades administrativas, por el contrario, únicamente están facultados para aquellos casos de competencia desleal calificados o agravados, esto por ser aptos para afectar de manera grave a la competencia, es decir, al funcionamiento del mercado de manera significativa, o un falseamiento grave de la competencia⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ De forma complementaria es posible indicar que el procedimiento administrativo contenido en la LORCPM para el conocimiento y resolución de conductas anticompetitivas se ajusta a procedimientos sancionatorios propios del derecho antitrust, esto debido a la amplitud para que la administración realice la investigación correspondiente y el principio rector de la carga de la prueba que, conforme a la Ley, le corresponde siempre a la administración pública.

⁴⁶⁵ MASSAGER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en VV.AA., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia]*, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas, p. 387

⁴⁶⁶ Vid. CABRERA ZARAGOZA S., y ESCUDERO PUENTE A., “La aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, ¿la reactivación del ilícito?”, *Anuario de la competencia*, N° 1, 2011-2012 pp. 233, 234. «En la actual redacción se aclara esta cuestión, al incluirse en el tipo solo aquellos

Finalmente, para la configuración de los actos desleales como lícitos contrarios a la LDC española la Ley exige tres requisitos esenciales, que son: 1) la existencia de un ilícito desleal tipificado en la Ley de Competencia Desleal; 2) el falseamiento de la libre competencia; y, 3) la afectación del interés público.

Al respecto, la incorporación de la competencia desleal como ilícito contrario al Derecho de defensa de la competencia ha sido objeto de constante discusión sobre su alcance, aplicación y pertinencia en la legislación española⁴⁶⁷.

Sin duda alguna, la Ley de Defensa de la Competencia española ha sido una norma de referencia para la regulación de los actos de competencia desleal en la LORCPM, lo que ha influido en la interpretación y aplicación en casos concretos por parte de la autoridad ecuatoriana de competencia.

Por lo anotado, a continuación, serán objeto de análisis algunas de las principales resoluciones emanadas por los distintos órganos de la Superintendencia en la que la autoridad ha acogido y desarrollado la interpretación expresada.

A. Pronunciamientos de la autoridad de competencia

Como ya fue indicado, en el presente trabajo, la posición institucional de la autoridad de competencia ecuatoriana no ha sido uniforme, en relación con la naturaleza jurídica de la regulación de las prácticas desleales en la LORCPM; por lo que, la Superintendencia en el transcurso del tiempo ha emitido resoluciones que resultan contradictorias entre sí.

A continuación, son analizadas las resoluciones en las cuales la Comisión de resolución ha exigido en la configuración de una conducta desleal en el marco de la LORCP, la necesidad de analizar el mercado relevante y determinar el falseamiento al orden público económico.

actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público, es decir, solo los que supongan un falseamiento significativo, pues de otro modo, el interés público no se verá afectado».

⁴⁶⁷ DÍEZ. ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal...”, op. cit., p 33.

i. Resolución de 30 de enero de 2015, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-2014-048.-

Esta resolución es un primer precedente⁴⁶⁸ de la interpretación que ahora se analiza, el caso objeto de análisis tuvo su origen en la denuncia presentada por CLOROX del Ecuador S.A ECUACLOROX, (en adelante ECUACLOROX) en contra del operador RECKIT BENCKISER ECUADOR S.A. y RECKITT BENCKISER N.D (en adelante RECKITT) por actos desleales de confusión, engaño, comparación y denigración regulados en el artículo 27. 1, 2, 3, y 4 de la LORCPM.

En su denuncia ECUACLOROX afirmó que RECKITT realizó una campaña publicitaria del producto VANISH –VANISH MAX 2X–, cuyo principio activo es el peróxido de hidrógeno como removedor de manchas tanto en ropa blanca como de colores. En dicha campaña publicitaria RECKITT comparaba su VANISH con productos de cloro, cuyo principio activo es el hipoclorito de cloro.

En particular, en su publicidad RECKITT realizó afirmaciones tales como que «el cloro decolora la ropa» o «es mejor utilizar productos que no contienen cloro», por lo que denunciante ECUACLOROX calificaba a la publicidad como denigrante.

En dicha publicidad RECKITT resaltaba que los productos con base en cloro cambiaban la coloración de la ropa e incluso que dañaba prendas de vestir, omitiendo que el daño que puede tener lugar en ropa es cuando se realiza un mal uso del producto, es decir, en los casos en que se utiliza el producto de forma distinta o contraria a las indicaciones.

De igual manera, conforme a la denuncia, RECKITT en su campaña publicitaria además omitió indicar que el producto VANISH también podía ocasionar daños en las prendas, en caso de mal uso de su producto, o de un uso distinto a las indicaciones señaladas por el fabricante. Las aseveraciones que realizó RECKITT respecto del producto de la competencia –cloro– le eran aplicables también a su producto VANISH.

⁴⁶⁸ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/RESOLUCION-048-SCPM-CRPI-2014.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

Por su parte, la Comisión de Resolución en su resolución consideró que RECKITT en su campaña publicitaria efectivamente incurrió en conductas de competencia desleal por actos de confusión, engaño, comparación y denigración por lo que dispuso una sanción consistente en 79.483.97 dólares de Estados Unidos de América⁴⁶⁹.

Ahora bien, en relación con la determinación del mercado relevante y su posible falseamiento, la Comisión de Resolución, señaló:

«I) De la información de tipo económica (...) se desprende que alrededor del 80% de los productos que elabora RECKITY BENCKISER han sido adquiridos por supermercados, mientras que esta cifra para los productos CLOROX DEL ECUADOR. S.A, ECUACLOROX, es casi el 60% para los años 2010, 2011 y 2012, en donde se deduce que el consumidor final de los productos relevantes lo entrará (Sic) mayormente en los supermercados y es allí donde realizará alguna sustitución ante la falta de alguno de ellos o algún cambio relevante de precios (...). Para el mercado de los productos quitamanchas y blanqueadores de tejidos blancos, de uso doméstico Vanish, Clorox, Supermaxi y Aki, concentraron en el año 2011 el 91% de las ventas a nivel nacional. En conclusión, las prácticas desleales denunciadas afectaron realmente el bienestar de los consumidores y a la eficiencia económicas del otro mercado relevante, es decir, **el mercado de los quitamanchas y blanqueadores de tejidos blancos, de uso doméstico; esto debido a la distorsión que las conductas investigadas generaron en el comportamiento de los consumidores, pues redujeron de manera apreciable la capacidad de adoptar una decisión de compra con pleno conocimiento de causa**, llevándolos a tomar una decisión que ausencia (Sic) de causa no la hubieran tornado. **Consecuentemente, la asimetría de información causada por la publicidad engañosa y denigrante redujo la eficiencia en la asignación**

⁴⁶⁹ Cabe anotar que la indicada campaña publicitaria de RECKITT tuvo un alcance internacional y fue objeto de sanción de distintas autoridades administrativas y judiciales en materia de control publicitario y de competencia desleal, como es el caso de la Comisión Permanente de Ética. Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria CONAR de Perú <http://www.conarperu.org/resoluciones/2012/mayo-exp-04-2012-resolucion-final-cpe.pdf>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022) o la resolución N° 182-2009/CCD-INDECOPI dictada, el 7 de octubre de 2009 por el INDECOPI en el expediente N° 219-2008/CCD.

de recursos en este mercado, mermando también el bienestar de los consumidores que tenían dentro de cesta de consumo productos clorados para desmanchar o blanquear tejidos.» (Énfasis añadido)

En esta resolución, la Comisión de Resolución, mediante las pruebas aportadas al expediente de investigación consideró que las conductas de competencia desleal investigadas habrían afectado al mercado relevante de “quitamanchas y blanqueadores de tejidos blancos, de uso doméstico”, dado que los actos de competencia desleal consistentes en engaño y en la publicidad denigratoria generaron una reducción de la eficiencia en la asignación de recursos en el mercado y afectó el bienestar de los consumidores.

Así, en una de las primeras resoluciones emitidas por la Superintendencia dentro de un expediente de investigación la Comisión de Resolución dio cumplimiento a lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, por lo que la autoridad pudo considerar la estructura del mercado, los canales de comercialización, las cuotas de participación, el grado de concentración del mercado entre otros aspectos, por lo que, mediante la determinación del mercado relevante concluyó que la conducta desleal dio como resultado, el falseamiento al régimen de competencia en los términos de la Ley.

Sin perjuicio de lo indicado, y a modo de crítica, la resolución dictada en el expediente SCPM-CRPI-2014-048, contiene un análisis del mercado relevante que parece insuficiente, debido a que no hace referencia alguna al uso de herramientas econométrica –como son las pruebas de sustitución de la oferta o de correlación de precios, por señalar algunas– que permitan otorgar certeza a los administrados respecto de las consideraciones utilizadas por la administración al adoptar sus resoluciones⁴⁷⁰.

Finalmente, de manera independiente de las distintas críticas que pueda tener la resolución señalada⁴⁷¹, ésta es anterior al cambio de criterio utilizado por la autoridad

⁴⁷⁰ A fin de unificar los criterios de determinación, en el año de 2016, la Junta de Regulación mediante la resolución No. 011, expidió la metodología para la determinación de Mercados Relevantes, por aplicación de la LORCPM, de modo que, tanto la administración como los administrados tengan claridad sobre las herramientas econométricas que deben ser utilizadas para una correcta determinación.

⁴⁷¹ Por ejemplo, es el análisis realizado para la determinación de las infracciones a la Ley, dado que, en dicha resolución no parece existir un adecuado análisis de los requisitos legales constitutivos para la correcta configuración de las conductas anticompetitivas. A modo de ejemplo, nos referiremos al análisis de la autoridad de la conducta de actos de comparación, de la cual la Comisión de Resolución expresó:

en casos posteriores, el cual tuvo lugar sin que exista motivación o fundamentación alguna⁴⁷². Sin embargo, advertimos que éste no fue el único cambio de criterio que se dio en el tiempo, por el contrario, la Superintendencia retomó esta interpretación en resoluciones posteriores.

Por ejemplo, otra resolución en la que la autoridad realizó una determinación del mercado relevante es la dictada el 26 de febrero de 2019, en el expediente No. SCPM-CRPI-044-2018⁴⁷³, la que se revisa a continuación.

ii. Resolución dictada el 26 de febrero de 2019 en el expediente No. SCPM-CRPI-044-2018.-

El expediente tuvo como origen la denuncia presentada por el operador económico LOS LAGOS TV en contra de la empresa OTV MULTICABLE por competencia desleal por haber incurrido en la conducta de violación de violación de normas.

Conforme se desprende del texto de la propia resolución, el operador OTV MULTICABLE habría prestado «*el servicio de audio y video por suscripción*» sin

«En el expediente se ha comprobado la presencia de actos de comparación al tenor de lo que preceptúa el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, comparación efectuada entre los productos de marca Vanish y todos los productos que contienen cloro, que concurren al mismo mercado de productos que quitan manchas de tejidos, en este sentido, **la campaña publicitaria de Reckitt Benckiser busca comparar su producto de marca Vanish con el cloro en general y tiene por objeto comparar las prestaciones de esos dos productos, siendo uno propio y el otro todo quita mancha que contenga cloro.**» (Énfasis añadido)

Por lo que, del criterio expresado por la Comisión de Resolución, parecería que la Ley prohíbe cualquier tipo de publicidad comparativa, cuando lo correcto es que la LORCPM, en su artículo 27.5, prohíbe la publicidad comparativa, en los casos que dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables en productos o el establecimiento comercial del competidor. Requisitos constitutivos de la conducta anticompetitiva que en la resolución analizada no fueron tomados en cuenta. Para una revisión más detallada de los requisitos de la conducta desleal, desde la perspectiva de la legislación española Vid. CORBERÁ MARTÍNEZ J., “Actos concretos de competencia desleal (i): engaño, confusión, denigración, comparación, imitación y publicidad ilícita”, en VV. AA *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal Un estudio práctico de la Ley de Competencia Desleal (LCD)*, KILLIAN BENEYTO (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 112-115.

⁴⁷² Como es el caso de la resolución de 15 de abril de 2016, dictada en el del expediente No. SCPM-CRPI-2015-072.

⁴⁷³ https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-CRPI-044-2018_OTV-MULTICABLE.pdf (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

contar con las autorizaciones necesarias –títulos habilitantes– emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, (en adelante ARCOTEL), la conducta anticompetitiva tuvo lugar, en el periodo comprendido entre septiembre de 2015 y diciembre de 2017, en ciertas parroquias del cantón de Otavalo, provincia de Imbabura⁴⁷⁴.

Como resultado de la práctica anticompetitiva, la empresa denunciada, para el año 2017, obtuvo una cuota de participación del 37% en el mercado geográfico determinado, logrando alcanzar el segundo lugar entre cinco empresas competidoras.

A criterio de la Superintendencia, el operador económico denunciado, al no obtener los permisos necesarios para prestar los servicios audio y vídeo por suscripción, obtuvo un ahorro de costes, lo que otorgó de una ventaja competitiva significativa frente a las empresas competidoras que obtuvieron las autorizaciones correspondientes.

En este sentido, la Comisión de Resolución en su resolución analizó el mercado relevante, compuesto por el mercado producto, geográfico y temporal, así como, en su parte resolutive, determinó el falseamiento al mercado producto de la conducta desleal de violación de normas⁴⁷⁵, lo que a criterio del órgano resolutor se ajustaría a lo que denominó la «*cláusula general prohibitiva*».

Por lo anotado, podemos observar, cómo la Superintendencia, a través de la Comisión de resolución, efectivamente realizó un viraje de timón y se reencontró con la posición inicial, es decir, la autoridad en cada caso deberá determinar el mercado relevante, incluso en los casos que tengan relación con la competencia desleal.

⁴⁷⁴ Resulta necesario aclarar que el mercado geográfico en el que tuvo lugar la conducta anticompetitiva constituye una pequeña parte del mercado nacional de telecomunicaciones, por lo que la SCPM determinó el mercado relevante, únicamente en aquellos cantones donde la empresa OTV MULTICABLE prestó sus servicios.

⁴⁷⁵ En su parte pertinente la Comisión de Resolución señaló:

«Por lo indicado, existió en este mercado relevante, una actividad económica que evidentemente **impidió la competencia leal de sus concurrentes, restringió la capacidad de acción de los consumidores (suscriptores) en caso de suspensión del servicio ilegalmente brindado, y falseó la competencia atentando el bienestar general. En definitiva, de esta manera, se ha afectado actual y potencialmente la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores** y usuarios, presupuesto de hecho que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.» (Énfasis añadido)

En adición, la autoridad en su resolución omitió motivar o justificar, aunque sea de forma mínima, el nuevo cambio de criterio, lo que ahonda en la inseguridad jurídica producida en los administrados.

Finalmente, a partir de este precedente administrativo, la Comisión de Resolución en posteriores resoluciones ha mantenido la interpretación de que la Superintendencia es competente para conocer los actos de competencia desleal cualificados, es decir, aquellos que generan un falseamiento al régimen de competencia, en el mercado relevante.

Al respecto, debemos anotar como un antecedente adicional que, a partir de la mitad del año 2019, la Comisión de Resolución realizó una renovación completa, pero en todas sus resoluciones posteriores han incluido el análisis y determinación del mercado relevante y de los efectos potenciales de la conducta como parámetros del falseamiento de la competencia.

iii.-Resolución dictada el 6 de agosto de 2021, en el caso No. SCPM-CRPI-008-2021.-

Un caso relativamente reciente se lo puede encontrar en la resolución dictada el 6 de agosto de 2021, en el caso No. SCPM-CRPI-008-2021⁴⁷⁶, el que tuvo lugar por una investigación iniciada a petición del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), a varias empresas comercializadoras de lácteos por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño a los consumidores y usuarios.

Conforme se desprende de la resolución, algunos operadores económicos que vendían productos con base en suero de leche usaban empaques aparentemente engañosos, que trasladaban al consumidor el mensaje consistente en que dichos productos eran leche pura de vaca.

Entre las investigaciones abiertas se encuentra la del caso de la empresa Reylacteos C.L., con su producto bebida de suero Ventura, operador económico que, conforme estimó la Comisión de Resolución tendría una posición prevalente en el

⁴⁷⁶ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/Resolucion-17-08-2021-EXP-SCPM-CRPI-008-2021.pdf> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

mercado relevante y que, como consecuencia de la conducta anticompetitiva dicho operador habría falseado la competencia.

En este sentido, para sancionar al operador económico, la autoridad no solo analizó los elementos propios de la conducta desleal investigada, sino que además consideró el falseamiento al mercado relevante.

Como crítica debemos resaltar la débil fundamentación utilizada por la autoridad para determinar el falseamiento del mercado relevante. Quien, por una parte, señaló que el operador económico ostentaba una «*posición dominante*» en el mercado relevante y por otra aplicó una regla de *mínimis* propia de concentraciones económicas.

En particular, la Comisión de Resolución fundamentó su análisis en que la cuota de participación del operador en el mercado representaría preocupaciones a la competencia, en consideración a que superaba el 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional, lo indicado con sustento en el artículo 16 de la LORCPM, que es una norma dirigida al control de concentraciones económicas.

Si bien es comprensible la necesidad de fundamentar el falseamiento del mercado relevante en ámbito de conductas desleales, no parece adecuada el determinar la posición dominante en el operador económico como un elemento de evaluación del falseamiento al mercado, o la aplicación de reglas de *mínimis* que son propias de otras figuras jurídicas, incluso, debemos anotar que, en una resolución posterior, dictada el 29 de octubre de 2021, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-016-2021, la Comisión de Resolución señaló correctamente de que para analizar el falseamiento de las conductas desleales no hace falta acreditar la existencia de una posición dominante⁴⁷⁷.

Puesto que en caso contrario podría inducirse a error a los administrados al considerar que para la sanción de las conductas desleales debe existir siempre una posición de dominancia del operador económico infractor o creer en la existencia de una falsa regla de *minimis* en el mercado.

⁴⁷⁷ En particular en dicha resolución señaló: «*Para establecer la afectación del mercado, la CRPI considera que no es necesario que el operador económico que realizó los actos de competencia desleal tenga posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, se procederá a analizar la posición e influencia del operador económico COSTACRUCEROS en el mercado relevante*».

Al respecto, debemos considerar que el artículo 26 de la LORCPM establece los requisitos para la prohibición de prácticas desleales en la Ley, cuando los actos objeto de estudio impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Para un correcto análisis, le corresponde a la autoridad de competencia, además de acreditar la existencia de la conducta desleal, el verificar cómo, potencialmente, ésta atenta contra los intereses público del mercado.

En otras palabras, un elemento necesario de análisis por la Autoridad ecuatoriana de competencia al evaluar a los actos desleales como infracción a la LORCPM es el falseamiento al régimen de competencia que genera o puede generar en el mercado.

Con sustento en la revisión de Derecho comparado⁴⁷⁸, el falseamiento de la competencia debe entenderse como una “agresión” a la estructura competitiva del mercado, las condiciones que determinan la estructura competitiva del mercado o los mecanismos que rigen el normal desenvolvimiento de la competencia como proceso⁴⁷⁹.

Por ello la correcta determinación del mercado relevante es un elemento esencial en la configuración de la infracción de la LORCPM por actos desleales, que permite valorar la posición relativa de los operadores que actúan en él, pronosticar la evolución de su posición en el mercado; valorar la estructura del mercado; la intensidad de la competencia; las relaciones de poder de mercado, la existencia de barreras de entrada al mercado, entre otros elementos⁴⁸⁰.

Finalmente nos referiremos a la resolución de 29 de octubre de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-016-2021, en la que, la autoridad resolvió sancionar a una empresa que participaba en el mercado turístico. Si bien esta resolución es analizada con más detalle posteriormente en el presente trabajo, nos parece

⁴⁷⁸ En particular del artículo 3 la Ley 15/2007, que establece la existencia de tres requisitos para que los actos de competencia desleal puedan ser consideración como una infracción al régimen de competencia, esto es: la existencia de un acto desleal, el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público.

⁴⁷⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit. p, 406.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 407.

importante resaltar el análisis realizado por la Superintendencia respecto del mercado relevante.

iii.- Resolución dictada el 29 de octubre de 2021, en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021.-

La autoridad en esta resolución⁴⁸¹ consideró que la empresa COSTACRUCEROS S.A. incurrió en las conductas de engaño, violación de normas y en prácticas agresivas, de acoso, coacción e influencia indebida en la venta de servicios turísticos, específicamente el operador económico COSTACRUCEROS S.A. participaba en el mercado de sistemas de descuentos en servicios de viajes y hospedajes; es decir, su servicio consistía en venta de paquetes que otorgaban descuentos en servicios turísticos y no paquetes de viaje en sí. No obstante, la publicidad en la que anunciaba sus productos al público objetivo contenía mensajes que no se ajustaba a la realidad de su producto.

Si bien las agencias de viajes participan en un mercado altamente atomizado, la autoridad de competencia analizó el mercado en relación con los productos que específicamente la empresa comercializaba, es decir, el mercado de paquetes de descuento turístico en el que COSTACRUCEROS S.A. obtuvo la posición de líder y contó con un crecimiento constante del 90% anual.

En este escenario y una vez probada la conducta desleal consideró falseado de manera generalizada los derechos de los consumidores y usuarios respecto a la libre elección de bienes de servicios turísticos dentro del mercado relevante analizado y procedió a sancionar la indicada infracción.

Lo interesante del caso señalado es la forma en la que la autoridad determinó el mercado relevante. Para ello hemos de anotar que el falseamiento de la competencia por actos desleales no deviene necesariamente de la cuota de mercado del operador

⁴⁸¹ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/02/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-CRPI-016-2021-Version-no-confidencial-y-publica-.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

económico investigado, sino que tiene lugar por los posibles efectos de la conducta anticompetitiva; en este sentido, la autoridad consideró en su resolución dos elementos importantes: la significancia del operador económico en el mercado y la restricción a la libertad de los consumidores y usuarios en su derecho de consumo, como se revisará con detalle en epígrafes posteriores.

Finalmente, a modo de resumen, de conformidad con esta segunda interpretación –a la que podemos denominar integral⁴⁸²– de la regulación del Derecho de la competencia en la LORCPM, la Superintendencia en el marco de sus competencias podrá conocer y sancionar aquellas conductas desleales únicamente en los casos en que éstas generen o puedan generar un intenso efecto anticompetitivo en el mercado.

Por lo que a continuación, en el siguiente apartado del presente trabajo se procederá a analizar el parámetro de falseamiento como elemento constitutivo de las infracciones de la Ley y se lo relacionará con la regulación contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

B. Deficiencias de la posición jurídica

La principal deficiencia de la segunda interpretación de la Ley es la evidente desprotección que causa que la Superintendencia no sea el órgano competente para conocer y resolver aquellos casos de competencia desleal que no generen efectos anticompetitivos significativos en el mercado, lo que justificaría una eventual modificación legal del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al respecto, el artículo 335 de la Constitución del Ecuador dispone que el Estado deberá establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal, por lo que cabe reflexionar si la interpretación realizada por la Autoridad ecuatoriana de competencia no se ajusta al espíritu de la Constitución.

⁴⁸² Por considerar las distintas disposiciones contenidas en la Ley aplicables a los actos de competencia desleal.

En este sentido, debemos señalar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al ser un organismo de la administración pública, solo tiene las competencias y facultades que los son atribuidas en la Constitución y la Ley, por lo que, sus actuaciones se encuentran circunscritas al ámbito de aplicación de la LORCPM que, por su naturaleza jurídica es una norma de defensa de la competencia que contiene un epígrafe que regula la competencia desleal desde su particular óptica y esfera de aplicación.

En tal virtud, la Autoridad no puede dejar de aplicar disposiciones legales expresas en la Ley como son la necesaria determinación del mercado relevante para aquellos casos de competencia desleal, so pena de nulidad de sus actuaciones, así cómo no puede pretenderse que dicho organismo actúe fuera del marco legal vigente.

Sin embargo, debemos advertir que le corresponde al poder legislativo⁴⁸³ emitir las leyes correspondientes para sancionar los actos de competencia desleal sin importar su efecto distorsionador en el mercado, por lo que, sí el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cuenta con las normas suficientes que permitan alcanzar un orden concurrencial debidamente saneado es por la actuación negligente del legislador que tiene los mecanismos adecuados para desarrollar y ajustar la normativa vigente para viabilizar de manera suficiente el mandato constitucional, sin perjuicio de que, la autoridad administrativa en competencia pueda instar al poder legislativo para que emita la normativa correspondiente⁴⁸⁴.

⁴⁸³ En relación con la crítica realizada respecto de la imposibilidad de activación del ADPIC por nacionales españoles quienes se verían en desventaja frente de empresarios extranjeros Vid. GÓMEZ SEGADE J., “El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual...”, op. cit., versión digital, p. 15/51.: «*Es evidente que si los nacionales no pueden invocar directamente el ADPIC ante los Tribunales, en algún caso pueden resultar discriminados en relación con los extranjeros; pero no cabrá ningún tipo de acción contra dicha desigualdad entre nacionales y extranjeros. Si así sucede, será tan sólo porque el legislador, aunque dispone de suficientes mecanismos para evitar la discriminación, actúa negligentemente y no toma las medidas necesarias, y a ello deben instarle los ciudadanos*».

⁴⁸⁴ Como es el caso de la Superintendencia, quien, en el mes de enero de 2022, remitió a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Competencia Desleal, del cual nos ocuparemos brevemente en el cuarto capítulo del presente trabajo de investigación. <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/proyectedeledecompetenciadeslealEcuador-10-enero-2022.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

III. Falseamiento de la competencia por actos desleales

1.- Introducción:

El requisito de falseamiento de la competencia para la calificación de las conductas de competencia desleal consiste en la cualificación que se le exige al acto desleal como ilícito antitrust. En otras palabras, una conducta desleal se entiende prohibida, cuando esta produce o puede producir efectos perniciosos significativos en el mercado.

Si bien a nivel internacional normalmente existe una estrecha relación entre las normas de defensa de la competencia y la competencia desleal, en la mayoría de los países, su regulación está claramente delimitada en cuerpos normativos diferenciados y desde una concepción integral que en conjunto conforman la regulación al Derecho de la competencia de cada Estado.

Ahora bien, la conjunción de la competencia como un ilícito antitrust constituye una verdadera excepcionalidad en los ordenamientos jurídicos internacionales, encontrándose principalmente en el ordenamiento español, y actualmente el ecuatoriano. Por ello es importante conocer la evolución histórica de esta figura, sobre todo en el Derecho español, como fuente de inspiración del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al respecto, señalaremos que, en España, el primer antecedente histórico en materia de Derecho de la competencia se encuentra en la Ley 110/1963, de 20 de julio, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, norma que contó para su creación con el asesoramiento de los Estados Unidos de América⁴⁸⁵, y que incorporó

⁴⁸⁵ Con relación de los acuerdos alcanzados –Pactos de Madrid– entre España y Estados Unidos de América a mediados del siglo XX, «*pues la liberalización económica estaba incluida en el listado de asuntos a discutir y terminó por convertirse en una propuesta concreta de borrador de Ley de Defensa de la Competencia*». (BETANCOR, A., HUERTAS, E., y PETITBÒ A., *Defensa de la competencia*:

una primera regulación contra los acuerdos restrictivos de la competencia y las prácticas de abuso de poder de mercado⁴⁸⁶.

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley 110/1963 prohibía expresamente las prácticas concertadas o abusivas que consistieran en desarrollar políticas comerciales que tiendan, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores⁴⁸⁷.

Si bien dicha norma generaba una interrelación entre las conductas de defensa de la competencia con la competencia desleal, este precepto no es propiamente un antecedente de la regulación contenida en el artículo 3 de la Ley 15/2007; en la medida en que consideraba a los actos de competencia desleal producto de un acuerdo entre operadores económicos, o que fueran realizados por operadores como expresión de su posición de dominio en el mercado⁴⁸⁸; en otras palabras, la conductas desleales no se constituían en un tipo autónomo⁴⁸⁹ de las de las conductas contrarias a la libre competencia establecidas a la fecha.

innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2020, p. 74).

⁴⁸⁶ Con fuerte inspiración en los unfair methods of competition de la sección quinta de la Federal Trade Commission Act (EE UU), en particular de «*aquellos actos de competencia desleal que no eran propios del common law, sino que se trataba más bien de comportamientos anticompetitivos no encuadrables en la Sherman Act o en la Clayton Act como era el caso de las prácticas facilitadoras de conductas anticompetitivas o de los anuncios unilaterales de subida de precios.*», ALONSO SOTO R., “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en *Notas De Competencia No. 3* <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/notas-de-competencia-3-2013.pdf>. p. 3.

⁴⁸⁷ El Artículo tercero de Ley 110/1963 establecía:

«En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción.
- b) Limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional.
- e) Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento.
- d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores...»

⁴⁸⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit, p. 383.

⁴⁸⁹ CABRERA ZARAGOZA, S. y ESCUDERO PUENTE, A., “La aplicación del artículo 3 de la ley de defensa de la competencia ¿La reactivación del ilícito?”, *Anuario de la competencia*, N.º 1, 2011-2012, p. 224.

Ahora bien, como un antecedente directo de la regulación de la competencia desleal como ilícito contrario al régimen de competencia se lo encuentra en la promulgación de la Ley de 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, norma que reconoció a dicha infracción un como ilícito antitrust.

En particular, el artículo 7 de la Ley 16/1989 incorporó como conducta prohibida, «*los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público*».

Es decir que, el legislador consideró oportuno incorporar –como un tipo autónomo– la infracción del régimen de competencia por actos desleales en la norma de protección de defensa de la competencia. Dado que, mediante dicha disposición legal, se facultó a las autoridades en materia de defensa de la competencia para que puedan conocer conductas desleales que produzcan efectos con transcendencia «*institucional*», distinguiéndolas de aquellos casos que deban ser perseguidos mediante acción jurídico-privada⁴⁹⁰.

Desde el punto de configuración normativa de la infracción, el artículo 7 exigía la concurrencia de tres elementos esenciales, los cuales son: a) La existencia de un acto de competencia desleal; b) el falseamiento de manera sensible de la libre competencia; y, c) la afectación al interés público.

Dicha configuración, con alguna variación⁴⁹¹, se mantiene hasta la actualidad, en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, mantiene en su artículo 3, el ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales que establece como infracción a «*los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*».

⁴⁹⁰ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC especial consideración al requisito de afectación al interés público”, en *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2014, p. 202.

⁴⁹¹ La principal variación en la redacción de la infracción se la observa en la eliminación del parámetro sensibilidad –entendido como cualificación– del falseamiento de la competencia, aunque como lo ha expresado la doctrina, dicha reforma no constituye una modificación sustancial de la condición o elemento de la estructura del ilícito en relación con su configuración en la LDC de 1989 puesto que dicha cualificación se encuentra incluida en el requisito de falseamiento de la competencia. MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit, p. 404.

Si bien dicho ilícito ha sido objeto de constante crítica por cierta parte de la doctrina⁴⁹², e incluso se ha abogado por su desaparición en el ordenamiento jurídico español⁴⁹³, existen precedentes en los que, tanto autoridades administrativas⁴⁹⁴ como tribunales de justicia⁴⁹⁵ han resuelto casos en los que han determinado la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia por incurrir en actos de competencia desleal; justificando así, su pertinencia en el ordenamiento jurídico.

Mas allá de la variedad de interpretaciones posibles respecto de su naturaleza jurídica⁴⁹⁶, la configuración de la infracción en la LDC española vigente exige necesariamente la concurrencia de tres elementos esenciales antes indicados.

⁴⁹² CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC...”, op. cit. p. 202.

⁴⁹³ CABRERA ZARAGOZA, S. y ESCUDERO PUENTE, A., “La aplicación del artículo 3 de la ley de defensa de la competencia”. p. 225.

⁴⁹⁴ Tanto en el marco de la Ley 16/1989, como de la Ley 15/2007, existen distintas resoluciones en las cuales las autoridades administrativas han determinado la infracción a la prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos desleales. A modo de ejemplo señalamos la resolución, de 30 de mayo de 2002, dictada dentro del expediente 521/01, por el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia; la resolución, de 17 de septiembre de 2013, dictada dentro del expediente No. S/410/12, ASCENSORES-2, por la CNC; y, finalmente la resolución, de 20 de junio de 2019, que dio fin al expediente No. S/DC/0552/15 AGIC, dictada por la CNMC.

⁴⁹⁵ A modo de ejemplo encontramos la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de febrero de 2017 (ROJ: STS 349/2017), IBERDROLA SUR (que confirma SAN –Sala de lo Contencioso Administrativo– de 21 de noviembre de 2013 [RJCA 2014, 489], que a su vez confirma RCNC de 24 de febrero de 2012, IBERDROLA SUR, Exp. S/0213/10), o SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 31 de octubre de 2013 (JUR 2013, 352091), ENDESA. de 24 de febrero de 2012, IBERDROLA SUR, Exp. S/0213/10 (confirmada por RCNC de 29 de julio de 2011 (AC 2011, 2131), GAS NATURAL, Exp. S/0184/09 (confirmada por SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– 29 de abril de 2013 [JUR 2013, 162454]), resoluciones recogidas por MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit., pp. 397-399.

⁴⁹⁶ Entre las interpretaciones que han sido desarrolladas respecto del este ilícito, se encuentran: **a) tesis negadora del ilícito antitrust o procesalista**, en la cual se afirma que el falseamiento de la libre competencia por actos desleales no «*constituye un “nuevo tipo de ilícito antitrust”*», por el contrario, la prohibición del art. 3 LDC, únicamente contemplaría un ilícito de deslealtad, que, por su relevancia sobre la «*estructura del mercado*» faculta a las autoridades defensa de la competencia para su enjuiciamiento como una práctica antitrust; **b) tesis del doble ilícito antitrust y de deslealtad**, según esta teoría el ilícito contenido en artículo 3 de la LDC no se «*construye de manera autónoma*», por el contrario, en virtud de indicado artículo los actos desleales serían elevadas a categorías de ilícitos antitrust sin que pierdan su carácter de “ilícito de deslealtad”, por lo que, en estos casos les son aplicables un «*doble reproche*»: el de desleal y el otro de antitrust; y, **c) tesis del ilícito antitrust único**, conforme esta tesis, el artículo 3 de la LDC constituye un ilícito único e independiente de otros posibles ilícitos – como son el abuso de poder de mercado o los acuerdos colusorios–, que requiere de la existencia de ciertos requisitos contenidos en la redacción de la propia norma. Vid CASADO NAVARRO, A., “El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* N.º 22/enero-junio 2018, N.º 22, 2018, pp. 2-8.

En tal sentido, conforme expresa la doctrina⁴⁹⁷, normalmente en cada caso⁴⁹⁸ la autoridad de defensa de la competencia procederá, en primer lugar, a acreditar la existencia de uno o más actos desleales de aquellos tipificados en la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, o que sin estar expresamente tipificados se constituyan en una infracción a la cláusula general.

En segundo lugar, la autoridad determinará la existencia del falseamiento de la libre competencia producto del acto de competencia desleal, entendiendo por falseamiento a la libre competencia aquel que genera un especial efecto anticompetitivo⁴⁹⁹. Aquel que pueda afectar negativamente al orden público económico que asegura el correcto funcionamiento de los procesos de mercado. Como lo ha desarrollado la jurisprudencia, el falseamiento a la libre competencia se expresa, a modo de ejemplo, en la exclusión de competidores en el mercado por conductas desleales que consistan o puedan consistir en impedir el acceso, consolidación o mantenimiento de los competidores en él, o, como lo expresa el profesor Massager, aquellos actos que en general alteran «*el funcionamiento concurrencial del mercado*»⁵⁰⁰.

Finalmente, el tercer elemento constitutivo de la infracción a la Ley es la afectación al interés público, que guarda una relación de necesaria interdependencia con los demás requisitos de artículo 3 de la LDC; en este sentido, la afectación al interés público dota de un parámetro de graduación –respecto de la gravedad del efecto distorsionador a la libre competencia producto– de la conducta desleal enjuiciada, puesto que es de interés público la promoción y mantenimiento de las condiciones competitivas en el mercado⁵⁰¹.

En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que la determinación de la afectación al interés público por la autoridad española de defensa de la competencia

⁴⁹⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit., pp. 397-399.

⁴⁹⁸ Sin perjuicio que la autoridad de competencia desde una visión procesal, dentro de un expediente de investigación, previo a determinar la existencia de la conducta desleal, analice el efecto perjudicial, real o potencial en el mercado.

⁴⁹⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit., p. 405.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 409.

⁵⁰¹ Ibidem, pp. 413 y 414.

suele considerar cuatro elementos en sus distintas resoluciones⁵⁰², estos son: 1) quien realiza las conductas anticompetitivas, en relación con su posición o cuota de mercado; 2) quienes resultan afectados por las prácticas anticompetitivas investigadas; 3) el alcance cualificado de la conducta; y, 4) las características particulares de los mercados en las que tiene lugar la conducta enjuiciada.

Ahora bien, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la regulación de la competencia desleal en la LORCPM –como ya ha sido expresado en la presente investigación– se encuentra contenida en los artículos 25 a 27 de la Ley, además de la calificación de la infracción como grave del artículo 78.2c.

En primer lugar, el artículo 25 de la LORCPM contiene una «*cláusula general*» contra de la competencia desleal⁵⁰³; a continuación, el artículo 26 establece una cláusula prohibitiva que establece requisitos indispensables para que la conducta se entienda como prohibida y sea objeto de una eventual sanción; y, finalmente, el artículo 27 incorpora un listado de conductas que la norma entiende como desleales sin que ésta tenga el carácter de taxativa o única.

Por lo anotado, a continuación, serán objeto de análisis los parámetros de cualificación de los actos desleales contenidos en la LORCPM.

2. Requisitos de cualificación de los actos desleales contenidos en el artículo 26 de la LORCPM

En cuanto se refiere al artículo 26 de la Ley, debemos anotar que éste establece la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos específicos para la prohibición y sanción para que los actos desleales se configuren como infracción en el marco de la Ley. De su lectura se observa que la norma no prohíbe y sanciona la simple existencia

⁵⁰² CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 ...”, op. cit., pp. 216-218.

⁵⁰³ Análisis correspondiente que se encuentra en el segundo capítulo del presente trabajo.

de la conducta deshonesta en el mercado, sino que la prohibición deviene de la “intensidad”⁵⁰⁴ de los resultados que dicha conducta desleal genera en él.

Al respecto, resaltamos la expresión utilizada por el legislador para la prohibición y eventual sanción de las conductas desleales: «*en los términos de la presente Ley*», lo indicado, en consideración que la LORCPM por su naturaleza jurídica se constituye como una norma de defensa de la competencia, o antitrust, que incorpora entre su regulación la prohibición de actos de competencia desleal⁵⁰⁵. Por lo tanto, incluye distintas disposiciones propias de su naturaleza antitrust, como es, por ejemplo, la obligatoriedad de la determinación del mercado relevante para toda investigación que realice la autoridad de competencia⁵⁰⁶.

Por otra parte, de la revisión exegética resaltamos que, la prohibición y sanción de los actos desleales se configuran cuando el acto, hecho o práctica desleal impida, restrinja, falsee o distorsione los intereses protegidos en la Ley; los cuales son: la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Por lo anotado, solo en aquellos casos en que la conducta desleal sea calificada –es decir que, falsee los intereses jurídicos protegidos determinados en dicha disposición– se configura su prohibición y eventual sanción.

Por tal razón, conforme la configuración de la prohibición contenida en la disposición contenida en la LORCPM, desde un punto de vista de su procedibilidad, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su calidad de autoridad de control de la competencia, en todo proceso de investigación producto de prácticas desleales deberá: por una parte, determinar la existencia de la conducta desleal, siendo ésta una de las contenidas en el artículo 27, o que, sin estar incorporada en el catálogo

⁵⁰⁴ Dicha expresión es utilizada por PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 138.

⁵⁰⁵ En este sentido, con relación de la expresión “en los términos de la presente Ley” debemos señalar que, por una parte, la LORCPM contiene disposiciones específicas de competencia desleal –como son la cláusula general y el catálogo de conductas calificadas como desleales–, así, como también, incorpora disposiciones de naturaleza antitrust comunes a todas las infracciones reguladas en la Ley –como son, el objeto o ámbito de aplicación, el procedimiento de conocimiento, o sus infracciones y sanciones–.

⁵⁰⁶ Art. 5 de la LORCPM

de infracciones de la Ley, sea contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, de conformidad con la cláusula general contenida en el artículo 25 de la Ley. Por otra parte, la autoridad de competencia deberá analizar los parámetros de cualificación de la conducta conforme sus intereses protegidos dentro del mercado relevante determinado⁵⁰⁷, es decir, cómo el acto desleal potencialmente puede generar un efecto significativo en el mercado.

Por lo que, a continuación, procederemos a revisar cada uno de los intereses protegidos en la Ley.

3. Falseamiento y otros términos utilizados en la Ley

De forma previa a revisar los intereses protegidos contenidos en el artículo 26 de la LORCPM, debemos detener nuestra atención en las acciones o verbos rectores

⁵⁰⁷ Ni la Ley ni su Reglamento establecen un orden en el análisis que debe realizar la autoridad en el análisis correspondiente; por lo que, normalmente, la autoridad optará por un orden similar a la redacción de la Ley, es decir, primero investigará la existencia de la conducta desleal y posteriormente sus posibles efectos anticompetitivos en el mercado. Sin embargo, en ciertos casos, –siguiendo el ejemplo de la CNMC– por un parámetro de eficiencia y optimización de recursos y tiempo– podrá optar por invertir el análisis, es decir, verificar en primer lugar la estructura del mercado y determinar de forma preliminar los posibles efectos perniciosos de una posible conducta anticompetitiva, para posteriormente analizar en el caso concreto si tienen lugar los diferentes elementos constitutivos de la infracción legal. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit., pp. 397-399:

«...existen buenos motivos para invertir, al menos en la fase de instrucción, ese orden e iniciar el examen del caso, sea por la comprobación de la afectación del interés público), sea por la comprobación del falseamiento de la competencia. A favor de este proceder obran motivos de orden político y sistemático (relacionados con la circunstancia de que la habilitación de los órganos de defensa de la competencia para conocer de casos de competencia desleal obedece precisamente a la afectación del interés público) y de orden práctico (relacionados con la conveniencia, especialmente donde pudiera haber razones para pensar que la conducta valorada es desleal, de que, si no concurren los demás presupuestos y circunstancias habilitantes de la actuación de los órganos de defensa de la competencia en este ámbito.»

Respecto al punto indicado Vid. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC...”, op. cit., p. 219:

«En este sentido se puede afirmar que el procedimiento de análisis del órgano instructor y, entendemos que igualmente del órgano de resolución, parte de verificar si en el asunto particular denunciado o investigado hay indicios de afectación del interés público de la libre competencia, y solamente en el supuesto en el de esta cuestión sea contestada positivamente tiene lugar la valoración y calificación jurídica de las conductas con arreglo a la legislación general de la competencia desleal. Cuestión distinta es que, tal y como dichas críticas apuntan, por razones de claridad sistemática, posteriormente, la exposición del correspondiente análisis se haga siguiendo el orden y estructura utilizadas en el precepto.»

que el legislador ha considerado necesarios incorporar en la norma para su correcta protección.

Así, el legislador ha reservado la prohibición y eventual sanción de los actos desleales cuando estos impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general y los derechos de los consumidores o usuarios.

En tal sentido, procederemos a analizar los términos consistentes en impedir, restringir, falsear o distorsionar, para entender desde una perspectiva amplia las acciones exigidas por el legislador.

Como una primera aproximación, la Real Academia de Lengua Española (RAE), define a los términos impedir como «*estorbar o imposibilitar la ejecución de algo*»; y a restringir como «*Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites*», respectivamente⁵⁰⁸.

De esta manera, con sustento en dichas acepciones, nos parece correcto afirmar que constituyen conductas prohibidas por la Ley aquellos actos desleales que imposibiliten o reduzcan los intereses protegidos en el artículo 26 de la Ley como son la competencia, el bienestar general o la eficiencia económica.

En otras palabras, se prohíben aquellas conductas desleales que pueden tener un efecto exclusorio en el mercado, ya sea por expulsar a competidores actuales o evitar que nuevos operadores económicos puedan participar en él.

No obstante, también deben entenderse prohibidos los actos desleales que reduzcan a menores límites o imposibiliten los derechos de los consumidores o el bienestar general.

⁵⁰⁸ Impedir, Del lat. *Impedire*: 1. tr. Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo; 2. tr. poét. Suspende, embargar. - Restringir Del lat. *restringere*. 1. tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites; 2. tr. Apretar, constreñir, restriñir. <https://dle.rae.es/impedir>, y <https://dle.rae.es/restringir> (consultadas por última vez el 8 de junio de 2022).

Por otra parte, el término falsear, conforme la Real Academia de Lengua Española (RAE) tienen por significado adulterar o corromper algo y distorsionar consiste en la acción de torcer o desequilibrar⁵⁰⁹.

En este sentido, en términos de la Ley, también son prohibidos y serán objeto de sanción los actos desleales cuando adulteren, corrompan, desequilibren o deformen la competencia, el bienestar general, la eficiencia económica o los derechos de los consumidores o usuarios.

Ahora bien, sin perjuicio de la distinción que ha realizado el legislador para distinguir cada uno de los verbos –acciones– objetos de prohibición en ámbito de la regulación de la competencia desleal, nos parece que todos ellos pueden ser subsumidos en un uno solo, como es el término «*falseamiento*».

Como ya lo hemos anotado, desde el punto de vista de la legislación comparada, la LDC española establece como requisito para la configuración del ilícito antitrust por competencia desleal, contenido en su artículo 3, al falseamiento de la libre competencia. De hecho, las autoridades administrativas de defensa de la competencia y los administradores de justicia españoles han desarrollado el requisito de falseamiento a la libre competencia de forma que abarca los términos de impedir, restringir o distorsionar la competencia.

A modo de ejemplo, en la resolución, de 24 de febrero de 2012, dictada en el expediente No. S/0213/10, IBERDROLA SUR⁵¹⁰, se consideró que, en virtud de los actos desleales realizados por IBERDROLA, se produjo un importante incremento en la cuota de fidelización debido a su posición en el mercado relevante se reforzó una barrera de entrada a dicho mercado a nuevos operadores. En otras palabras, en el caso indicado, la autoridad consideró que los actos desleales podrían tener efectos de impedir o restringir la competencia a nuevos operadores.

⁵⁰⁹ Lo indicado conforme la primera acepción del término falsear y el tercero de distorsionar, <https://dle.rae.es/falsear> y <https://dle.rae.es/distorsi%C3%B3n> (consultadas por última vez el 8 de junio de 2022).

⁵¹⁰ https://www.cnmc.es/sites/default/files/136247_14.pdf (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

Otro caso similar lo podemos encontrar en la resolución de 17 de septiembre de 2013, dictada en el expediente No. S/410/12, Ascensores 2, caso en el que la autoridad consideró que los actos desleales de denigración, realizados por los operadores económicos –TIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM– habrían obstaculizado la competencia y entorpecido la consolidación de pequeños operadores económicos dedicados al mantenimiento y reparación de ascensores.

Por todo ello, en el caso indicado, el falseamiento de la libre competencia tendría lugar por la distorsión en el mercado producto de la conducta desleal investigada, la cual habría tenido lugar con la finalidad de restringir la participación de operadores económicos en el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores.

Los ejemplos señalados evidencian que el término de falseamiento en el marco de la LORCPM permite incluir o englobar a los demás términos contenidos en el artículo 26 de la LORCPM, sin perjuicio, de que en un caso concreto el uso del término «*restringir*» o «*impedir*» se ajuste mejor, por lo dicho el término falseamiento contenido en la Ley⁵¹¹ se constituye como de uso predominante en la configuración de ilícitos por conductas desleales en la LORCPM⁵¹².

4. Intereses protegidos como requisito de prohibición

Más allá de los términos utilizados para determinar el “falseamiento” en la Ley, el artículo 26 de la LORCPM al calificar los actos de competencia desleal exige que estos deben tener la capacidad de «*afectar*» la competencia, atentar contra la eficiencia

⁵¹¹ Finalmente, Fernando Diez Estella y Antonio Guerra Fernández, en consideración al uso de los términos, impedir, restringir la competencia, en el símil de acuerdos restrictivos de la competencia, expresan que dichos términos pueden ser interpretados como relativos de mayor o menor intensidad cuantitativa, considerando que el término falsear actúa a «*modo de cajón de sastre*», puesto que da cobertura a toda conducta que genere un efecto nocivo en la competencia Vid. DÍEZ ESTELLA, F., y GUERRA FERNÁNDEZ, A., “Artículo 1. Conductas colusorias...”, op. cit. pp. 131, 132.

⁵¹² En consideración que, además, el artículo 78.2.c de la LORCPM utiliza dicho término al establecer las conductas de competencia desleal como infracciones graves: «*El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley*».

económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Intereses que están estrechamente interrelacionados con la finalidad de la Ley⁵¹³.

Por otra parte, debemos notar que varios de los intereses protegidos se encuentran estrechamente interrelacionados, por lo que en muchos casos la afectación de uno de ellos implicará un perjuicio a otro, a pesar de esta interrelación para su mejor comprensión individualizaremos su estudio.

A. Primer interés protegido, la competencia

El artículo 26 de la LORCPM establece como primer interés protegido como requisito de calificación de las prácticas desleales al «*falseamiento de la propia competencia*»⁵¹⁴, por lo tanto, corresponde analizar el alcance del término competencia contenido en el marco de la LORCPM.

Al respecto, como una primera aproximación, el término «*competencia*» goza de una textura abierta ya que, conforme la RAE, en su acepción más próxima, es una «*situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*».

Por su parte, el artículo 26 no precisa qué debe entenderse por competencia –y su falseamiento– así como tampoco establece un parámetro que permita identificar la relevancia de la infracción, por lo que para su correcta interpretación, dicho artículo debe ser analizado en consideración de una perspectiva integral de la Ley y no únicamente de manera aislada.

Así, el término «*competencia*» debe entenderse de forma general, que evoca a una situación de empresas que rivalizan en el mercado y no necesariamente como referencia directa a un competidor en particular, dado que, de ser éste el caso, el

⁵¹³ Efectivamente, el artículo 1 de la LORCPM establece que el objeto de la Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar la existencia de conductas anticompetitivas que sean contrarias a 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.

⁵¹⁴ En concordancia, en términos del artículo 78 de la LORCPM, la Ley sanciona el «*falseamiento*» del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales.

legislador hubiera preferido usar el término competidor o competidores⁵¹⁵ en su redacción.

En este sentido, consideramos que el término «*competencia*» debe ser analizado a la luz del objeto y finalidad de la Ley, que consisten en «*la búsqueda de 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*»⁵¹⁶.

Es decir, la utilización del término competencia desde una perspectiva del carácter sistémico del régimen económico se corresponde con la estructura del mercado y la protección del sistema de competencia, es decir, su significado excede al simple interés particular.

En este sentido, la propia Superintendencia ha definido a la competencia como la dinámica que surge en los mercados cuando los operadores económicos que intervienen en él y mediante la oferta de productos rivalizan entre sí⁵¹⁷.

Lo indicado, guarda una importancia principal, porque el término competencia en la LORCPM se encuentra contenido y es regulado como un régimen general e integral de protección al mercado y su estructura.

En tal sentido, el término competencia en la Ley es utilizado en distintas disposiciones contenidas en la norma en un contexto de carácter amplio y de protección integral del sistema económico; a modo de ejemplo, señalamos el artículo 7 de la LORCPM que establece los parámetros de prohibición y sanción de conductas de abuso de poder de mercado⁵¹⁸, entre los que se encuentra «*la protección de la competencia*»

⁵¹⁵ Conteniendo una redacción que sancione o prohíba aquellos actos desleales que afecten a un competidor.

⁵¹⁶ Artículo 1 de la LORCPM.

⁵¹⁷ De conformidad con lo expresado por la Superintendencia: «*¿Qué es competencia? Es la dinámica que surge en los mercados cuando los operadores económicos que intervienen en el mismo y ofertan sus productos, actúan de forma independiente, rivalizando entre sí, con el fin de aumentar su participación y cubrir en mayor proporción las necesidades de los consumidores. El objetivo de las empresas es aumentar las ventas de sus productos y servicios al ofrecer productos de mejor calidad y a un mejor precio.*» <https://www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁵¹⁸ Artículo 7 de la LORCPM: «(...) *La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o*

como régimen general, por lo que mantiene una redacción similar –e incluso casi igual– a la utilizada en la regulación de la prohibición de las conductas desleales en la LORCPM.

Ahora bien, desde una perspectiva de Derecho comparado, la legislación española, Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia establece como parámetro de cualificación del falseamiento de la libre competencia por actos desleales a la afectación del interés público, de esta manera el legislador español separó la prohibición y sanción de los actos de competencia desleal que falsean el régimen de defensa de la competencia de aquellos actos de competencia desleal que no generan un efecto distorsionador grave en el mercado o su estructura.

En el caso de la legislación ecuatoriana, también existen disposiciones que separan la prohibición y sanción de los actos desleales cualificados en virtud de la intensidad de sus potenciales efectos perniciosos.

Así, por la conjunción de las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 5 de la LORCPM, el falseamiento de la competencia producto de una conducta desleal debe ser en el contexto del mercado relevante determinado, es decir, la cualificación de los efectos de la conducta anticompetitiva se encuentra en la afectación de la competencia dentro del mercado relevante, constituyendo éste en el parámetro de graduación de la conducta anticompetitiva.

En este sentido, debemos resaltar que el análisis del mercado relevante permite a la autoridad apreciar los posibles efectos perniciosos de la conducta desleal en el mercado y su estructura, por lo que el análisis del mercado le deberá posibilitar valorar cuantitativa y/o cualitativamente sus efectos. En conclusión, la graduación del falseamiento de la competencia será en virtud de la intensidad de los efectos reales o potenciales que tengan lugar en el mercado⁵¹⁹.

reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.» (Énfasis añadido).

⁵¹⁹ Como una idea final, cabe señalar, que si el legislador hubiera deseado que la LORCPM prohíba y sancione a todas las conductas desleales posibles sin ningún tipo de cualificación, habría omitido la incorporación del artículo 26 en la configuración normativa de su regulación.

B. Segundo interés protegido, la eficiencia económica

El segundo interés protegido es la eficiencia económica, un concepto que es de carácter económico, que implica que los recursos en el mercado se utilicen de manera óptima, alcanzándose la mayor producción posible⁵²⁰ y asignación⁵²¹.

La eficiencia económica puede tener lugar desde diferentes perspectivas, como son: el enfoque de los productores y el de los consumidores. En tal virtud, al analizar una eventual conducta anticompetitiva que afecte la eficiencia económica se tendrán en cuenta los efectos en la eficiencia de la producción –a través de la reducción de costes en los procesos de fabricación–⁵²²; en la eficiencia en la asignación –es decir, que exista un equilibrio en la estructura del mercado–⁵²³ entre otros⁵²⁴.

La eficiencia económica como interés protegido, puede ser objeto de distintos estándares de protección como es el estándar de precio, el estándar del bienestar del consumidor o del bienestar general⁵²⁵. Al analizar si un acto anticompetitivo es contrario al Derecho de defensa de la competencia se deberá tener en consideración el

⁵²⁰ <https://economipedia.com/definiciones/eficiencia-economica.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁵²¹ En relación con la eficiencia de la asignación y de la producción Vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, la Ley, Madrid, 2001, pp. 88, 89, señala que:

«La eficiencia puede ser evaluada bajo dos aspectos: eficiencia en la asignación y eficiencia en la producción. La primera hace referencia al empleo de los recursos escasos en los distintos sectores de la economía, de tal forma que se dice que existe eficiencia en la asignación cuando dichos recursos se emplean en producir aquellos bienes que los consumidores valoran de forma preferente. La segunda, por el contrario, hace referencia al empleo que de esos recursos hace un empresario específico; así, existe eficiencia en la producción cuando los recursos disponibles se emplean de forma que se cree riqueza, es decir, se produzcan bienes que los consumidores deseen obtener. Tanto uno como otro tipo de eficiencia, como puede apreciarse, no pueden ser medidos empíricamente, sino que son conceptos valorativos; es decir, tanto uno como otro sólo pueden ser definidos y medidos en términos de bienestar de los consumidores. Por este motivo, decir que el Derecho antitrust tiene como finalidad la maximización de la eficiencia, equivale a afirmar que su objetivo es maximizar el bienestar de los consumidores.»

⁵²² SARMIENTO R., CASTELLANOS, P., “La Eficiencia Económica: Una Aproximación Teórica” en *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*, vol. IV, núm. 7, julio-diciembre, 2008, pp. 21-22.

⁵²³ PEREZ MOLINA, M., “El Criterio de la eficiencia económica (efficiency defence) en el ámbito de concentraciones de la Unión Europea”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 310 – 315.

⁵²⁴ Como son la eficiencia distributiva o la eficiencia social. <https://economipedia.com/definiciones/eficiencia-economica.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁵²⁵ WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, 9th edition, OUP Oxford, 2018, pp. 5-7.

beneficio que puede generar dicha conducta en el operador económico infractor, así como el efecto nocivo que puede ocasionar dicho acto en la competencia, en los consumidores o la sociedad en general⁵²⁶.

En ámbito de competencia desleal, la eficiencia económica también juega un papel importante, en la medida en que los operadores económicos tienen la «*exigencia de competir por eficiencia o mérito de las prestaciones propias cuya infracción es un acto ilícito (art. 1 LCD 1991)*», como es el caso en la legislación española⁵²⁷.

Al respecto, la doctrina ha señalado que la buena fe objetiva establecida en el art. 4 LCD, de España, como criterio de enjuiciamiento de la deslealtad, debe interpretarse acudiendo al principio de la competencia eficiente, es decir, cuando un operador obtiene una posición en el mercado producto de la mejora de sus propias prestaciones⁵²⁸ y no, por ejemplo, en la obstaculización a los competidores.⁵²⁹

Esta consideración ha sido previamente adoptada por los tribunales alemanes al conocer algunos casos de competencia desleal, así, por ejemplo, el Tribunal Alemán consideró desleal un acuerdo entre empresas de venta a detalle –retail– con su proveedor, para recibir una compensación económica por la exhibición de televisores

⁵²⁶ El derecho de la competencia se encuentra concatenado en la protección del mercado, los competidores y finalmente de los consumidores, Desde una perspectiva de derecho comparado, el preámbulo de la Ley 15/2007 española ilustra lo indicado cuando señala que: «... *La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*».

⁵²⁷ MASSAGUER, FUENTES, J. “Treinta años de Ley de Competencia...”, op. cit. pp. 68 y 69.

⁵²⁸ Vid. DÍEZ ESTELLA, F, ¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?, Diario la Ley, AÑO XXVI. Número 6373, 2005, p.3 [http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_(2005).pdf) (consultada por última vez el 8 de junio de 2022):

«A partir de este momento, pues, se entiende que la lucha competitiva sólo es legítima en la medida en que se desenvuelva sobre la base de una actividad de mejora de las propias prestaciones. Este importantísimo principio de la eficiencia por las propias prestaciones (Leistungswettbewerb), o competencia basada en el principio del propio esfuerzo (Leistungsprinzip) significa, desde la perspectiva de la competencia desleal, que habrá un daño al concurrente, pero ese daño es el resultado de mi actividad en el mercado, no el medio que utilizo para concurrir. Por su parte, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la ventaja concurrencial que puedo tener proviene de la calidad de mis prestaciones, no del abuso que hago de una posición dominante o un acuerdo colusorio al que llego con otro competidor.»

⁵²⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores...”, op. cit. p. 101.

en los escaparates en tienda por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación económica⁵³⁰.

En este sentido, la autoridad jurisdiccional alemana consideró que dicha actuación es contraria a los actos y usos honestos de un operador económico en el mercado, dado que, a su criterio, el consumidor tiene la legítima expectativa que los productos mostrados en lugares principales de exhibición –como son los escaparates– de un establecimiento comercial se lo realice en consideración de la buena calidad, naturaleza o precio del bien ofertado.

Además, la judicatura consideró que dicho acuerdo consistía por sí mismo en una influencia injustificada y con efectos obstaculizares en el mercado, lo que tendría, entre otras consideraciones, como consecuencia un falseamiento de la «*competencia por eficiencia*».

En similares términos, desde la perspectiva de aplicación del Derecho peruano, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual⁵³¹, ha considerado que el proceso competitivo debe desarrollarse en virtud de la eficiencia de las propias prestaciones y de los competidores, por lo que los actos de confusión y aprovechamiento de reputación ajena contrarían dicho principio, en tanto que los agentes económicos que incurren en dichas conductas indebidamente, asimilan o intentan asimilar para sí la posición ganada en el mercado por otros competidores; lo cual a todas luces constituye en una conducta desleal.

Igualmente, en otro caso se consideró que la conducta de violación de normas, –en el caso de una empresa que emplea balones de gas rotulados por terceros sin contar con un contrato de corresponsabilidad comunicado previamente a la autoridad

⁵³⁰ Caso *Shaufensaktion*, citado en *PAZ-ARES C.*, “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 114.

⁵³¹ RESOLUCION N° 1091-2005/TDC-INDECOPI, dictada en el expediente N° 104-2004/CCD, <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4181> (consultado por última vez el 8 de junio de 2022):

«Las normas de represión de la competencia desleal se orientan a garantizar la buena fe comercial y la lealtad competitiva sancionando los actos contrarios a ellas. Así, la persecución de los actos de confusión y de aprovechamiento de la reputación ajena, busca que la competencia se desarrolle por la eficiencia o las propias prestaciones de los competidores, sancionando las conductas de aquellos agentes económicos que indebidamente asimilen o intenten asimilar para sí la posición ganada en el mercado por otros competidores.»

administrativa– generó distorsiones en la estructura de costos de quienes concurren en este mercado, las cuales no se derivan de la eficiencia lograda por cada empresa en la producción⁵³².

Ahora bien, en el ámbito de defensa de la competencia los actos de competencia desleal también pueden contravenir las exigencias de competencia por eficiencia⁵³³, puesto que en la LORCPM, al igual que ocurre en el ilícito contenido en el artículo 3 de la Ley 15/2007, «*le sigue la comprobación de si trae o puede traer consigo la distorsión de las condiciones y procesos de competencia en el mercado*»⁵³⁴.

Al respecto, debemos advertir que no todo acto que resulte contrario a la eficiencia económica puede ser objeto de prohibición y sanción en la LORCPM, por el contrario, para que tenga lugar su eventual represión este deberá revestir de un carácter desleal, es decir, ser contrario a los usos o costumbres honestos en el mercado.

Así, la toma de decisiones que adopte un operador económico en el mercado que, aparentemente no se correspondan a un parámetro de eficiencia económica no se encuentran proscritas por la LORCPM, en tanto que, dicha actuación no pueda ser encasillada como un acto desleal en los términos de la Ley.

En suma, debe considerarse que, a pesar de que el acto o conducta desleal sea contrario a la eficiencia económica, su efecto debe tener lugar en el contexto del mercado relevante previamente determinado, lo que exige un análisis amplio de los efectos de la conducta.

En tal sentido, la regulación de la competencia desleal en la LORCPM se vislumbra como un mecanismo legal que prohíbe y sanciona ciertas conductas anticompetitivas que, siendo contrarias a los usos y costumbres honestos en el mercado,

⁵³² RESOLUCION N° 0566-2005/TDC-INDECOPI, dictada en el expediente N° 015-2004/CCD, <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4179> (consultado por última vez el 8 de junio de 2022): «*Como señaló la Comisión en la resolución apelada, una empresa que emplea balones de gas rotulados por terceros sin contar con un contrato de corresponsabilidad comunicado previamente a la autoridad administrativa, genera distorsiones en la estructura de costos de quienes concurren en este mercado, las cuales no se derivan de la eficiencia lograda por cada empresa en la producción sino del uso que hacen algunas de ellas de los envases que corresponden a sus competidores.*»

⁵³³ MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, op. cit, p. 409.

⁵³⁴ Ibid. p. 409.

son realizadas por operadores que sin alcanzar una posición dominante tienen la capacidad de afectar mercados locales o sectoriales.

C. Tercer interés protegido, el bienestar general

El término bienestar general desde una perspectiva amplia, es un término común usado para evocar situaciones de interés social como puede ser la prosperidad general, la satisfacción de la población, entre otros. En tal sentido, la adopción del término bienestar general es normalmente utilizado para justificar la adopción de políticas públicas, la actuación de los distintos órganos del Estado o la creación de normas.

Dada su amplitud semántica, el “bienestar general”, dependiendo del contexto en que se exprese y se desarrolle, podrá estar interrelacionado con diferentes intereses públicos de una sociedad, como son, a modo de ejemplo, el acceso a la salud y educación, el pleno empleo de la población, el bienestar económico, entre otros.

Por ello, corresponde analizar el alcance del bienestar general como interés protegido en el contexto del Derecho de la competencia y la prohibición de prácticas desleales, contenido en el artículo 26 de la LORCPM.

En el ámbito económico, el término bienestar se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de la eficiencia económica, así, el bienestar se constituye como una medida del correcto funcionamiento del mercado⁵³⁵.

Sin profundizar en demasía en conceptos económicos –por exceder el ámbito de este trabajo de investigación– señalaremos que el excedente del productor es la ganancia que obtiene al vender bienes por encima del costo de producción; por el contrario, el excedente del consumidor consiste en la diferencia entre lo que los consumidores estarían dispuestos a pagar por los bienes y lo que realmente pagan por un producto –conocido también como el bienestar del consumidor⁵³⁶.

⁵³⁵ JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law*, quinta edición, Oxford University Press; 5a edición, 2014, p.12

⁵³⁶ *Ibidem*, p.12.

En este orden ideas, el bienestar social (total) es el producto de la suma de ambos excedentes⁵³⁷, por lo que la infracción a las normas de competencia ocurre en aquellos casos en que exista una transferencia del excedente de los consumidores a los productores o el excedente se pierde totalmente, como es el caso, del monopolio⁵³⁸.

En tal sentido, desde una perspectiva económica, el bienestar general como interés protegido del artículo 26 de la LORCPM prohíbe y sanciona las conductas desleales que afecten el correcto funcionamiento económico del mercado, mediante la inadecuada asignación de los excedentes entre productores y consumidores.

Así, la autoridad de competencia al analizar la posible existencia de conductas desleales deberá además observar si estas tienen un efecto pernicioso en el bienestar general (social o total) o el bienestar de los consumidores.

Lo indicado en consideración que la autoridad de competencia puede centrar su análisis en como una conducta desleal genera o puede generar efectos «*explotativos*» en los consumidores –mediante la transferencia del excedente del consumidor– o por su parte, como dicho acto genera –real o potencialmente– efectos «*exclucorios en los competidores*».

Por lo indicado, la interpretación del bienestar general desde la perspectiva económica debe ir de la mano con la eficiencia económica en el mercado que, además, en conjunto, constituyen tanto intereses protegidos del propio artículo 26, así como de los objetivos de la propia LORCPM⁵³⁹.

Ahora bien, desde ya advertimos que la interpretación del bienestar general desde la perspectiva económica acerca notablemente las conductas desleales a los actos de abuso de poder de mercado –ya que normalmente exigirán una importante cuota de participación del operador económico infractor–⁵⁴⁰ lo que, podría generar discusiones

⁵³⁷ Ibidem, p.12.

⁵³⁸ Ibidem. p.12.

⁵³⁹ Artículo 1 de la LORCPM.

⁵⁴⁰ Porque ante el hecho de que un operador económico sin una importante participación en el mercado incurra en una conducta anticompetitiva, provocará que los consumidores cambien de oferente del bien o servicio. En similar sentido RICHARD WHISH y DAVID BAILEY, al referirse al concepto de competencia perfecta señalan, que: «*The consumer is sovereign. The reason why the producer cannot affect the price is that any change in its own individual output wil have only a negligible effect on the*

sobre cuál es la figura jurídica, de represión de los actos anticompetitivos, correcta a ser aplicada en cada caso.

A modo de ejemplo, podemos señalar el supuesto caso de abuso de derechos de propiedad intelectual⁵⁴¹, conducta que, se encuentra en la LORCPM catalogada como un abuso de posición de dominio, pero que además podría encuadrarse como una conducta de competencia desleal por ser, en esencia, un acto contrario a los usos y costumbres honestos en el mercado, conforme la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM.

En este sentido, el punto de inflexión para distinguir el tipo de infracción de la LORCPM devendrá del estudio de la intensidad de los efectos reales o potenciales de la conducta en el mercado relevante, así la autoridad de competencia determinará si el oferente goza de una posición dominante o, por el contrario, goza de un poder económico relativo⁵⁴².

Para ello la autoridad de competencia deberá analizar la estructura del mercado, sustitución del bien o servicio desde la oferta y la demanda, el grado de concentración económica de los oferentes en el mercado, entre otras variables posibles.

Finalmente, en la actualidad internacional existe una importante discusión respecto de cuales deben ser los objetivos que deben buscar las normas de competencia, así en el contexto de la Unión Europea existen pronunciamientos de los tribunales de la UE que no han adoptado el estándar de bienestar como único objetivo⁵⁴³.

Situación que, para el caso ecuatoriano cobra relevancia porque, conforme determina el artículo 26 de la LORCPM, además de la eficiencia económica, el

aggregate output of the market as a whole, and it is aggregate output that determines price through the "law" of supply and demand"», –«La razón por la cual el productor no puede afectar el precio es que cualquier cambio en su propia producción individual tendrá solo un efecto insignificante en la producción agregada del mercado como un todo, y es la producción agregada la que determina el precio a través de la "ley" de la oferta y demanda» (traducción propia) WHISH R., BAILEY D., "Competition Law...", op. cit., p.5.

⁵⁴¹ Dicho acto de abuso de poder se encuentra contenido en el artículo 9.17 de la LORCPM que expresa: Art. 9 (...) En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado so: 17. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por Ecuador y en la ley que rige la materia.

⁵⁴² PAZ-ARES C., "El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...", op. cit., p. 114.

⁵⁴³ JONES A., SUFRIN B., "EU Competition Law...", op. cit., p.18.

bienestar general y el régimen de competencia incluye como interés protegido a los derechos de los consumidores y usuarios.

D. Cuarto interés protegido, los derechos de los consumidores y usuarios

El Derecho moderno de la competencia desleal ha sufrido una constante evolución en cuanto a su objeto jurídico protegido y ámbito de aplicación. A través de la irrupción del modelo social de competencia desleal, se ha generado un acercamiento de la regulación de competencia a la protección de los consumidores⁵⁴⁴ y usuarios.

Al respecto, la mayoría de los Estados en la actualidad contemplan en su ordenamiento jurídico normas de protección específica de los derechos de los consumidores y usuarios, entre ellos Ecuador, que tiene objetos jurídicos distintos a las normas de competencia desleal, por lo que con carácter previo a realizar el análisis correspondiente a dicho interés protegido en la LORCPM, es necesario revisar en pocas líneas la evolución histórica del Derecho de competencia desleal.

Ahora bien, en el desarrollo del modelo social de la regulación de la competencia desleal –por influencia de Derecho antitrust o defensa de la competencia– el consumidor pasa de ocupar un papel de beneficiario indirecto de un régimen de

⁵⁴⁴ La doctrina alemana, en 1965 ya se planteó: “¿En qué medida un acto por ser contrario a los intereses de los consumidores se convierte en desleal?”, PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, op. cit., p. 141.

competencia saneado⁵⁴⁵ a ocupar un papel de relevancia en el diseño de las normas de ordenamiento concurrencial⁵⁴⁶.

En este sentido, Schricker, rescata la relevancia que ha tenido la incorporación como objeto en la Ley de competencia alemana de la protección del consumidor y su fusión con la protección de la empresa y los intereses generales⁵⁴⁷.

En el caso español la protección de los consumidores tiene una estrecha relación con la LCD⁵⁴⁸, debido a, como lo expresa el Profesor Massaguer, este nexo se desprende

⁵⁴⁵ Como lo expresó el TDC:

«El gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, al consumidor se le impone todo. Se le impone un abanico limitado de productos a elegir. Se le imponen calidades, precios y, especialmente, el trato que las empresas le dan. El monopolio hace esperar a un cliente porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Pero, en el momento en que aparece un competidor, la captación y mantenimiento de un cliente se convierte en la tarea fundamental de la empresa.» Tribunal de Defensa de la Competencia, “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios 1993 tribunal de defensa de la competencia», 1993, p. http://www.gcd.udc.es/subido/catedra/materiales/economia_competencia_ii/defensa_competencia/TDC_Remedios_politicos_que_pueden_favorecer_la_libre_competencia_en_os_servicios_y_atajar_el_dano_causado_por_los_monopolios_1993.pdf. (última visita: 8 de junio de 2022).

⁵⁴⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática general al Derecho”, op. cit., p. 255.

⁵⁴⁷ Vid. SCHRICKER, GERHARD., “Centenario de la ley alemana contra la competencia desleal: luces y sombras”, *“Actas de derecho industrial y derecho de autor”*, Tomo 17, 1996, pp. 5-6:

«En este punto, en primer término hay que realizar un panegírico de la jurisprudencia alemana: hay que agradecerle que haya favorecido el desarrollo del objeto de protección del derecho de la competencia desleal, aceptando la protección de los consumidores y su fusión con la protección de la empresa; este progreso desde la protección individual a la protección social constituye una de las mayores aportaciones de la evolución del Derecho privado en el siglo XX. Aunque ya se había iniciado en los tiempos del Tribunal del Reich, el cambio de sentido de la UWG fue totalmente reconocido por el BGH en los años cincuenta y en lo sucesivo se aplicó de manera consecutiva. Cuando el legislador bendijo las nuevas tendencias mediante la introducción en 1965 de la acción colectiva de los consumidores (Verbraucherverbandsklage) esencialmente se limitó a confirmar hechos consumados. El concepto de una protección integrada de los competidores y de los consumidores, desarrollado de forma pionera en Alemania, en la actualidad aparece en un número creciente de ordenamientos jurídicos no sólo en el interior de la Unión Europea. Así, en los últimos tiempos, la idea de una protección combinada de los competidores y de los consumidores ha logrado aceptación, por ejemplo, en la ley polaca para la represión de la competencia desleal y también en la ley contra la competencia desleal de la República Popular China.»

⁵⁴⁸ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática general al Derecho”, op. cit., p. 255:

«Debe reconocerse y valorarse en su justa medida el papel constitucionalmente asignado a la tutela de consumidores y usuarios como definidor del orden económico constitucional. Las normas para la defensa de los consumidores y usuarios tienen la misma finalidad que las normas para la defensa de la competencia: ambas son piezas del sistema normativo establecido para proteger el sistema económico constitucional mediante el control de la actividad externa de las

del plano teleológico de la norma; el plano estructural de los ilícitos; y, el plano operativo, es decir, la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de acciones en la Ley⁵⁴⁹. Por lo que, el artículo 1 de la Ley 3/1991, incluye como objeto de protección la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, lo que incluye el interés de los consumidores.

Interés protegido que se vio reforzado por la transposición de la Directiva 2005/29/CE, a través de la Ley 29/2009, que reformó entre otras a la LCD introduciendo una cláusula general⁵⁵⁰ de deslealtad para las relaciones de consumo y desarrolló regulación específica sobre las prácticas engañosas y agresivas⁵⁵¹.

En este sentido, la Directiva 2005/29/CE armonizó la legislación europea de competencia desleal en relación con las prácticas que puedan perjudicar de forma directa a los intereses económicos de los consumidores⁵⁵², entendidos estos como aquellos relacionados con la adopción de sus decisiones sobre transacciones

empresas (40). De este modo, a pesar de su omisión en la Exposición de Motivos de la LDC, la tutela de consumidores y usuarios se erige en factor de amortiguación de los excesos eficientistas en la aplicación de la LDC. La defensa del consumidor y usuario trae al primer plano la acertadamente destacada exigencia constitucional de funcionamiento socioeconómicamente eficiente del mercado».

⁵⁴⁹ MIRANDA SERRANO L., “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa de la contratación de bienes y servicio”. VV.AA., *La protección de los consumidores en tiempo de cambio*, MIRANDA SERRANO (dirs.), Madrid, 2015, p. 50.

⁵⁵⁰ La cual no estado exenta de críticas Vid. RUIZ PERIS, J., I., “La reforma de la cláusula general de la Ley de competencia desleal”, en VV. AA, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, RUIZ PERIS J., I., (Dirs.), Tirant lo Blanch, 2010, p. 47.: «El artículo 4 de la LCD tras la reforma incluye una cláusula general laberíntica que adolece de gigantismo y de confusión conceptual. (...) Obviamente no parece razonable llamar cláusula general a un texto de 392 palabras ni se ve la necesidad de incluir las definiciones o los supuestos especiales relativos a los grupos de consumidores vulnerables en la misma cláusula general».

⁵⁵¹ A pesar de cuestionable técnica legislativa en su uso y las dudas que provocó en torno a la compatibilidad de algunas conductas incluidas con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, Vid. TATO PLAZA, A., “La reforma del derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXX, 2009-2010, p. 468. «Así las cosas, una vez admitida la posibilidad de aplicar el Capítulo II de la Ley de Competencia Desleal a cualesquiera tipo de conductas, con independencia de sus destinatarios, la inclusión en aquel capítulo de actos de competencia desleal que tienen como destinatarios naturales a los consumidores y que, sin embargo, no aparecen previstos en la Directiva, genera ciertas dudas en torno a la compatibilidad con ésta de algunos de los preceptos de la LCD».

⁵⁵² MASSAGUER FUENTES, J., “El nuevo Derecho Contra la Competencia Desleal”. op. cit. p. 30.

económicas⁵⁵³ y que para su represión es necesaria la conjunción de dos elementos esenciales:

En primer término que la conducta sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional; y, en segundo término, que ésta distorsione o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica⁵⁵⁴; elementos necesarios para la represión de las conductas desleales que perjudiquen directamente a los consumidores y, que fueron transpuestos en la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 4.2 de la Ley 3/1991 española.

Ahora bien, la LORCPM no es ajena a la protección de los consumidores y usuarios, por el contrario, la Ley recoge el mandato constitucional de protección de los consumidores y lo incorpora entre los intereses protegidos en la Ley.

En este sentido, no es de extrañar la incorporación de este interés protegido como uno de los parámetros posibles para la prohibición y sanción de las conductas desleales en la LORCPM. Sin embargo, no se puede perder de vista que la protección de los derechos de los consumidores está sujeta a su órbita de aplicación, por lo que no puede exceder los límites inherentes de su regulación.

Debido a la debilidad normativa en Ecuador en materia de protección del consumidor –y las perspectivas que generó en parte de la sociedad para que la norma se constituyera como un mecanismo para su fortalecimiento– no es de extrañar que las primeras resoluciones que emitió la autoridad de competencia tuvieran como objetivo principal aclarar el ámbito de aplicación de la LORCPM en su regulación a la competencia desleal y su relación con otras áreas afines, como son el Derecho de consumo o incluso asuntos de propiedad industrial.

En lo principal, en sus primeros años, ante la autoridad de competencia se presentaron varias denuncias por actos desleales que en esencia tenían por objeto proteger los intereses particulares de los consumidores. Finalmente, ya en años

⁵⁵³ Ibid. p 30.

⁵⁵⁴ Art. 5 del de la Directiva 2005/29/CE.

recientes, la Superintendencia ha conocido y resuelto casos en los que ha desarrollado la afectación de los derechos de los consumidores como bien jurídico protegido.

A continuación, se procederá a revisar los principales pronunciamientos emitidos por los diferentes órganos⁵⁵⁵ de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus resoluciones respecto del ámbito de aplicación y naturaleza jurídica de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM, así como de aquellas resoluciones que analizan la protección de los derechos de los consumidores como interés protegido en la norma.

E. (sigue) Protección de los consumidores y usuarios en los pronunciamientos emitidos por la Superintendencia

En el presente epígrafe se revisarán algunas de las principales resoluciones emitidas por la autoridad ecuatoriana de competencia en relación con conductas desleales relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios.

i. Resolución de 11 de noviembre de 2013, dictada dentro del caso No. SCPM-IIPD-2012-028

Un primer pronunciamiento destacable es la resolución de 11 de noviembre de 2013 dictado por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales que dio fin al expediente de investigación SCPM-IIPD-2012-028⁵⁵⁶. Dicho expediente fue iniciado

⁵⁵⁵ Nota aclaratoria: La Superintendencia de Control del Poder de Mercado actualmente se encuentra dividida en distintos órganos como son el de investigación, el de resolución y el de apelación.

En particular, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD) es el órgano encargado de llevar los expedientes de investigación de las distintas conductas investigadas. En los casos en que no encuentren elementos constitutivos de infracciones a la Ley, la Intendencia se encuentra facultada para archivar la investigación mediante resolución.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), es el órgano resolutor encargado de determinar, con sustento en la investigación realizada por la Intendencia, la posible existencia de infracciones anticompetitivas y en tal caso, el emitir las medidas sancionatorias o correctivas correspondientes.

Finalmente, el Superintendente de Control del Poder de Mercado es la máxima autoridad institucional, quien tiene la competencia de resolver los recursos de apelación y revisión en sede administrativa de las resoluciones emitidas por la Comisión de Resolución o la Intendencia.

⁵⁵⁶ <https://app.vlex.com/#vid/488186106> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

por la denuncia presentada por un particular –consumidor– producto de supuestos incumplimientos de las condiciones contractuales pactadas en la adquisición de un vehículo.

El denunciante consideró que el vendedor habría incurrido en la conducta de competencia desleal por actos de engaño, tipificado en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

Como ya ha sido analizado en la presente tesis, existe una clara conexión de la regulación de la competencia desleal con el régimen de protección de los Derechos del consumidor, sin embargo, dichas ramas del derecho tienen su propia finalidad y ámbito de aplicación diferenciadas.

Debido a la conexidad entre ambas ramas del derecho, no es de extrañar, que usuarios acudan ante la autoridad de competencia con la pretensión de que sea dicha entidad administrativa quien resuelva asuntos propios de Derecho de consumo o de ámbito civil, como puede ser el incumplimiento contractual⁵⁵⁷.

En este sentido, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en su resolución de 11 de noviembre de 2013, dispuso el archivo de la indicada denuncia, dado que ésta no reunía los requisitos contenidos en el artículo 54 de la Ley, sin embargo, la Intendencia aprovechó para analizar las competencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado contenidas en la Ley.

En su motivación, la Intendencia señaló que la prohibición de las prácticas desleales en la LORCPM tiene por finalidad *«la eficiencia en los mercados, el comercio justo, el bienestar general y de los consumidores y usuarios»*.

En tal sentido, a criterio de la autoridad administrativa, al analizar la posible existencia de conductas desleales se debe siempre evaluar si sus actuaciones, tienen principalmente por objeto el falsear los intereses contenidos en el artículo 26 de la Ley

⁵⁵⁷ Lo indicado con mayor incidencia en los primeros años de expedición de la Ley, que, por su novedad y falta de conocimiento de la sociedad sobre su alcance y limitaciones, resultaba común denuncias propias en ámbito de protección de derechos de los consumidores.

Por ello, según la entidad administrativa, las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 de la LORCPM tendrían como finalidad regular las relaciones entre operadores económicos en el mercado por actos que *«inciden en el sistema económico»*.

En adición, la Intendencia en su resolución buscó aclarar el límite de sus competencias y señaló que no se encontraba entre ellas resolver asunto de interés de particulares, como sería el caso de la desavenencia contractual.

Al respecto, la autoridad señaló que: *«Más allá de que no se ha podido probar la existencia de las aludidas conductas, cabe señalar que el incumplimiento de un contrato no genera una práctica desleal de acto de engaño, ya que dicha violación, de ser el caso, afectaría únicamente los derechos exclusivos de las partes del contrato.»*

Lo señalado, sin perjuicio del derecho que tienen los consumidores que se sientan engañados o afectados en sus derechos particulares de utilizar las vías determinadas en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Por lo indicado, al resolver la denuncia planteada, la Superintendencia determinó que no es la autoridad competente para resolver asuntos de carácter privado que devengan del cumplimiento o no de una obligación contractual.

Al respecto, debemos aclarar que los actos de competencia desleal pueden tener lugar tanto en ámbito contractual como extracontractual⁵⁵⁸, sin embargo, su configuración como conducta desleal dependerá de los elementos constitutivos de la infracción y los presupuestos establecidos en la Ley, esto es que, la conducta tenga lugar en el desarrollo de actividades económicas y sea *«contraria a los usos y costumbres honestos»*⁵⁵⁹.

Conforme expresa la doctrina la calificación de deslealtad de una conducta *«no tiene como origen el quebrantamiento de una relación jurídico obligacional que*

⁵⁵⁸ Como comentario llama la atención que la resolución no contiene análisis alguno del mercado relevante, el que, como ya ha sido indicado, de conformidad con el artículo 5 de la Ley es un requisito obligatorio en todos los expedientes de investigación. Al respecto, se puede argumentar que al ser la pretensión una discusión exclusivamente de carácter particular no correspondía analizar o determinar el mercado relevante. Sin embargo, en la indicada resolución no existe argumentación alguna de parte de la autoridad al respecto.

⁵⁵⁹ Resolución de 11 de noviembre de 2013, dictada por la Superintendencia dentro del caso No. SCPM-IIPD-2012-028.

vincule a la persona que la realiza con aquellos a cuyos intereses afecta» por el contrario, su configuración es independiente del eventual incumplimiento contractual⁵⁶⁰, lo indicado sin perjuicio de aquellas conductas desleales que necesariamente tiene lugar en ámbito contractual⁵⁶¹.

Ahora bien, otro precedente administrativo, un poco más reciente, es la dictada dentro del SCPM-IIPD-2016-019, que se revisa a continuación.

ii. Resolución dictada el 24 de agosto de 2016, en el expediente SCPM-IIPD-2016-019

Otro caso representativo de la posición institucional respecto de la falta de competencia de la Superintendencia en asuntos relativos a la protección de intereses particulares en ámbito de protección consumidores se encuentra en la resolución dictada

⁵⁶⁰ MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ F., “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales...”, op. cit., versión digital, pp. 12-13/65:

«Finalmente, la ilicitud de las conductas desleales nace de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quebrantamiento de una relación jurídico obligacional que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos intereses afecta. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual quede encuadrado entre las conductas con finalidad concurrencial, como se sigue con facilidad del texto legal (cfr. art. 13.1 LCD). A este propósito ha de advertirse, en todo caso, que el incumplimiento contractual no puede reputarse per se constitutivo de un acto de competencia desleal (vid. SSAP Barcelona 1-II-1996 «transitarios», Valencia 19-VI-1996 «centralita de teléfonos», Badajoz 12-I-1999 «incumplimiento de Estatuto de una Comunidad de Bienes», AAAP Barcelona 6-XI-1996 «Business Creation», Barcelona 18-XII-1996 “incumplimiento de pacto de no competencia”).»

En adición en relación con las conductas desleales su posible origen contractual PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal...” op. cit., p. 26:

«Como confirma el artículo 2, apartado 3, de la Ley, esta será de aplicación «a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no». Así pues, el ilícito de deslealtad se configura de forma independiente del incumplimiento contractual: ni el acto ha de consistir necesariamente en una oferta contractual, incumplimiento o en un acto de ejecución de un contrato, de una parte, ni por otra, todo incumplimiento contractual constituye per se un acto de competencia desleal. Es más, en caso de incumplimiento contractual normalmente no será necesario al perjudicado acudir a la aplicación de la Ley de competencia salvo en los casos en que el afectado por el incumplimiento no sea parte en el contrato.»

⁵⁶¹ «En efecto, el incumplimiento de una obligación contractual puede perfectamente encuadrarse en las conductas con finalidad concurrencial, siempre eso sí, que dicho incumplimiento sirva como medio de promoción o aseguramiento de las propias prestaciones o de las ajenas en el mercado y reúna los requisitos del art. 4.1 LCD o de la concreta norma tipificadora de la deslealtad de la conducta». PETIT LAVALL, V., “La infracción contractual como conducta desleal”. A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 256/2010, de 1 de junio”, en la “Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil” num.11/2011, pp. 61-77.

el 24 de agosto de 2016, en la que la autoridad dispuso el archivo del expediente de investigación número SCPM-IIPD-2016-019.

Dicho caso inició mediante denuncia presentada por un particular en contra del Banco Pichincha por supuestos actos de competencia desleal consistentes en prácticas agresivas, de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores⁵⁶².

El accionante, en su escrito de denuncia⁵⁶³, afirmó que habría realizado varios negocios financieros con una entidad financiera, entre los cuales se encuentran la apertura de cuentas corrientes, suscripción de contratos de mutuo, aperturas de pólizas de inversión y la obtención de tarjetas de crédito.

Sin embargo, a pesar de haber cancelado la mayoría de los préstamos y estar al día en los créditos existentes, según el denunciante, la indicada entidad financiera habría realizado distintas amenazas en su contra e incluso inició procesos judiciales para cobrar deudas que ya habrían sido canceladas.

Ahora bien, dentro del expediente de investigación, la Superintendencia procedió a analizar los mercados relevantes de crédito comercial ordinario, crédito de consumo y crédito corporativo.

En su resolución de 24 de agosto de 2016, la Intendencia consideró que, el denunciante fue debidamente informado de las condiciones contractuales adquiridas y que conforme a la documentación presentada por el denunciado estas se encontrarían efectivamente pendientes de pago.

Además, la Intendencia señaló que, si el denunciante consideraba haber cumplido con las obligaciones pendientes, lo debería probar en los distintos procesos judiciales.

La autoridad dispuso el archivo de la denuncia presentada, por una parte, por la falta de existencia de la conducta, pero además porque en el supuesto no consentido de

⁵⁶² Conducta contenida en el artículo 27.9 de la LORCPM.

⁵⁶³ Conforme se desprende de la cita parcial contenida en la resolución de 24 de agosto de 2016.

que existieran procesos legales indebidos, estos no constituirían una conducta que afecte al mercado o al interés general de los consumidores o usuarios.

Por lo anotado, la Superintendencia en su de su posición institucional insiste en señalar que dicha autoridad no ostenta la competencia para conocer y resolver asuntos de carácter privado que afecten el interés particular de consumidores y usuarios.

Sin embargo, de la resolución analizada, a modo de crítica se puede indicar que no consta mención alguna o valoración respecto de las supuestas «amenazas» denunciadas y si estas pudieran ser consideradas como una eventual conducta de acoso, coacción o influencia indebida.

Por otra parte, en la resolución señalada tampoco consta actuación de investigación o análisis alguno respecto de si los actos denunciados consisten en una situación aislada, o por el contrario se corresponden con una política empresarial de la entidad financiera que pudiera afectar el general de consumidores o usuarios en situaciones similares⁵⁶⁴.

Lo indicado cobra relevancia en la medida en que la entidad denunciada es la entidad financiera más importante en el país⁵⁶⁵ y presumiblemente con una cuota relevante de participación en los mercados relevantes investigados.

Al respecto, debemos insistir en que la posición dominante en el mercado relevante no es un elemento configurador de una infracción a la Ley, pero si es una característica que debe ser tenida en cuenta por la autoridad a fin de profundizar su análisis.

En el caso señalado nos parece que resultaría necesario que la autoridad de competencia hubiera agotado los esfuerzos pertinentes para determinar, o descartar, si la conducta denunciada podría tener un efecto distorsionador en el mercado o en el

⁵⁶⁴ Dicho análisis puede tener lugar mediante requerimientos de información a la propia entidad financiera, autoridades de control financiera, entidades de protección de consumidores o asociación de consumidores y verificar si existen otras denunciadas realizadas por particulares que pudieran ser coincidentes con los hechos denunciados.

⁵⁶⁵ https://revistagestion.ec/sites/default/files/import/legacy_pdfs/252_002.pdf, p.5. (consultado por última vez el 8 de junio de 2022).

bienestar general de los consumidores y usuarios, más allá de la protección de los intereses particulares denunciados.

Finalmente, en este orden de ideas, encontramos la resolución que se expone a continuación.

ii. Resolución dictada el 18 de julio de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-012-2019.

Este caso se inició por la denuncia presentada por un particular, en contra del operador Consorcio del Pichincha S.A. CONDELPI (en adelante CONDELPI) por supuestos actos de confusión, denigración, violación a la cláusula general y por incurrir en prácticas agresivas, de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

La empresa CONDELPI participaba en el mercado de *«adquisición de bienes por el sistema de gestión de compra, también conocido como Auto-Financiamiento»*⁵⁶⁶ o sistema de compra programada consistente en la *«comercialización o compra programada que consiste en la conformación de consumidores o grupos de personas que, mediante el pago de una cuota mensual o de una cantidad determinada, logran adquirir un bien o servicio a través de la asignación cronológica de la entrega del producto»*⁵⁶⁷ mediante sorteo o remate de bienes inmuebles.

Ahora bien, en su escrito el denunciante afirmó que CONDELPI para proceder con la entrega de su bien exigió el pago de ciertos valores, de los cuales no habían sido oportunamente informados, y que el contrato de adhesión suscrito para ingresar al sistema de compra programada contenía cláusulas que causaron indefensión y serían contrarias al orden público y las buenas costumbres.

⁵⁶⁶ Lo indicado conforme lo señalado por la Superintendencia al determinar el mercado relevante en su resolución.

⁵⁶⁷ Resolución dictada el 18 de julio de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-012-2019, resolución que no consta publicada en la página web de la Superintendencia, pero de la que se obtuvo multicopiados.

Llamativo resulta que en su pretensión el denunciante solicitó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que dispusiera la devolución de los dineros pagados y ordenara el pago de daños y perjuicios ocasionados a su persona.

Ahora bien, en lo principal, en la indicada resolución, la Autoridad ecuatoriana de competencia procedió a analizar el mercado relevante y, conforme a la estructura de dicho mercado, sus participantes, el mercado geográfico, barreras de entrada, entre otros aspectos. Determinó que CONDELPI tenía una cuota importante en el mercado, por lo que una potencial conducta desleal realizada por dicho operador podría tener efectos distorsionadores en el mercado o podría afectar el bienestar general de consumidores y usuarios.

Posteriormente, la autoridad procedió a analizar las ofertas, realizadas por el operador en el mercado y los modelos de contratos utilizados en la comercialización de sus productos. En este sentido, la Superintendencia identificó que la oferta realizada era consistente con las cláusulas contenidas en el contrato, en adición verificó que los valores exigidos por el denunciado se correspondían con las obligaciones pactadas en instrumento contractual⁵⁶⁸.

Por las consideraciones indicadas, la Superintendencia consideró que en dicho caso no existirían cláusulas abusivas u oscuras que pudieran afectar los derechos de los consumidores; por el contrario, las condiciones contractuales se encontraban claramente determinadas y conforme la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es obligación de los consumidores informarse adecuadamente respecto de las características de los bienes o servicios que adquieren en el mercado.

Finalmente, la Superintendencia señaló que sus competencias, de conformidad con la LORCPM consisten en la prevención y sanción de prácticas desleales en búsqueda de eficiencia en los mercados, comercio justo, el bienestar general y de los consumidores y usuarios; por lo que, los casos de conflicto entre particulares, sin que exista una afectación al interés general deben ser resuelto por las autoridades jurisdiccionales competentes.

⁵⁶⁸ Cabe señalar que la Superintendencia analizó cada una de las conductas denunciadas, sin embargo, muchas de ellas no se encontraban suficientemente sustentados o no coincidían tipificación de la conducta contenida en la Ley.

El presente caso, tiene especial relevancia por cuanto las pretensiones realizadas por el denunciante –devolución de dineros e indemnización de daños– no se corresponden con las facultades que otorga la Ley a la Autoridad ecuatoriana de competencia; en tanto que no se encuentra entre las competencias de la autoridad administrativa el ordenar la devolución de dineros o establecer eventuales indemnizaciones de daños y perjuicios, las cuales son facultades privativas de la autoridad judicial.

Finalmente, señalaremos algunos casos en los que la Autoridad de competencia afirmó el falseamiento del régimen de la competencia por afectación de los derechos de los consumidores y usuarios.

iv.- Resolución dictada el 29 de octubre de 2021, en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021

Como ya ha sido identificado, la Superintendencia no es la autoridad competente para conocer y resolver asuntos vinculados a consumidores que busquen la satisfacción de un interés particular, como puede ser la reparación de un daño específico o la cuantificación del importe de una posible indemnización por daños o perjuicios.

No obstante, la LORCPM contiene entre sus objetivos la protección del bienestar general y de los consumidores y usuarios, es decir, la autoridad de competencia tiene la facultad para conocer y sancionar conductas anticompetitivas que tengan como efecto directo la vulneración o infracción general de los derechos de consumidores o que afecten su bienestar general.

En particular, la Superintendencia en su resolución de 29 octubre de 2021, en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021⁵⁶⁹ consideró que la empresa COSTACRUCEROS S.A. incurrió en las conductas de engaño, violación de normas y en prácticas agresivas, de acoso, coacción e influencia indebida en la venta de servicios turísticos.

⁵⁶⁹ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/02/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-CRPI-016-2021-Version-no-confidencial-y-publica-.pdf> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

Conforme se desprende de la resolución señalada el operador económico COSTACRUCEROS S.A. vendía en el mercado un sistema de descuentos en servicios de viajes y hospedajes; es decir, su servicio consistía en venta de paquetes que otorgaban «importantes» descuentos en servicios turísticos. Sin embargo, en la publicidad de la oferta constaban mensajes que se correspondían con la venta directa de paquetes de viajes, es decir, la oferta no se ajustaba a la realidad de su producto.

El sistema de comercialización de la empresa se realizaba, principalmente, mediante el sistema de señuelo consistente en captar a posibles consumidores en centros comerciales, mediante supuestas rifas y premios en los cuales la mayoría de los participantes ganaba.

Una vez captada la atención de los posibles clientes, estos eran dirigidos para retirar su premio a lugares públicos como restaurantes en los cuales solía haber muchas personas y debían recibir charlas sobre los productos que vendía la empresa, charlas que según los consumidores no resultaban claras y no les permitía entender cuál era el producto ofertado.

Posteriormente, conforme se desprende de la investigación, los usuarios firmaban contratos con cláusulas contradictorias sobre el servicio que recibían en relación con los anexos y facturas.

De la revisión de los hechos probados en el expediente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado constató que, ante la autoridad de consumos –la Defensoría del Pueblo– que existieron cerca de cien denuncias de consumidores supuestamente «engañados» que habrían «comprado» los servicios turísticos de COSTACRUCEROS S.A. sin comprender que el producto que adquirirían no consistía en paquetes de viaje u hospedaje turísticos, sino únicamente en la posibilidad de obtener un eventual descuento cuando desearan viajar.

En cuanto al mercado relevante, la autoridad consideró que el mercado producto consistía en el sistema de paquetes de descuento turístico y que COSTACRUCEROS S.A. obtuvo la posición de líder en el mercado, con un crecimiento constante del 90% anual.

En su conclusión, la Comisión de Resolución consideró que los actos de engaño, violación de normas de derecho de los consumidores y prácticas de aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor afectó de manera generalizada los derechos de los consumidores y usuarios en su derecho a la libre elección de bienes de servicios turísticos. A criterio de la autoridad el falseamiento de la competencia tuvo lugar por la afectación de los derechos de los consumidores que se ven impedidos de adoptar decisiones de consumo de forma soberana⁵⁷⁰, es decir, libre de conductas desleales especialmente engañosas que distorsionen su libertad de consumo.

Finalmente, existen otros casos en los que la Superintendencia también sancionó conductas desleales por afectar el derecho de los consumidores y usuarios en similares términos a los expresados. Por ejemplo, en la resolución dictada el 3 de julio de 2018, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-012-2018⁵⁷¹, la Comisión de Resolución analizó las estrategias de comercialización de un operador económico al ofertar aparentemente «cursos» de aprendizaje del idioma inglés, cuando en la especie el producto que entregaban eran únicamente libros de enseñanza de la lengua; lo que en el caso concreto, la autoridad consideró que constituiría una infracción al principio de «veracidad en materia publicitaria consiste en el derecho que tiene el consumidor a tener acceso a la verdad informativa»⁵⁷².

⁵⁷⁰ Hecho que reviste de especial importancia en virtud de la regulación de la competencia desleal en el marco de una Ley de Defensa de la competencia: «La disciplina de la competencia tiene, por tanto, como principal velar porque realmente pueda llevarse a cabo una comparación entre las prestaciones de los distintos operadores del mercado. Solo cuando exista la posibilidad de un auténtico cotejo de dichas prestaciones, las decisiones de los adquirentes de los bienes o servicios habrían sido adoptadas de forma soberana.» EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumido...”, op., cit. p. 101.

⁵⁷¹ Resolución dictada el 3 de julio de 2018, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-012-2018 (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/09/Resolucio%CC%81n-12-03-2021-EXP-SCPM-CRPI-012-2018.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022):

«Tanto el diseño, el desarrollo y la implementación de las estrategias de comercialización no son ilícitas, siempre y cuando en este proceso no se recurra a conductas infractoras de deslealtad con el mercado o los consumidores. De ahí que el principio de veracidad en materia publicitaria consiste en el derecho que tiene el consumidor a tener acceso a la verdad informativa y a la obligación que tiene el oferente de respetar la verdad en toda su actividad publicitaria; la violación de este principio deriva en un acto de competencia desleal por engaño, desde que la actividad comercial es uno de los mecanismos que disponen los oferentes para atraer a los consumidores.»

⁵⁷² En idénticos términos, la Superintendencia se expresó en relación con la conducta desleal por actos engaño en la resolución dictada el 2 de julio de 2018, dentro el expediente No. SCPM-CRPI-013-2018.

Por lo anotado, conforme a los precedentes señalados, la regulación de la competencia desleal en el marco de la LORCPM incluye como interés especialmente protegido a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. En tal sentido, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el marco de sus competencias está facultado para conocer y sancionar aquellas conductas de competencia desleal que afecten los derechos de los consumidores en masa, que ha tenido lugar por la restricción en la libertad de los consumidores en sus derechos de consumo⁵⁷³, situación que se observa de resoluciones emitidas por la SCPM al declarar la existencia de actos de competencia desleal por engaño al consumidor.

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de las resoluciones sancionatorias emitidas por la autoridad ecuatoriana de competencia, tratan de actos desleales de engaño, nada obsta para que, por aplicación de la LORCPM, puedan ser objeto de protección otros derechos de los consumidores, como son: el derecho a recibir productos de óptima calidad; acceder o recibir un trato transparente, equitativo y no discriminatorio de los proveedores de bienes o servicios; o el derecho a la seguridad de los consumidores, entre otros.

Adicionalmente, el falseamiento de los intereses protegidos, en la LORCPM por ilícitos desleales, tiene lugar en consideración de la posible afectación del mercado relevante determinado por la autoridad, por lo que, para la prohibición y sanción de una conducta desleal se requerirá que ésta genere o pueda generar un efecto pernicioso significativo de los intereses protegidos en el mercado. En este sentido, la represión de los actos desleales en LORCPM no se restringe únicamente a los efectos perniciosos en la competencia, sino que, además se extiende para reprimir conductas anticompetitivas con efectos perniciosos en los consumidores⁵⁷⁴, mediante la protección de los derechos no individuales.

⁵⁷³ Producto de los actos de engaño y otras conductas desleales.

⁵⁷⁴ Dicha situación que ha sido también propuesta por algunos juristas en relación con el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley 15/2007, español, al respecto Vanessa Martí Moya comenta:

«Desde mi posición como árbitro de consumo de la Junta arbitral de la Generalitat Valenciana he podido constatar cómo el tratamiento puntual e individualizado de determinadas prácticas, si bien produce una reparación individual a posteriori, no es la solución óptima. En primer lugar, porque no evita que la práctica se perpetúe y, en segundo lugar, porque la reparación no alcanza a los numerosos afectados que no reclaman debido a la quizás, escasa cuantía. Por otra parte, la administración pública se ve desbordada por cientos de reclamaciones basadas en los mismos

5. El falseamiento de la competencia en el mercado relevante

Como ya ha sido indicado, el artículo 5 de la LORCPM establece que la Superintendencia está obligada a determinar el mercado relevante en cada caso que sea objeto de su conocimiento o estudio.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley agrega que para la determinación del mercado relevante la autoridad deberá considerar «*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 él.

En relación con el análisis del mercado del producto, la autoridad deberá tener en cuenta el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos –actuales o futuros–, tanto desde la perspectiva de la oferta como de la demanda, sus características, usos, precios, entre otros.

Respecto del mercado geográfico, la norma establece los requisitos que debe cumplir la autoridad a fin de determinar el espacio geográfico en el que tiene lugar la actuación anticompetitiva y para ello deberá considerar el conjunto de zonas «*donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante*» sus costos, servicios de transporte y posibles barreras de entrada.

hechos, con el correspondiente impacto en las cuentas públicas, y crece la frustración por no poder evitar que la práctica se prolongue durante años. Y ello en el mejor de los casos, es decir, cuando el consumidor puede acceder al sistema de resolución extrajudicial, gratuito y rápido del arbitraje por contraposición a la vía judicial, mucho más onerosa, en términos económicos y temporales.

Por éste y otros motivos entendemos que la atribución de la tarea de reprimir los actos o prácticas desleales a un organismo público es un arma mucho más poderosa de lo que pueda parecer. A la estela de organismos de cuño anglosajón, las autoridades de la competencia han de tomar conciencia de las posibilidades que ofrece nuestro Ordenamiento a través del artículo 3 LDC contra las conductas que, por ser realizadas «a gran escala» tienen un innegable efecto lesivo sobre el interés público y sobre la estructura concurrencial. De lege ferenda, sería deseable una reforma de la LDC que ampliase claramente las competencias de la CNMC, a la luz de las posibilidades ofrecidas por el artículo 11 y siguientes de la Directiva 2005/29. No obstante, las normas actuales no han de ser desdeñadas, pues nos ofrecen los instrumentos potenciales para hacer de ellas unas armas mucho más eficaces para investigar.»

MARTI MOYA, V., “*El modelo anglosajón y public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores...*”, op. cit., p. 139.

Finalmente, con relación de las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado, de conformidad con la Ley, la Superintendencia analizará si los competidores son equiparables, y considerará características tales como 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 producto.

Por lo anotado, la obligatoriedad en la determinación del mercado relevante para cada caso que conozca al Autoridad administrativa de la competencia, no constituye una simple formalidad; por el contrario, mediante dicha disposición el legislador ha buscado que la autoridad alcance un profundo grado de comprensión del mercado y su estructura, además que permita identificar a los actuales –y potenciales– participantes, así como los efectos que pueda generar una determinada conducta anticompetitiva en el orden público económico⁵⁷⁵.

Sin embargo, debe considerarse que el análisis del falseamiento de la competencia –y de los demás intereses jurídicos protegidos en la Ley– en el mercado relevante debe tener lugar en consideración de la naturaleza de la propia conducta anticompetitiva, así, por ejemplo, en los casos de conductas de abuso de poder de mercado necesariamente en su análisis la autoridad deberá verificar una eventual posición dominante dentro del mercado.

Similar situación tiene lugar en los casos de acuerdos restrictivos de la competencia, en los que la autoridad deberá considerar la estructura del mercado y la cuota de participación de los competidores en él, e identificar si los operadores económicos exceden las cuotas de participación requerida en la regla de *mínimis* para la eventual prohibición y sanción del acuerdo colusorio.

⁵⁷⁵ Al respecto, la Junta de Regulación emitió la Resolución No. 11 en la que expidió «*los métodos de determinación de mercados relevantes*», en la que, con la finalidad de otorgar transparencia de los criterios que deben ser utilizados –de manera obligatoria– en la definición de mercados relevantes por la Superintendencia. En dicha resolución la Junta de Regulación establece que la autoridad deberá utilizar herramientas como «*la prueba del monopolista hipotético o SSNIP*»; análisis de la elasticidad precio de la demanda; de correlación de precios; prueba de sustitución de la oferta o SSS; entre otros, en cuanto a la delimitación del mercado geográfico, la autoridad de competencia utilizará la prueba Elzinga -Hogarty; prueba de costes de transporte y la prueba de isócronos, entre otros posibles. Ello evidencia, que la obligatoriedad en la determinación del mercado relevante en la Ley no puede ser entendida como una simple formalidad.

Para el caso de la competencia desleal, la LORCPM no establece la cuota de participación en el mercado que deban ostentar los operadores económicos responsables, así como tampoco existe una regla de *mínimis*; por el contrario, la prohibición y sanción del acto o hecho anticompetitivo debe ser considerado en virtud de los posibles efectos perniciosos de la conducta en el mercado en función de los intereses protegidos en la norma.

Así, debemos notar que, conforme a la configuración normativa de los ilícitos desleales en la LORCPM, no toda conducta desleal se encuentra proscrita. El artículo 26 de la Ley reserva su prohibición y sanción únicamente para aquellos actos que afecten –o puedan afectar– los intereses protegidos en la propia norma (competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios). De este modo, será desde esta perspectiva que la Superintendencia deberá realizar los análisis económicos correspondientes para determinar el grado de falseamiento en el mercado relevante.

En este sentido, no debe entenderse la infracción de la LORCPM por actos desleales, únicamente, como una extensión del régimen de la libre competencia para aquellos actos realizados por operadores que –sin ostentar una posición dominante– cuenten con un poder económico relativo⁵⁷⁶, sino que la prohibición y sanción contenida en la Ley se activará en virtud de la intensidad del efecto anticompetitivo de la conducta desleal⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Término usado por Paz-Ares, al referirse a los competidores que, sin gozar de una posición dominante, se encuentran en condiciones de dominar y bloquear mercados sectoriales o locales. PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista...”, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁷⁷ En relación a la regulación de los actos de competencia desleal como ilícitos antitrust en la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia, MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...”, *op. cit.*, p. 391 comenta:

«Y esto en el bien entendido de que la comisión de un acto de competencia desleal por una empresa con posición de dominio en el mercado no constituye un abuso de esa posición por el solo hecho de que quien la realiza ostente ese poder de mercado y de que, desde la perspectiva inversa, el carácter abusivo de la práctica enjuiciada no podrá fundarse en la sola razón de su deslealtad. Como consecuencia de ello, a falta de las notas específicas del abuso de posición dominante (conducta que constituye rentabilización del poder de mercado y que no podría haberse llevado a cabo en condiciones de competencia), el acto de competencia desleal realizado por una empresa que ostente esa posición habrá de enjuiciarse con arreglo al artículo 3 de la LDC 15) y su ilicitud «antitrust» dependerá de que falsee la competencia y por ello afecte al interés público en la forma exigida a estos efectos. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el artículo 3 de la LDC no se limita a extender el régimen de defensa de la libre competencia a las empresas que, sin ocupar una posición de dominio, disponen del poder de mercado suficiente para dotar a su

Si bien hemos de reconocer que en muchas ocasiones la intensidad del falseamiento estará relacionada con la posición del operador económico en el mercado, no debe perderse de vista que el requisito para la activación de la prohibición de la Ley es por el efecto de la conducta en sí⁵⁷⁸ y no por la posición del operador en el mercado⁵⁷⁹, por lo que nada impide, en la teoría que un operador económico con una relativa baja cuota de participación en el mercado pueda potencialmente incurrir en una conducta desleal sancionable por la Ley.

Por lo indicado, la determinación del mercado relevante guardará especial importancia en aquellos casos en los que la autoridad identifique que la conducta desleal pueda falsear el régimen de competencia, o la eficiencia económica, ya que le permitirá otorgar un grado de cuantificación y cualificación del potencial efecto de la conducta.

Igual sucede en los casos en que la autoridad analiza la posible afectación al bienestar general entendido en términos económicos; esto es, el producto de la conjunción del bienestar de los competidores y de los consumidores.

Finalmente, en cuanto al falseamiento de los derechos de los consumidores, la determinación del mercado relevante servirá para que la administración tenga en cuenta el público objetivo de la conducta desleal, analice el perfil del consumidor en determinado mercado, así como de ser el caso, cuente con la opinión o encuesta de grupos representativos de consumidores entre otros.

Sin embargo, en este escenario, no podemos perder de vista que es la protección de derechos de consumo lo que se encuentra como interés protegido en la LORCPM

conducta (desleal) de efectos falseadores de la competencia especialmente relevantes desde la perspectiva de los intereses públicos a cuya tutela obedece el entramado normativo e institucional que compone el Derecho de defensa de la libre competencia.»

⁵⁷⁸ Ibidem. p. 389 y 390.

⁵⁷⁹ Vid. CARRASCO TORRONTÉGUI, P., “Elementos para el análisis de las conductas anticompetitivas contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”, en VV.AA., *El derecho económico en tiempos de crisis*, DE LA GUERRA ZÚÑIGA, E. M., (Coord.), Quito, 2021, p. 280. «Conforme lo establece nuestra legislación, para todo caso de conocimiento de conductas anticompetitivas la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe determinar el mercado relevante. No obstante, el análisis económico y jurídico a realizarse en relación a cada una de las conductas anticompetitivas contempladas en la LORCPM, debe ser diferente, (...) mientras que en otras conductas como en los casos de competencia desleal el análisis económico deberá ser sobre los efectos en el mercado de las prácticas desleales incurridas.»

por lo que la administración en el caso concreto deberá considerar cómo la conducta desleal infringe o puede infringir derechos de los consumidores dentro de un grupo poblacional determinado, ya sea geográficamente, por edad, condición social, de salud, etc.

IV. Relación de la competencia desleal y la propiedad intelectual en la lorcpm

La competencia desleal mantiene una estrecha relación con la regulación de la propiedad industrial, dado que existen evidentes puntos comunes que enlazan estas ramas del Derecho.

Desde un punto de vista histórico en el ámbito español⁵⁸⁰ una de las primeras normas de competencia desleal tiene su origen en su inclusión en los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 1902, disposiciones que estuvieron vigentes hasta su derogación mediante la Ley de Marcas de 1988⁵⁸¹.

Desde la perspectiva de su interrelación, en la legislación española la competencia desleal y la legislación sobre propiedad industrial «*están presididas por un principio de complementariedad relativa*», que giran en relación con la proximidad o alejamiento de las normas de competencia desleal y las de propiedad industrial⁵⁸², es decir, en como el acto o hecho enjuiciado es coincidente con la pretensión de las partes procesales y se ajusta a la características y ámbito de protección de una u otra norma⁵⁸³,

⁵⁸⁰ En el primer capítulo del presente trabajo fue analizado la evolución histórica de la regulación de la competencia desleal y la propiedad industrial en Ecuador.

⁵⁸¹ MASSAGUER FUENTES, J., “*Comentario a la Ley de Competencia Desleal...*”, op. cit., pp. 47- 49.

⁵⁸² Ibidem. P. 82.

⁵⁸³ El Tribunal Supremo, en STS 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 541) señaló:

«La coexistencia entre una y otra normativa se caracteriza por lo que se ha venido en llamar una “complementariedad relativa”. En la última de las sentencias en que la sala se ha pronunciado sobre esta cuestión, la 450/2015, de 2 de septiembre, con recapitulación de lo declarado en anteriores sentencias, afirmamos: “La jurisprudencia sobre la relación entre las normas que regulan los derechos de exclusiva de propiedad industrial y las de competencia desleal, sigue el denominado principio de complementariedad relativa (Sentencias 586/2012, de 17 de octubre, y 95/2014, de 11 de marzo).” Partiendo de la distinta función que cumplen las normas de competencia desleal y las de marcas, el criterio de la complementariedad relativa sitúa la solución entre dos puntos: de una parte, la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal; y de otra, tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa, que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe

figura que, a criterio de algunos autores aún genera algunas situaciones que merecen ser revisadas.

Respecto de la complementariedad relativa de la regulación de la competencia desleal respecto de la Ley de Marcas, la más autorizada doctrina con sustento en la jurisprudencia española ha señalado que *«la utilización de la cláusula general, y en general de la Ley de Competencia Desleal (...) para reprimir conductas marcarias, no puede entrar en colisión con la legislación específica aplicable. De ahí que los tribunales hayan mantenido que el Derecho contra la competencia desleal cumple una función de complementariedad relativa respecto del Derecho de la Propiedad Industrial...»*, por ello *«si unos mismos hechos “consiguen superar el control propio de la Ley de Marcas, no es posible que esos mismos hechos constituyan competencia desleal por las mismas razones relevantes para realizar el enjuiciamiento de la licitud de su conducta con base en la normativa marcaria”»*⁵⁸⁴ reservando la aplicación de las normas de competencia desleal para aquellos casos en lo que la *«explotación de un signo distintivo»* presente *«una faceta o dimensión anticoncurrencial específica, “distinta de aquella que es común con los criterios de la infracción marcaria»*⁵⁸⁵.

un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva (Sentencia 586/2012, de 17 de octubre). “Como se ha dicho en la doctrina, el centro de gravedad de la realidad radica en los criterios con arreglo a los cuales han de determinarse en qué casos es procedente completar la protección que dispensan los sistemas de propiedad industrial con el sometimiento de la conducta considerada a la Ley de Competencia Desleal.” De una parte, no procede acudir a la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas plenamente comprendidas en la esfera de la normativa de Marcas (en relación con los mismos hechos y los mismos aspectos o dimensiones de esos hechos). De ahí que haya que comprobar si la conducta presenta facetas de desvalor o efectos anticoncurrenciales distintos de los considerados para establecer y delimitar el alcance de la protección jurídica conferida por la normativa marcaria. “De otra, procede la aplicación de la legislación de competencia desleal a conductas relacionadas con la explotación de un signo distintivo, que presente una faceta o dimensión anticoncurrencial específica, distinta de aquella que es común con los criterios de infracción marcaria.” Y, en última instancia, la aplicación complementaria depende de la comprobación de que el juicio de desvalor y la consecuente adopción de los remedios que en el caso se solicitan no entraña una contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria. Lo que no cabe por esta vía es generar nuevos derechos de exclusiva ni tampoco sancionar lo que expresamente está admitido” (Sentencia 95/2014, de 11 de marzo). En este sentido concluíamos en la Sentencia 586/2012, de 17 de octubre , al afirmar: “(e)n definitiva, la procedencia de aplicar una u otra legislación, o ambas a la vez, dependerá de la pretensión de la parte actora y de cual sea su fundamento fáctico, así como de que se demuestre la concurrencia de los presupuestos de los respectivos comportamientos que han de darse para que puedan ser calificados como infractores conforme alguna de ellas o ambas a la vez”»...

⁵⁸⁴ PALAU RAMIREZ F., “Actos Concretos de Competencia Desleal...”, op. cit., p. 29.

⁵⁸⁵ Ibidem. p. 33.

Si bien, la posición jurídica señalada ha sido adoptada por la jurisprudencia española, existen voces que han propuesto un sistema de acumulativo de acciones de competencia desleal con propiedad industrial.

En España, la doctrina de la primacía del Derecho de marcas sobre el Derecho contra la competencia desleal debe ser repensada, ya que dentro del ámbito de la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales es incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, en la actualidad resulta perfectamente posible que el titular de una marca ejercite acciones de competencia desleal, con fundamento en la confusión de los consumidores, ya de forma aislada, ya de forma acumulada con las acciones de violación de su derecho de marca (con respeto, naturalmente, de las normas procesales sobre acumulación de acciones)⁵⁸⁶. O aquellos que en la línea del criterio de complementariedad relativa de la competencia desleal, resaltan algunas cuestiones que no han sido tratadas de forma uniforme por parte la jurisprudencia como es la confusión y el parasitismo, resaltando la tendencia de *«ir abriendo el campo de aplicación de la LCD para que, dando respuesta a la función social que está llamada a cumplir en el tráfico, pueda proporcionar una protección*

⁵⁸⁶ GARCÍA PÉREZ. R., “Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de marcas y en la Ley de competencia desleal” en VV. AA Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional). A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., J, (dir. congr.) FERREIRO BAAMONDE X. (dir. congr.), 2012, p. 461-462. También otros autores se han referido a la posibilidad de la acumulación de acciones sin que consideren que sea la vía adecuada Vid. Vid. GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal...”, op. cit., versión online. pp. 11/79:

«De este modo, y en relación con la cuestión que nos ocupa, habrá que afirmar que no cabe una solución de extremos, pues no parece acertada tanto la afirmación de una acumulación de formas de protección como una consideración excluyente en la aplicación de ambas regulaciones. El objeto de protección directo en cada caso --el derecho de exclusiva en el ámbito de la propiedad industrial y, de otro lado, la corrección competitiva en la Ley de Competencia Desleal-- resulta distinto y la forma de protección diversa. Por ello, la respuesta más acertada, en mi opinión, es aquella que afirma la posibilidad de que, frente a un mismo hecho, pueda considerarse la aplicación de ambos órdenes normativos pero con carácter alternativo. Desde luego, la aplicación de una u otra normativa requerirá que, respecto de cada una de ellas, se den los presupuestos que exige, en cada caso, la legislación de propiedad industrial o la Ley de Competencia Desleal. Respetándose éstos, resultará procedente la aplicación de ambas formas de protección, aunque frecuentemente de modo alternativo, de modo que la tutela conferida por una de ellas podría llegar a excluir la aplicación de la otra. No obstante siempre serán dables supuestos en que pudiera resultar posible una aplicación acumulativa de ambos órdenes normativos, sin que ello suponga --en ningún caso-- una duplicidad de protección, pues ésta tendrá carácter complementario entre ellos.»

adecuada no solo a los titulares de signos distintivos sino también a otros sujetos implicados en el mismo»⁵⁸⁷.

Este no es el caso en la legislación ecuatoriana, puesto que, –en virtud de la naturaleza antitrust de la norma–, la LORCPM en el segundo párrafo del artículo 26 contiene un mecanismo de separación de las competencias de las respectivas autoridades administrativas para el conocimiento de las infracciones potencialmente desleales en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual.

Mecanismo consistente en la graduación de la intensidad de los efectos de la conducta anticompetitiva sobre los intereses protegidos en la Ley, en tal virtud, la facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para conocer asuntos de competencia desleal en relación con derechos intelectuales o industriales está reservada para aquellos en los que exista una afectación al orden público económico.

Por contraparte, la autoridad nacional de propiedad intelectual (SENADI) será el organismo competente para resolver aquellos casos en los que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores.

Es justamente por dicha distinción que en principio parece sencillo evitar una superposición de competencias y por ende choques entre los límites del Derecho industrial y la regulación de la competencia desleal⁵⁸⁸, en el marco de la LORCPM.

Sin embargo, de la aparente sencillez de la fórmula contenida en la Ley, no son pocos los casos en los cuales la pretensión de la activación de la LORCPM tuvo lugar en virtud de la satisfacción de intereses particulares, lo que conllevó a que la Superintendencia decretara el archivo de los casos ante dicha autoridad y los remitiera al organismo nacional de propiedad intelectual.

⁵⁸⁷ ÁLVAREZ VEGA, M.I., “A vueltas con la complementariedad relativa o la coexistencia...”, op. cit., p. 231.

⁵⁸⁸ Sin perjuicio de lo indicado, para el caso de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contara con una norma independiente de competencia desleal sería inevitable la existencia de posibles “fricciones” entre esta rama del Derecho y las relativas a la propiedad industrial. Sin embargo, advertimos que, de ser el caso, les correspondería a las autoridades judiciales generar las líneas jurisprudenciales de armonización necesarias entre ambas áreas del derecho.

Para ello, de conformidad con el artículo 31 del Reglamento a la LORCPM, y el artículo 5 de la Ley, la Autoridad ecuatoriana de competencia en cada caso analizó la estructura del mercado relevante y analizó la intensidad de los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada. En tal sentido, en aquellos casos en los que determinó que se trataban de asuntos de propiedad intelectual entre pares sin que existiera afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, fueron remitidos al SENADI.

A continuación, revisaremos algunas resoluciones que tuvieron lugar en este sentido:

i. Resolución de 3 de febrero de 2014, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-2013-012

Como un primer caso interesante nos referiremos a la resolución dictada por la INICPD, el 3 de febrero de 2014, en el expediente No. SCPM-IIPD-2013-012⁵⁸⁹, la cual tuvo como origen la denuncia presentada por el representante legal de la empresa DITECA S.A. empresa que participaba en el mercado de importación y distribución de maquinaria pesada y repuestos.

En su escrito de denuncia, el denunciante aseguraba que algunos de sus trabajadores estarían participando por cuenta propia en el mismo mercado y que habrían incurrido en actos de competencia desleal por la violación de la cláusula general, actos de confusión, explotación de reputación, violación de secretos empresariales e inducción a la violación contractual.

En su parte pertinente la autoridad administrativa, luego de recabados distintos elementos probatorios –como fueron inspecciones, análisis periciales, revisión de bases de datos de clientes y de ventas– consideró que existían elementos suficientes para acreditar, entre otras, la posible práctica desleal por violación de secretos empresariales y actos de confusión marcaria.

⁵⁸⁹ Resolución de la que se obtuvo multicopiados.

Al respecto, la violación de secretos empresariales y la confusión marcaria constituyen conductas desleales tanto en la LORCPM, como en la Decisión 486 de la CAN, norma comunitaria de regulación de la propiedad intelectual. Por lo que, como primer paso, la Intendencia analizó si la denuncia presentada era de competencia de la Superintendencia o por el contrario la competencia debía recaer en la autoridad de administrativa de propiedad intelectual.

En el caso objeto de análisis, la autoridad administrativa, de conformidad con el artículo 5 de la LORCPM procedió a determinar el mercado relevante –para lo cual realizó un análisis del mercado de producto y mercado geográfico– y concluyó que el mercado nacional estaba compuesto por más de 100 oferentes en el que, el denunciante, DITECA S.A. en los años 2011 y 2012 tendría una cuota de mercado del 28% y 35% respectivamente, mientras que los denunciados en el mismo periodo tendría una cuota de participación cercana al 0,06%.

Al respecto, fue decisivo para la autoridad que en la temporalidad en que tuvieron lugar las conductas anticompetitivas, la cuota de participación del operador económico afectado no solo no decreció, sino que, por el contrario, aumentó. Por tanto, en virtud de la estructura del mercado, así como de la ínfima participación de los denunciados, concluyó que las conductas desleales investigadas no podrían generar una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores en los términos de la LORCPM.

Por ello, la Intendencia resolvió disponer el archivo de la investigación y remitir el expediente al entonces Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (actualmente SENADI) para que en el marco de sus competencias determine la posible violación de secretos empresariales y los actos de confusión marcaria de conformidad con la normativa vigente.

ii. Resolución de 04 de febrero de 2013, expediente No. SCPM-IIPD-2012-002

El presente caso, tuvo su origen en la denuncia presentada por la empresa “SU MUNDO AGENCIA DE VIAJES CÍA. LTDA”⁵⁹⁰ en contra de dos extrabajadoras por supuestos actos desleales de violación de secretos, al haber obtenido acceso a la base de clientes de la empresa empleadora y realizado por cuenta propia –y en su provecho– ofertas de servicios de reserva y compra de pasajes de viajes a clientes de la denunciante.

En este sentido, la INICPD procedió a analizar el mercado relevante y determinó que el mercado en el que compiten las agencias de viajes es altamente atomizado, es decir, existen muchos operadores económicos y la cuota de mercado tanto de la empresa denunciante como la de los denunciados no eran suficientes para afectar al interés general o al bienestar de los consumidores.

Adicionalmente, conforme las pruebas recabadas dentro del expediente de investigación la autoridad consideró que existían indicios y pruebas suficientes que le permitían inferir una posible violación de secretos empresariales.

En tal sentido, la Intendencia consideró que en el caso objeto de estudio se discutían cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares sin que tuviera lugar una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, por lo que dispuso el archivo del expediente y su remisión a la autoridad de propiedad intelectual para su conocimiento.

Finalmente, resaltamos que los casos revisados hasta este punto son coincidentes en que tratan asuntos de propiedad industrial pero que tiene su origen en la relación entre los denunciantes y sus colaboradores, en ámbito de violación de secretos, por lo que, a continuación, nos referiremos a otras ramas del Derecho de propiedad industrial, como son la infracción de normas de protección de la obtención vegetal e infracción marcaría.

Como punto de partida, de la revisión de la página web pública de la Superintendencia se puede evidenciar que la Asociación de Productores y Exportadores

⁵⁹⁰ <https://vlex.ec/vid/parcialmente-interpuesto-viajes-ca-ltda-450911114> (Consultada por última vez en 8 de junio de 2022).

de Flores del Ecuador EXPLOFORES (en adelante EXPLOFORES) presentó en el año 2020 cinco denuncias contra “pequeños” productores de flores por supuestos actos de competencia desleal, entre los que se encontraban la violación de derecho obtención vegetal.

Nos limitaremos a revisar uno de los casos, pues el planteamiento resulta idéntico en todos ellos pero que dejaremos citados todos con su respectiva publicación.

iii. Resolución de 15 de julio de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-008-2020

Este caso tuvo como origen la denuncia presentada por EXPLOFORES en contra de la Asociación de Pequeños Productores y Exportadores de Flores Pacha Flowers de la Tierra ASPROPAFLO (en adelante ASPROPAFLO)⁵⁹¹ por supuestos actos de competencia desleal consistentes en la violación de normas tributarias, ambientales, laborales, de seguridad social y la infracción de derecho de propiedad intelectual por infracción de derecho de obtención vegetal por comercializar denominaciones de variedad vegetal de MONDIAL y KAROUSEL, EXPLORER, CABARET, IGUAZU E IGUANA.

En su análisis, la autoridad procedió a definir el mercado relevante en el que participa el operador económico denunciado, considerando a éste como el mercado de producto de «*flores cortadas de rosa de exportación*», lo que incluyó las actividades de producción, comercialización y exportación de flores cortadas. Si bien cada actividad constituye un eslabón distinto de la cadena de producción, el operador ASPROPAFLO participaría en cada de una de ellas.

En el análisis correspondiente a la cuota de mercado del operador económico denunciado, la autoridad consideró que el mercado de producción de flores estaba compuesto por 4207 empresas y que 3 operadores en conjunto representaban el 14.88% del total del mercado. En este sentido, conforme al análisis de volumen de ventas y el

⁵⁹¹ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-008-2020.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

reporte de la autoridad aduanera, la Superintendencia constató que ASPROPAFLO en la actividad de producción de flores tuvo una participación del 0,10% del total del mercado y además exportó menos del 0,07% del volumen total de flores cortadas a nivel nacional.

En cuanto a las conductas denunciadas, la autoridad no encontró que concurrieran los elementos suficientes que justificaran la existencia de violación de normas tributarias, ambientales y de seguridad social.

Respecto de la violación de normas laborales la Superintendencia consideró que podrían existir indicios de una posible infracción legal, pero el denunciado no tenía una posición de prevalencia en el mercado relevante, por lo que en el caso analizado no concurrían los demás requisitos constitutivos de dicha infracción⁵⁹².

Finalmente, en relación con la infracción de derechos intelectuales, la autoridad encontró indicios respecto de que el operador económico denunciado, en la producción y comercialización de flores cortadas, habría infringido licencias de obtención vegetal de algunos tipos de flores; sin embargo, debido a la pequeña cuota de participación en el mercado de ASPROPAFLO, no existiría una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios⁵⁹³.

En definitiva, al tratarse de asuntos relativos a derechos de propiedad intelectual entre pares, la autoridad administrativa archivó el expediente de investigación y remitió lo actuado a la autoridad al SENADI⁵⁹⁴.

⁵⁹² De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.9 de la LORCPM, los elementos constitutivos de la violación de normas como acto de competencia desleal son: la infracción normativa, la obtención de una ventaja competitiva y la obtención de una posición de prevalencia. Elementos que se encuentran relacionados en sí.

⁵⁹³ En sus explicaciones el operador económico manifestó: "... que la Asociación importa y compra la materia prima entendiendo que, las personas que venden dichas variedades vegetales tendrían la autorización por los titulares para su explotación comercial, por lo que los titulares deberían incoar sus acciones o investigaciones en contra de esos operadores y no contra ASPROPAFLO", lo que no convenció a la autoridad.

⁵⁹⁴ Resoluciones emitidas por la Intendencia No. SCPM-IGT-INICPD-008-2020, (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-008-2020.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022); SCPM-IGT-INICPD-007-2020 ([scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-007-2020.pdf](https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-007-2020.pdf), consultada por última vez el 8 de junio de 2022); SCPM-IGT-INICPD-006-2020 (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-006-2020.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022); SCPM-IGT-INICPD-005-2020,

iv. Resolución de 15 de julio de 2020, expediente No. SCPM-IGT-INICPD-040-2019

Un último caso para destacar es la resolución que puso fin a un expediente⁵⁹⁵ que tuvo como origen la denuncia presentada por el representante legal de la empresa BALDORÉ S.A. en contra de Industrial COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA, (en adelante COELCEM) por actos de competencia desleal por confusión (contenido en el artículo 27.1 de la LORCPM).

Baldoré S.A. en su denuncia indicó que desde el año 2016 comercializaba el producto «*Ron Don Casteló*»; sin embargo, en el año 2018 su competidor COELCEM habría registrado la marca «*Don Casteló Special*» con la cual buscaría inducir al consumidor a error respecto del producto que adquiere, así como de quien es su real oferente en el mercado.

Del relato de la denuncia se infiere que el denunciante comercializaba un producto en el mercado sin contar con una marca registrada y, ante el aumento del consumo de su producto en el mercado, un competidor registró una marca muy parecida al nombre que utilizaba el denunciante a fin de causar confusión en los consumidores y el mercado.

En este caso, nuevamente la Superintendencia, una vez analizado el mercado relevante, consideró que el mercado de producto era el de la fabricación y comercialización de licores y, realizado el análisis correspondiente de dicho mercado, determinó que la cuota de mercado que le correspondía al denunciante era tan solo 0.03% del mercado total y la cuota de mercado del operador económico denunciado (COELCEM) era cercano 0.01%, de ahí que la autoridad considerara que no existía una afectación al interés general o al bienestar general de consumidores y usuarios, por lo

(<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-005-2020.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022); SCPM-IGT-INICPD-004-2020 (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-004-2020.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022)

⁵⁹⁵ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-040-2019.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

que la conducta desleal por confusión, en el presente caso, al estar relacionada con derechos intelectuales era de competencia exclusiva del SENADI.

En recapitulación del presente epígrafe extraemos que la autoridad administrativa en la materia ha fijado como punto común para determinar su competencia en casos de conductas desleales relacionadas con propiedad intelectual, a la valoración de las cuotas de participación de los operadores económicos en el mercado y aunque si bien nos parece es un punto de partida para un correcto análisis, debemos advertir que el falseamiento del orden público económico no está determinado por la relevancia de los operadores económicos afectados, sino que debe contemplar además los efectos anticompetitivos en el mercado, la competencia y los consumidores.

Finalmente, no hemos encontrado algún caso en el que la autoridad de competencia haya tenido la oportunidad de analizar actos de competencia desleal con afectación al interés general y que verse sobre asuntos de propiedad industrial, tal vez, el caso más cercano es la ya comentada resolución de 15 de junio de 2017, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-005-2017, en el que el conglomerado NESTLÉ utilizó el logotipo del Ministerio de Salud en panfletos publicitarios dirigidos a profesionales en medicina⁵⁹⁶.

Si bien en dicho caso, la autoridad consideró probada la conducta de confusión, en ella no se discutieron asuntos de propiedad industrial como tal, sino el efecto que pudo tener la utilización de un logotipo público en los consumidores medios y finales.

V. Responsabilidad civil derivada de una conducta desleal

De conformidad con la estructura del presente trabajo de investigación a continuación se abordarán ciertas características comunes a todos los actos desleales en la LORCPM, los cuales se encuentran incluidos en los párrafos finales del artículo 25 de la mencionada Ley.

⁵⁹⁶ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/RESOLUCION-EXP-SCPM-CRPI-005-2017.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022), caso que además fue revisado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

En otro orden de ideas, el párrafo 4 del artículo 25 de la LORCPM se refiere a la responsabilidad civil derivada de la competencia desleal; en particular, la norma determina que las sanciones impuestas a los infractores de las disposiciones normativas de competencia desleal contenidas en la LORCPM no impiden el derecho de los afectados de iniciar las acciones que correspondan para la indemnización de daños y perjuicios o la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir posibles delitos⁵⁹⁷.

Dicha disposición guarda concordancia con el artículo 71 de la Ley⁵⁹⁸, que dispone que las personas que hubieren sufrido algún perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas en la LORCPM podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños que les correspondan conforme a las normas del Derecho común; disposiciones que consagran y viabilizan el derecho que tienen los competidores y consumidores para iniciar las acciones pertinentes orientadas a satisfacer sus intereses particulares producto de la existencia de actos de competencia desleal que contravengan la LORCPM.

En este sentido, el legislador al determinar las atribuciones específicas que tiene la autoridad de competencia ecuatoriana⁵⁹⁹ no incluyó la de resolver asuntos relativos a posibles indemnizaciones de daños y perjuicios, lo cual parece correcto en tanto que esta es una competencia privativa de la autoridad jurisdiccional.

Por lo que, nos encontramos ante un mecanismo de cierre en el cual, por una parte, la autoridad administrativa sanciona las conductas desleales en el marco de la LORCPM, y por otra, los particulares pueden iniciar las acciones civiles de reparación de daños y perjuicios que les correspondan ante las autoridades jurisdiccionales.

⁵⁹⁷ LORCPM, artículo 25.- (...) «Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.»

⁵⁹⁸ LORCPM, Art. 71.- «Responsabilidad civil. Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.»

⁵⁹⁹ Atribuciones que se encuentra consagradas en el artículo 36 de la LORCPM.

Sin embargo, cabe la duda de sí, para poder iniciar la acción de reclamación de daños y perjuicios resulta necesario en todos los casos contar previamente con un pronunciamiento de la autoridad de la competencia en el que se haya declarado la infracción de la Ley⁶⁰⁰.

En tal sentido, es importante anotar que la Ley no contiene una disposición que de forma expresa exija un necesario pronunciamiento previo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado respecto de la determinación la infracción a la LORCPM, como requisito de procedencia para el inicio de una acción de reparación de daños.

Esta situación ha generado controversia en la doctrina ecuatoriana⁶⁰¹, ya que, en consideración de la naturaleza antitrust de la LORCPM, esta situación se extrapola también a la reparación de otras conductas anticompetitivas en la Ley, como son las conductas de abuso de poder de mercado y acuerdos restrictivos de la competencia.

Sin ahondar en exceso en el problema jurídico señalado, la LORCPM parecería –aunque no de forma clara– exigir que, para la reclamación de daños y perjuicios en virtud de actos o conductas prohibidas en la Ley, es necesario contar previamente con una resolución sancionatoria emitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Esto se puede inferir del párrafo final del artículo 71 de la LORCPM que establece que la acción prescribirá: *«en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción»*.

Por lo que, la norma parece atar la prescripción del ejercicio de la acción de reparación de daños a la necesaria existencia de resolución sancionatoria, dado que, *«esta temporalidad solo tendría sentido si se acepta el sistema de acciones follow on, puesto que si existen acciones independientes (stand alone) no se necesitaría que la SCPM se pronuncie de forma previa»*⁶⁰².

Sin embargo y sin perjuicio de lo indicado, las dudas sobre el alcance del artículo 71 de la LORCPM, aparentemente parecerían resolverse mediante la aplicación

⁶⁰⁰ Lo que en la doctrina en derecho antitrust se conoce como acciones “follow on” y “stand alone”.

⁶⁰¹ POZO VINTIMILLA, P. “La reclamación de daños derivados de un cartel en Ecuador. Un sistema de contradicciones”, *Lawyersec magazine*, tercera edición, 2022, p. 76-78.

⁶⁰² *Ibidem*. p. 78.

del artículo 79 del Reglamento de la LORCPM, el cual dispone que los jueces que conozcan de la eventual reparación de daños producto de la infracción de la Ley, deberán fundamentar su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución de la autoridad respecto de los asuntos que hubieren sido de su conocimiento⁶⁰³.

De esta manera, el Reglamento intenta suplir a la Ley e impone una condición consistente en exigir que los jueces al resolver una posible reparación de daños se sujeten a los términos contenidos en una resolución administrativa sancionatoria previa; lo que constituye un candado para la autoridad jurisdiccional en el análisis que realice sobre el origen del daño.

No obstante, consideramos que ni la LORCPM ni su Reglamento contienen una prohibición expresa respecto del inicio de una acción de reparación de daños para los casos no resueltos previamente por la autoridad administrativa, pero dicha posibilidad nos parece remota dado que el juez en el caso concreto deberá sortear disposiciones normativas de carácter obligatorias que deben ser consideradas dentro del proceso judicial.

Como crítica debemos señalar que, que el Reglamento a la LORCPM –que constituye una norma de rango inferior a la Ley– impone requisitos de prejudicialidad o procedibilidad a los que se deban circunscribir las autoridades jurisdiccionales al momento de determinar la responsabilidad civil derivada de una conducta anticompetitiva; al respecto, cualquier límite normativo que se busque establecer, en el contexto indicado, debe corresponderse exclusivamente a rango de Ley, lo indicado tiene lugar en la medida que el requisito de prejudicialidad y o procedibilidad constituye un límite al derecho de la tutela judicial efectiva que tiene los administrados, debido a que en sí es una barrera normativa que impide que la autoridad jurisdiccional se vea impedida de resolver de forma directa la existencia de una conducta anticompetitiva que genere un daño particular.

⁶⁰³ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 79.- *«Responsabilidad civil.- El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido.»*

En Derecho comparado, limitaciones similares se encuentran en normas con rango de Ley, por ejemplo, en la Ley de Defensa de la Competencia española, Ley 15/2007, el artículo 75 establece que la conducta anticompetitiva se considera irrefutable cuando tiene lugar en el marco de una resolución en firme emitida por la autoridad administrativa o por sentencia judicial.

Además, la norma establece que en el «*ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia*» en lo que «*se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario*». Criterios de aplicación de la Ley

En tal virtud, nos parece que el Reglamento a la Ley se constituye como una limitación normativa de los particulares –operadores económicos– para acceder directamente a los órganos judiciales con la finalidad de hacer valer los intereses que en derecho le correspondan producto de un eventual perjuicio sufrido en el mercado, limitación que incluso podría vulnerar derechos constitucionales como el de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 75 de la Constitución, razón por la que el artículo 79 el Reglamento al generar una limitación de derechos constitucionales que no está contenida en la Ley, podría ser considerado como incompatible con la Constitución⁶⁰⁴ y ser objeto de una eventual acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, advertimos que mientras no exista un pronunciamiento por la autoridad competente respecto de la constitucionalidad o no de la norma señalada, ésta deberá ser cumplida y aplicada.

⁶⁰⁴ Respecto de las limitaciones de derechos constitucionales, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 33-20-IN/21 de 5 de mayo de 2021. (http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWkOidmYmYwYmFIOC02NTFiLTQ2YTAtODdmNy1jNGZkZWVhN2MxOTMucGRmJ30= consultada por última vez el 8 de junio de 2022) señaló:

La Corte Constitucional del Ecuador es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, de conformidad con el numeral 2, artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”), en concordancia con los artículos 3 numeral 2, literal d), y 74 al 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

Finalmente, más allá de las críticas que pueden tener lugar producto de la fórmula utilizada por el legislativo y ejecutivo en la configuración de la reparación de daños en el marco del Derecho de la competencia ecuatoriano, del análisis sistemático de la LORCPM y su Reglamento, es correcto afirmar que las personas y agentes afectados por conductas anticompetitivas, en el marco de la LORCPM podrán iniciar las acciones que le correspondan para la reparación privada de sus intereses producto de las conductas anticompetitivas contenidas en la Ley; y, sin perjuicio de las dudas en la aplicación de acciones «*stand alone*», la norma reconoce las acciones «*follow on*» las cuales de por sí, reportan ciertas ventajas para los administrados⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ Como la facilidad de la carga probatoria de la infracción.

CAPITULO CUARTO. - HACIA UNA LA CLÁUSULA GENERAL CONTRA COMPETENCIA DESLEAL

I. Introducción, II. Necesidad de una cláusula general contra la competencia desleal en Ecuador, III. Proyecto de ley de competencia desleal enviado POR la Superintendencia se Control del Poder de Mercado, 1. Estructura del proyecto normativo, 2.- Ámbito de aplicación, 3. Cláusula general contra la competencia desleal, 4. Mecanismo de represión de conductas desleales, A. Aparente distanciamiento del sistema unitario de competencia, B. Deficiencias detectadas en el mecanismo de represión de la competencia desleal, 5. Otros aspectos positivos y negativos, 6. Reflexiones finales, IV. El sistema de represión de la competencia desleal desde el marco constitucional ecuatoriano, 1. Modelo de represión privada de la competencia desleal, 2. Modelo represión pública de la competencia desleal, A. Represión pública de la competencia desleal en Perú, B. Valoración del sistema peruano a la luz del derecho constitucional ecuatoriano, C. Represión pública de la competencia desleal de los actos de competencia desleal dirigidos a consumidores, D. (sigue) el caso de Gran Bretaña E Italia, V. Propuesta de una ley de competencia desleal, 1.- Cláusula general en la nueva ley de competencia desleal, 2. Propuesta de un sistema mixto de represión de competencia desleal.

I. Introducción

Una vez realizado un profundo análisis de la regulación la competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como de los principales precedentes administrativos y judiciales de la materia, en el presente capítulo condensaremos las principales características de la actual regulación y se planteará la pertinencia de incorporar una cláusula general contra la competencia desleal en el contexto de una

reforma legal de la normativa vigente, que pueda ser efectiva en su aplicación para todos los supuestos de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado.

En este sentido, consideramos que la cláusula general de prohibición de la competencia desleal únicamente puede resultar realmente efectiva si el ámbito de aplicación de la Ley no está restringido a supuestos específicos o si no se encuentran requisitos en su configuración que resulten innecesarios.

En este contexto, analizaremos el Proyecto de Ley de Competencia Desleal presentado por la Superintendencia a la Asamblea Nacional, el 20 de enero de 2022 y revisaremos la posible aplicación de la cláusula general a los distintos supuestos de actos de competencia desleal que puedan tener en el mercado.

Al respecto, no debemos olvidar que el Derecho de Competencia Desleal busca proteger lo que la doctrina ha definido como triada de intereses en el que se incluyen los intereses de los competidores, los consumidores y del mercado, por lo que en el presente capítulo se pondrá sobre la mesa la discusión respecto de cuál debe ser el mecanismo idóneo para una correcta represión de la competencia desleal en el marco de la Constitución ecuatoriana.

En este sentido, desde ya advertimos que tanto los sistemas de represión pública como privada de la competencia desleal vislumbran fortalezas, pero también conllevan inherentes desventajas, por lo que la proposición de su incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano deberá buscar un sistema que maximice la ventaja del sistema propuesto y minimice sus aspectos negativos.

Para ello, en el presente capítulo se revisan distintas experiencias internacionales de regulación de la competencia desleal y se propone el sistema que, a nuestro criterio, permitiría alcanzar eficientes mecanismos de represión legal contra los distintos actos de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado, con la finalidad de conseguir una adecuada protección de los intereses en la Ley que guarde armonía con la Constitución de Ecuador.

II. Necesidad de una cláusula general contra la competencia desleal en Ecuador

El presente trabajo ha puesto en evidencia que la legislación ecuatoriana no cuenta una efectiva cláusula general contra la competencia desleal en primer lugar porque las figuras de responsabilidad extracontractual y el abuso de derecho en ámbito civil no ofrecen un mecanismo jurídico adecuado de protección contra todos los supuestos de actos desleales que tengan lugar en el mercado; así como por exigir para su concreción la concurrencia de elementos subjetivos como son el dolo o la culpa.

Desde la perspectiva del CUP y ADPIC, como normas de regulación de la competencia desleal, su activación está reservada únicamente para la protección de operadores extranjeros, por lo que la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 10 bis del CUP no es aplicable a los supuestos de actos desleales en los que intervengan únicamente operadores económicos nacionales.

Por otra parte, las normas de propiedad intelectual e industrial, si bien tienen importantes puntos de conexión con la competencia desleal, mantiene un objeto jurídico diferenciado, esto es la protección de los intereses particulares en la explotación exclusiva de derechos industriales, como pueden ser marcas, patentes, obtenciones vegetales, entre otros.

Por el contrario, el Derecho de competencia desleal tiene como objetivo mantener el orden concurrencial saneado, es decir, debe ser entendido como «*un instrumento de ordenación de conductas en el mercado*» cuya activación no está reservada únicamente a asuntos relacionados con el Derecho intelectual – industrial. En este sentido, por su naturaleza y ámbito de aplicación, las normas de regulación de derechos industriales aplicables en el Ecuador, como son el Código de Ingenios o la Decisión 486 no ofrecen una efectiva cláusula general contra la competencia desleal.

De igual manera, las normas de protección de derechos de los consumidores tienen un objeto jurídico diferenciado al de la regulación de la competencia desleal, por lo que su aplicación se encuentra limitada por su propio ámbito de aplicación, así como por no estar diseñada para regular la relación de competencia entre operadores del mercado.

Finalmente, las normas de Derecho antitrust o de defensa de la competencia, si bien son normas de regulación concurrencial, por regla general su aplicación está limitada para aquellos casos en los que la conducta anticompetitiva genere efectos significativos en el mercado, lo que en el caso ecuatoriano, en la actual LORCPM, incluye a las normas regulación de la competencia desleal.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador incluye entre sus objetivos de la política económica la productividad y competitividad sistémicas en el mercado, así como la necesidad de propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes⁶⁰⁶.

A fin de alcanzar dichos objetivos, la Constitución determina que es obligación del Estado establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, el abuso de posición de dominio en el mercado y «*otras prácticas de competencia desleal*»⁶⁰⁷.

Sin embargo, parece evidente que el hecho que la regulación de la competencia desleal en la legislación ecuatoriana se encuentre regulada principalmente en una norma de defensa de la competencia genera varios problemas y desafíos en su aplicación, prueba de ello son las distintas interpretaciones de la Ley adoptadas por la autoridad en los casos que han sido objeto de su conocimiento en el transcurso del tiempo.

Sin intención de ser redundantes, la LORCPM es una norma de defensa de la competencia que contiene un procedimiento común para todas las infracciones contenidas en la Ley, incluye sanciones comunes –o similares– para las distintas conductas anticompetitivas y exige los mismos requisitos legales para su configuración –lógicamente salvando la naturaleza jurídica propia de cada tipo de conducta anticompetitiva–, esto es, la necesaria determinación de un mercado relevante para cada caso que sea de conocimiento de la autoridad de competencia.

En tal razón, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha considerado que el artículo 5 de la LORCPM en concordancia con el artículo 26 eleva

⁶⁰⁶ Art. 284 de la Constitución de Ecuador.

⁶⁰⁷ Art. 335 de la Constitución de Ecuador.

el ilícito desleal al rango de Derecho antitrust, al requerir necesariamente que como consecuencia de la conducta anticompetitiva se falseen o se puedan falsear los intereses protegidos –régimen de competencia, eficiencia económica, bienestar general o derechos de los consumidores– en el mercado relevante previamente determinado por la autoridad.

Incluso, al considerar una interpretación alternativa en la que la determinación del mercado relevante sea considerado como una «*simple*» formalidad legal y que ésta no «*cualifica*» el falseamiento de la competencia por actos desleales, resulta evidente la dificultad práctica –por no decir imposibilidad– que ocasiona en la autoridad administrativa que, al conocer supuestos actos de competencia desleal –incluso aquellos que responden a intereses privados o corporativos de los competidores–, se vea obligada legalmente a asignar recursos tanto humanos, económicos como de tiempo para su eventual prohibición y sanción.

Al respecto debemos agregar que una de las mayores dificultades que tiene la autoridad al iniciar investigaciones por conductas desleales se encuentra en lograr una correcta determinación del mercado relevante en el que participan los operadores económicos y en que tiene lugar la conducta anticompetitiva.

Esto es porque la autoridad de competencia –para la determinación del mercado– requiere de un volumen importante de información de agentes y operadores de comercio, tanto privados como públicos, que permitan a la autoridad valorar, entre otros aspectos, la sustituibilidad de producto desde la demanda y la oferta, realizar un eventual análisis de correlación de precios, verificar la existencia de barreras de entrada, entre otros análisis econométricos⁶⁰⁸, que le permitan valorar la situación real del mercado y la incidencia de la conducta en el mismo.

⁶⁰⁸ En la Resolución No. 11 dictada por la Junta de Regulación fueron expedidos «*los métodos de determinación de mercados relevantes*». En dicha resolución se establece que la autoridad deberá utilizar herramientas como «*la prueba del monopolista hipotético o SSNIP*»; análisis de la elasticidad del precio de la demanda; de correlación de precios; prueba de sustitución de la oferta o SSS; en cuanto a la delimitación del mercado geográfico, la autoridad de competencia debe utilizar la prueba Elzinga - Hogarty; prueba de costos de transporte y la prueba de isócronos, entre otras pruebas posibles. Lo que dificulta una posible interpretación del artículo 5 de la LORCPM como una simple formalidad.

Para ejemplificar lo indicado, nos referiremos a dos casos puntuales en los cuales se evidencia la dificultad que comporta la determinación de mercados relevantes dentro de investigaciones en el marco de prácticas desleales.

En primer lugar, nos referiremos al expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019, que en su etapa de investigación formal fue seguido contra nueve empresas farmacéuticas que habrían incurrido en la violación de la cláusula general contra la competencia desleal y en actos de violación de normas, por la venta de ciertos medicamentos a un precio mayor al máximo permitido –precio techo– por el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano⁶⁰⁹.

Conforme se desprende de la resolución dictada el 14 de diciembre de 2021 por la INICPD, habrían sido 13 medicamentos los que habrían finalmente incumplido el precio de techo fijado por el Estado, por lo que, de conformidad con el artículo 5 de la LORCPM, la Superintendencia procedió a analizar cada uno de los 13 mercados relevantes correspondientes a cada medicamento.

En la especie, la autoridad de competencia se vio abocada a determinar si los medicamentos objeto de estudio eran de venta libre o requerían receta médica, porque dependiendo de este factor cambia la determinación del mercado relevante⁶¹⁰, el nivel

⁶⁰⁹ En efecto, de conformidad con el Reglamento para la Fijación de Precio de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, el Estado a través del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano tiene la potestad para fijar un precio techo a ciertos medicamentos, que, por su sensibilidad en el mercado o en protección de los consumidores ha resuelto la fijación directa de un precio máximo para su expendio.

⁶¹⁰ En relación con la determinación del consumidor, ya que en los casos que se requiere receta médica, el propio médico ocupa el lugar de consumidor intermedio. Vid. FAUS SANTASUSANA, J., y MARQUÈS L., “Ofertas a Hospitales ante la aparición de genéricos o biosimilares y la definición de mercado relevante. Resolución de la CNMC en el asunto Abbvie-Amgen”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, número 93, 2021, p. 187:

«A efectos de aplicar la normativa de defensa de la competencia en el ámbito de los medicamentos de prescripción financiados por los sistemas públicos de salud, tendría poco sentido considerar “consumidor” al paciente, quien siendo el verdadero consumidor del fármaco, ni lo elige (decisión que corresponde al prescriptor y que también puede corresponder al farmacéutico dispensador en el caso de productos sustituibles e intercambiables) ni lo compra o paga (decisión que corresponde a la entidad pública gestora de la prestación farmacéutica).»

de ATC –la autoridad utilizó el nivel 3 (ATC3)⁶¹¹– y el efecto terapéutico de cada uno de los medicamentos objeto de investigación.

Al respecto, ninguno de los medicamentos objeto de la investigación mantenían una relación de competencia entre sí, por lo que el análisis de los mercados relevantes que realizó la autoridad tuvo que tener en cuenta las características particulares de cada uno ellos en mercados claramente diferenciados

A fin de ilustrar lo indicado, y con referencia a la resolución de archivo nos referiremos por ejemplo, al fármaco GENTAMAX que sirve para infecciones primarias de la piel; otro medicamento investigado era COPIN que es un antiemético y es utilizado para controlar las náuseas y vómito; de igual manera el medicamento ESTERMAX para el tratamiento de vaginitis atrófica y uretritis atrófica posmenopáusica; KINEX TABLETAS 2MG indicado en la prevención y corrección de los síntomas extrapiramidales inducidos por neurolépticos (parkinsonismo medicamentoso); o, GEMBIO para el tratamiento de cáncer de pulmón de células no pequeñas inoperables, entre otros.

Como puede observarse, los medicamentos señalados participan en mercados distintos y en los que existían diferentes sustitutos posibles, en este sentido, la autoridad en su expediente de investigación debió considerar características tales como la cuota de mercado de cada participante, los sustitutos terapéuticos, cantidad de participantes en cada mercado relevante, volumen de ventas, barreras de entradas, entre otros.

En este sentido, resulta evidente cómo la Superintendencia debió destinar una gran cantidad de recursos –humanos, tiempo, requerimientos de información, entre otros– para lograr una correcta determinación de cada mercado relevante.

Situación que evidentemente dificultó la investigación de la autoridad administrativa y que nos permite demostrar la práctica imposibilidad de interpretar la obligatoria determinación del mercado relevante contenida en el artículo 5 de la LORCPM como una simple «*formalidad*» legal descontextualizada como elemento de calificación de los efectos anticompetitivos de las conductas desleales.

⁶¹¹ Es aquel en que se agrupan los medicamentos por sus propiedades terapéuticas, identificando aquéllos destinados a curar las mismas enfermedades. Ibidem, pp. 187, 188.

El presente caso nos permite comparar los resultados de investigación de llevada por la Superintendencia con los resultados obtenidos por autoridades administrativas públicas de otros Estados al conocer causas similares, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en Colombia por incumplimiento en la venta de medicamentos sobre el precio máximo determinado por la autoridad competente, aunque por aplicación de la normativa de protección a los consumidores⁶¹².

Por otra parte, otro ejemplo reciente, lo encontramos en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018, que inició por quejas realizadas por diferentes usuarios del sistema financiero contra sus respectivos bancos, ya que sin su autorización habrían sufrido débitos no autorizados en sus respectivas cuentas de ahorros y corrientes por conceptos de seguros de vida, accidentes, asistencia mecánica, asistencia domiciliaria, entre otros.

En este caso, dentro de la etapa de investigación preliminar, la autoridad administrativa se vio obligada a realizar un análisis preliminar de los mercados relevantes en los que participaban los bancos y entidades financieras, así como empresas de seguros, asistencia mecánica automotriz, remolques y asistencias vehiculares entre otros.

Adicionalmente, en el caso objeto de análisis, la autoridad de competencia excluyó de la investigación a las entidades financieras, debido a que éstas no operaban en el mercado de servicios no financieros y procedió a definir dos mercados relevantes: *«1) seguros, por sus ramos y 2) asistencia o programas asistenciales, sin identificar sustitutos adicionales a los servicios similares analizados en la presente investigación»*.

⁶¹² Si bien, las investigaciones y sanciones emitidas por la SIC derivan de facultades contenidas en otras normas ajenas a la Ley 256 Competencia Desleal (Publicada en el Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996) de, resulta evidente que sus actuaciones tienen un efecto de corrección económica en el mercado que han resultado ser mucho más eficaces Vid. <https://www.sic.gov.co/MULTAS-POR-VENTA-DE-MEDICAMENTOS-EXCEDEN>, (consultada por última vez el 8 de junio de 2022). *«En el caso de PFIZER S.A.S., se le impuso una sanción, en primera instancia, por la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL SEICIENTOS PESOS (\$82.811.600 o 100 SMLV), por incumplir la Circular 04 de 2012 emitida por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos mediante la cual estableció precios máximos de venta para algunos medicamentos que se comercializan en el país»*.

Ahora bien, en relación con el seguro por ramos, la Superintendencia procedió a analizar los mercados relevantes y para su correcta determinación los clasificó en seguros de personas y seguros de daños, dentro de la primera clasificación a su vez analizó el mercado de seguro de vida: individual, colectiva, así como el seguro de asistencia médica, accidentes personales. Por otra parte, en cuanto al seguro de daños lo dividió en seguros de incendio y líneas aliadas, riesgos catastróficos, lucro cesante a consecuencia de incendio y líneas aliadas, lucro cesante a consecuencia de riesgos catastróficos y vehículos⁶¹³.

En otras palabras, la autoridad de competencia analizó distintos mercados y submercados, y en cada uno de ellos estudió su estructura, grado de concentración, barreras de entrada, regulación, cuotas de participación, entre otras características, análisis que fue realizado también en el mercado «*asistencia o programas asistenciales*», lo que nos parece un esfuerzo titánico por parte de la autoridad administrativa.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la determinación del mercado relevante normalmente no es requerido en la represión de la competencia desleal, sin perjuicio de aquellas conductas desleales que por su propia naturaleza y en circunstancias especiales afectan al mercado y requieren de un efecto distorsionador para su configuración, como pueden ser el boicot y la discriminación⁶¹⁴ o los casos de abuso de dependencia⁶¹⁵ económica.

En este sentido, resaltamos que la exigencia en la determinación de un mercado relevante, entendido como simple formalidad para aquellos casos de competencia desleal que según esta interpretación no «*lo requieren para su configuración*», conlleva una carga de trabajo «*innecesaria*» que imposibilitaría a la administración ser eficiente y eficaz en la represión de las conductas revestidas de deslealtad.

⁶¹³ Resolución de 12 de marzo de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018, p. 43. (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/07/SCPM-IGT-INICPD-021-2018.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁶¹⁴ Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., pp. 130 y 131.

⁶¹⁵ FONT GALÁN J. MIRANDA SERRANO L., “Competencia Desleal y Antitrust...”, op. cit., p. 18. Por otra parte, significativo resulta que el abuso de dependencia económica en el caso de la LORCPM sea considerado como un acto de abuso de poder de mercado por estar en el epígrafe de la Ley que regula dicha conducta anticompetitiva.

De ahí que no sorprende que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mayoritariamente, haya adoptado una interpretación de aplicación de la regulación de la competencia desleal con sustento en los efectos anticompetitivos en el mercado y con un parámetro de graduación o cualificación que permitan, conforme la naturaleza jurídica de la Ley, resolver aquellos casos en los que exista un falseamiento al «orden público económico» o significativo en el mercado, en consideración, además, de las propias normas que regulan las conductas de competencia desleal en la LORCPM.

Una posición contraria, en nuestro criterio, conllevaría a una imposibilidad fáctica del órgano investigador, que con recursos limitados –tanto en personal, económico y de tiempo– para poder conocer de la totalidad de casos de competencia desleal posibles en el mercado y realizar el ejercicio en cada uno de ellos de determinar adecuadamente el mercado relevante, lo que a nuestro criterio vuelve imperativa la necesidad de una reforma a la Ley.

Por lo anotado, consideramos que la LORCPM no ofrece una real cláusula general contra la competencia desleal efectiva para todos los casos posibles, en primer lugar, por considerar a la competencia desleal como un ilícito antitrust y, en segundo lugar, porque aunque se quiera intentar una visión alternativa de la regulación de la competencia desleal en la Ley, ésta falla por la propia configuración e la norma –determinación de mercados relevantes– y su difícil e ineficiente aplicación práctica.

En este orden de ideas podemos afirmar que la cláusula general de competencia desleal en la LORCPM, desde un punto de vista técnico, es una norma sustantiva y de peligro, sin embargo, la aplicabilidad general para todas las conductas que revistan de deslealtad en el mercado se encuentra limitada por la propia naturaleza antitrust de la LORCPM, es decir, su aplicación a un caso concreto está reservada para aquellos actos desleales que falseen o puedan falsear de manera significativa el mercado, los que son solo una fracción del gran total de casos posibles en el mercado.

En otras palabras, la cláusula general en la LORCPM no tiene un alcance general real, por lo que para la represión de actos de competencia desleal que no tienen un efecto distorsionador significativo en el mercado es necesario remitirnos a otras normas del

ordenamiento jurídico ecuatoriano, que de forma directa o indirecta permitan reprimir los actos de competencia desleal⁶¹⁶, o en su defecto habiliten la posibilidad de eventualmente reclamar daños y perjuicios.

Al respecto, en el primer capítulo del presente trabajo destacamos que las demás normas que resultan aplicable para la regulación de la competencia desleal en Ecuador se encuentran dispersas y no ofrecen un efectivo sistema legal de protección; así también, la competencia desleal derivada de una relación civil extracontractual o por aplicación del abuso de derecho, genera una acción ordinaria que tiene la finalidad de reparar un posible daño, pero no contemplan directamente otras acciones posibles como son la cesación de la conducta, remoción de los efectos o la rectificación de la información y, en menor medida, una posible acción de medidas cautelares, al ser esta inexistente en la Ley.

Por otra parte, si bien el SENADI, por aplicación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y la Decisión 486 de la CAN, tiene la facultad para conocer asuntos de competencia desleal, sus atribuciones se encuentran limitadas únicamente para aquellos asuntos en los que se discutan cuestiones relativas a propiedad intelectual - industrial entre pares sin que medie una afectación al interés general, por lo que sus competencias se encuentran claramente limitadas.

Finalmente, las normas de defensa y protección del consumidor si bien contienen prohibiciones expresas para los agentes de comercio, su ámbito de aplicación es diferente y no reemplazan ni pretenden suplir las normas de represión de la competencia desleal.

Por lo que, de la exhaustiva revisión de las normas que componen el ordenamiento jurídico ecuatoriano, nos parece que el sistema actual de regulación de la competencia desleal no contiene los elementos necesarios para una correcta represión de la figura que resulte plenamente efectiva para todos los supuestos de conductas desleales posibles en el mercado.

⁶¹⁶ Como son normas civiles o de propiedad intelectual.

En este sentido, podemos concluir que el Derecho de la competencia en el Ecuador es un derecho imperfecto, que no contiene la regulación adecuada para alcanzar una plena prohibición y sanción de las distintas conductas desleal que pueden tener lugar en el mercado.

Lo que, a nuestro criterio, justifica la necesidad de reformar el régimen de competencia del Ecuador; sin embargo, hemos de notar que ésta deberá tener lugar en consideración necesariamente del marco constitucional ecuatoriano.

En este orden de ideas, en el mes de enero de 2022⁶¹⁷, la Superintendencia remitió a la Asamblea Nacional un proyecto de Ley de Competencia Desleal, el que desde ya advertimos, tiene varias luces y sombras que será objeto de análisis, en rasgos generales, en el siguiente epígrafe.

III. Proyecto de Ley de competencia desleal enviado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

La Superintendencia remitió a la Asamblea Nacional el “Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal”⁶¹⁸ (en adelante Proyecto de Ley), que tiene como su origen parcial en las recomendaciones realizadas en el examen Inter-Pares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID en su evaluación⁶¹⁹:

«De manera alternativa, Ecuador debería considerar si es práctico confiar la revisión de los casos de competencia desleal, independientemente de que el autor tenga o no poder de mercado, a una agencia separada. En cuyo caso, Ecuador debería considerar si elimina la competencia desleal de la LORCPM. Estos cambios permitirían a la Superintendencia enfocarse en su función central, el

⁶¹⁷ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁶¹⁸ Proyecto de Ley de Competencia Desleal <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/proyectedeleydecompetenciadeslealEcuador-10-enero-2022.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁶¹⁹ Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador, 2021, p. 156.

cumplimiento y la promoción de competencia y evitar posibles malentendidos en relación con los diferentes objetivos que persigue la ley de competencia, por un lado, y la ley de competencia desleal, por el otro.»

Es importante recalcar que la iniciativa de la Autoridad ecuatoriana de competencia actualmente es «*solo*» un proyecto normativo, que puede ser, o no, considerado por el poder legislativo para su discusión y eventual expedición en el corto o mediano plazo.

Sin perjuicio de ello, en virtud de haber sido propuesto por la Superintendencia –en calidad de autoridad ecuatoriana de competencia– a continuación, en lo pertinente revisaremos su contenido y destacaremos sus principales virtudes y defectos.

1. Estructura del proyecto normativo

Desde una perspectiva general el proyecto se encuentra compuesto por dos títulos, seis capítulos, ochenta y cuatro⁶²⁰ artículos y diez disposiciones adicionales entre generales, transitorias, reformatorias y derogatorias.

El primer título del proyecto agrupa ciertas disposiciones generales, en el cual integra la finalidad de la Ley. El título segundo comprende la tipificación de los actos de competencia desleal, entre los que se incluye: a) disposiciones relacionadas con la publicidad y promociones; b) la determinación de la autoridad de aplicación en instancia administrativa y judicial para los casos en que se traten conductas desleales; c) el procedimiento administrativo y sus recursos; d) de las acciones judiciales; y, finalmente, e) otras disposiciones generales.

⁶²⁰ De una revisión preliminar del proyecto éste cuenta con 83 artículo, sin embargo, existe un error en la numeración de sus artículos, por lo que da un total de 84.

2.- Ámbito de aplicación

Respecto del ámbito objetivo y ámbito subjetivo⁶²¹ del proyecto normativo resulta evidente la influencia de la Ley 3/1991 española en tanto que la redacción es muy similar y en algunos apartados es igual⁶²².

Resaltamos que el Proyecto de Ley –en su ámbito de objetivo⁶²³– exige que las actuaciones potencialmente desleales deberán tener lugar en el mercado y exige que medie una finalidad concurrencial del agente operador económico responsable, requisito que actualmente es inexistente en la actual LORCPM⁶²⁴.

Al respecto, la propuesta de su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano es relevante porque proporcionaría seguridad jurídica en el mercado y sus participantes al evitar que pudieran ser objeto de un eventual enjuiciamiento por conductas desleales ciertas actuaciones que tengan, por ejemplo, una «*finalidad ideológica, política y religiosa, con independencia de que los mismos puedan implicar un contenido económico*»⁶²⁵.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 2, del proyecto de Ley dispone: «*Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el*

⁶²¹ Contenidos en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley.

⁶²² Similar situación tiene lugar en la tipificación de las conductas desleales.

⁶²³ Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal:

«Artículo 2.- Ámbito objetivo.- Los comportamientos, prácticas, acciones u omisiones, previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones, bienes o servicios, propias o de un tercero.

La Ley será de aplicación a cualquier acto de competencia desleal realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse o no.»

⁶²⁴ Conforme fue abordado en el segundo capítulo del presente trabajo.

⁶²⁵ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Artículo primero. Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal” en VV.AA., *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*, LEMA DEVESA, C. (dirs.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 46. El autor pone como ejemplo que caso “póntelo, pónselo” que es profundamente analizado por TATO PLAZA, A “La publicidad de productos anticonceptivos: el caso «Póntelo, pónselo» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 3, 1993, p. 898-905.

mercado de las prestaciones, bienes o servicios, propias o de un tercero», es decir, el proyecto normativo adopta un parámetro objetivo al analizar la finalidad concurrencial del agente de mercado.

Ello, en conjunción con la configuración de la cláusula general contra la competencia desleal también desde una visión objetiva, permitiría que las autoridades judiciales o administrativas puedan abandonar definitivamente consideraciones subjetivas como el dolo o la culpa al conocer casos de competencia desleal.

En adición los artículos 3 y 4 del Proyecto de Ley establecen el ámbito y criterio para su aplicación, en primer lugar, resaltamos que el Proyecto de Ley establece su ámbito territorial, el cual es el territorio del Ecuador, es decir, la Ley de Competencia Desleal será aplicable a cualquier conducta que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio ecuatoriano⁶²⁶, en este sentido, el proyecto normativo busca otorgar un marco legal de protección al mercado nacional independientemente del lugar donde se haya llevado a cabo el comportamiento anticompetitivo.

Para ello, la Superintendencia, como proponente del Proyecto de Ley, aboga por la incorporación del principio de la primacía de realidad de las actuaciones que tienen lugar en el mercado, es decir que, para la calificación de una conducta como desleal deberá atenderse siempre a las *«situaciones, relaciones y efectos que potencial o efectivamente»* produzca en el mercado⁶²⁷.

⁶²⁶ En relación con la Legislación española Vid. MARCO COS, J., “Ámbito territorial”, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, en VV. AA, MARTÍNEZ SANZ, F., (dirs), Tecnos, 2009, pp. 55, 56. *«x La solución es acorde con la finalidad perseguida por la legislación represora de la competencia desleal. Si se pretende la salvaguardia de la limpia concurrencia en el mercado y, obviamente, dicha finalidad ha de proyectarse sobre el mercado nacional, el aspecto básico a tener en cuenta y, a su vez, determinante de la LCD habrá de ser naturalmente el atinente a los efectos perturbadores de la concurrencia y, más concretamente, al lugar en que se hayan producido los mismo».*

⁶²⁷ Principio que se encuentra también en la actual LORCPM: «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. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.»* también se encuentra en el derecho comparado, en particular en el Decreto Legislativo o N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal: «Artículo 5.- *Primacía de la realidad.- La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes*

Por su parte, el artículo 5 del Proyecto de Ley goza de especial relevancia ya que busca enmendar algunas de las principales deficiencias de la actual LORCPM. Por lo que, para su correcto análisis procederemos, en primer lugar, a citar integralmente el artículo indicado y posteriormente, comentaremos su regulación.

«Artículo 5.- Concurrencia de figuras. Un acto desleal podrá ser calificado como **de competencia desleal y será sancionado conforme a las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas.**

En los casos en que exista un acto de **competencia desleal agravado, sin perjuicio de las acciones particulares a las que haya lugar en aplicación de esta ley, se podrá iniciar las acciones administrativas correspondientes ante la Superintendencia de Competencia Económica.** Para efectos de esta ley, se entiende por acto de competencia desleal agravada, **aquel que por su gravedad y magnitud no solo afecta los derechos particulares de los operadores económicos del mercado, sino además los intereses de orden público y la libre competencia.»** (Énfasis añadido)

En relación con el primer párrafo del artículo 5 del proyecto, destacaremos la propuesta de la Superintendencia para «enmendar» el error en que incurre la actual LORCPM al establecer la no duplicidad de sanciones⁶²⁸.

Al respecto, la idea que subyace en la incorporación de dicha disposición en el Proyecto de Ley consiste en que los actos de competencia desleal deben ser objeto de sanción de forma independiente de otras sanciones posibles que puedan tener lugar por aplicación de otras normas que regulen los mismos actos o hechos, como son, por ejemplo, las infracciones contenidas en normas de protección de consumidores, de regulación laboral, tributaria, ambiental, entre otras⁶²⁹.

no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos».

⁶²⁸ Artículo 25 de la actual LORCPM (...) «Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia».

⁶²⁹ Como señalamos en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, la LORCPM actualmente dispone que solo tendrán lugar las sanciones contenidas en la Ley en aquellos casos en los

En este sentido, la indicada disposición adquiere una especial relevancia en la medida que la sanción correspondiente a la eventual infracción a la Ley tiene lugar por el falseamiento al régimen de competencia u orden concurrencial, sin perjuicio que por los mismos hechos, las autoridades puedan imponer otras sanciones en el ámbito de sus competencias.

De este modo, la disposición normativa cumpliría con la función de limitar a los operadores económicos que aleguen una mal entendida⁶³⁰ infracción al principio *non bis in idem*, en aquellos casos en que un mismo hecho hubiera sido sancionado por una autoridad administrativa –en el ámbito de sus competencias, laborales o de protección de consumidores– y que además se constituya como un acto de competencia desleal.

Un error de comprensión del principio *non bis in idem*, que se encuentra presente en el actual artículo 25 de la LORCPM y que como ya ha sido indicado, es perfectamente posible que puedan coexistir dos resoluciones sancionatorias emitidas por autoridades diferentes respecto de los mismos hechos –uno en ámbito de Derecho de la competencia desleal y otro conforme el ámbito de aplicación de la correspondiente norma– en tanto que éstas no tendrían identidad de persecución por cuanto los bienes jurídicos protegidos devienen de la aplicación de distintas normas –y el falsear sus respectivos intereses protegidos–, así como, tampoco gozaría de identidad de materia, al actuar cada autoridad en el marco respectivo de sus competencias⁶³¹.

que la infracción no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal.

⁶³⁰ De conformidad con el análisis realizado en el segundo capítulo del presente trabajo

⁶³¹ El principio *non bis in idem* pueda ser invocado como una vulneración al derecho a la defensa y seguridad jurídica debe existir una identidad de sujeto, hecho, motivo de persecución y materia. Como ya ha sido indicado la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 1638-13-EP/19, párrafos 28 y 30 expresó:

«... El principio *non bis in idem* consiste en la garantía que veda la doble sanción y/o el doble juzgamiento; es decir, tanto la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho como la exposición del riesgo de que aquello ocurra mediante el sometimiento a un nuevo proceso judicial. En este sentido, varios instrumentos internacionales consagran este principio que en esencia prohíbe la existencia de múltiples consideraciones o valoraciones jurídicas sobre un mismo hecho. (...) para que el principio *non bis in idem* sea invocado como una garantía del debido proceso, es necesario que exista una resolución proveniente de una causa iniciada en un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos: identidad de sujeto, identidad de hecho, identidad de motivo de persecución y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia.»

Por las consideraciones anotadas el precepto jurídico nos parece adecuado porque, además de respetar el marco constitucional vigente, busca evitar que conductas de reproche desleal queden impunes de la aplicación de la Ley propuesta.

En otro orden de ideas, uno de los principales problemas que aqueja a la actual regulación de la competencia desleal en la LORCPM es la dificultad para la represión de los actos de competencia desleal que no generan un efecto distorsionador significativo en el mercado. Situación que el Proyecto de Ley busca solucionar mediante la división de las competencias para conocer y resolver asuntos en la materia tanto por órganos administrativos como judiciales.

3. Cláusula general contra la competencia desleal

Para el correcto análisis de la cláusula general contenida en el proyecto normativo, procederemos a citar los artículos 6 y 7 de la norma propuesta:

«Artículo 6.- Prohibición General.- Están prohibidos todo acto (Sic) de competencia desleal cualquiera que sea la forma que adopte, el medio a través del cual se realice y el mercado en el que tenga lugar.

No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo ser este actual o potencial.

Artículo 7.- Cláusula General.- Se reputa desleal todo acto o comportamiento que objetivamente sea contrario a la buena fe.»

Por lo indicado, conforme el Proyecto de Ley se entienden como prohibidas todos los actos objetivamente contrarios a la buena fe que tengan lugar en el mercado⁶³².

⁶³² Cabe indicar que la estructura de los artículos en los artículos 6 y 7 del Proyecto de Ley, resulta similar a Ley de Represión de la Competencia Desleal del Perú que en el artículo 6 del Decreto Legislativo que aprueba la Decreto Legislativo N°. 1044, establece:

«Artículo 6.- Cláusula general.- 6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.»

En efecto, dicha disposición limita el ámbito de prohibición de las conductas desleales en el Proyecto de Ley y fija el mercado como la esfera en que las autoridades administrativas y judiciales pueden ejercer sus facultades de acción.

Además, el artículo 6 del proyecto normativo prohíbe toda conducta desleal, sin importar las formas utilizadas o los medios en que se realice, por lo que además despeja cualquier tipo de duda que pueda existir respecto de la prohibición de los actos desleales con relación de la naturaleza contractual o extracontractual del acto antijurídico, lo que se ve confirmado por el último párrafo del artículo 2 del Proyecto de Reglamento.

Ahora bien, el principal elemento para destacar del Proyecto de Ley consiste en que la cláusula general contra la competencia desleal abandona la estructura compuesta por valores usos y costumbres en el ámbito comercial⁶³³, que como ya ha sido indicado históricamente responden al modelo corporativo de regulación de competencia desleal y adopta un criterio objetivo contrario al de buena fe.

En este sentido, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como entidad promotora de la propuesta normativa, entiende que la protección que debe otorgar una efectiva cláusula general contra la competencia desleal necesariamente involucra a los competidores, los consumidores y al saneamiento del propio mercado⁶³⁴; lo que se ajusta además a la función social que tiene la regulación de la competencia desleal en la Ley.

De esta manera, la regulación propuesta al liberarse de la concepción de la competencia desleal desde una visión moral o anclada en las buenas costumbres *«permite que la antijuricidad del acto resida en la vulneración de las normas de conducta emanadas del principio de buena fe, como límite funcional al derecho a*

⁶³³ Sin perjuicio que dicho análisis debe ser realizado en el contexto del marco constitucional ecuatoriano por lo que la interpretación de dicha norma deberá tener lugar en observancia de los intereses protegidos en ella.

⁶³⁴ Entendiendo a los actos de competencia desleal como ilícitos institucionales que infringe los límites de la competencia Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La competencia desleal...”, op. cit., pp 136-140.

desarrollar libremente una actividad económica en el mercado»⁶³⁵ de conformidad con el artículo 66.15 de la Constitución Ecuatoriana.

La propuesta de cláusula general contra la competencia desleal contenida en el Proyecto de Ley nos parece positiva debido a que equipara la regulación de la materia a estándares internacionales y elimina del análisis de la conducta consideraciones de carácter subjetivo del autor o responsable del acto o hecho anticompetitivo, como lo son el dolo o la culpa, en el desarrollo de sus actuaciones en el mercado⁶³⁶.

Al respecto, advertimos que no debemos incurrir en el error de confundir el concepto de buena fe objetiva y buena fe subjetiva, distinción ampliamente tratada en el desarrollo jurisprudencial español⁶³⁷, pero que tampoco resulta ajeno a la jurisprudencia ecuatoriana, así la Corte Nacional de Justicia de Ecuador Sentencia N.º 0199-2014⁶³⁸ ha expresado que la buena fe subjetiva es considerada como un «*estado de ignorancia y error*» consistente «*en un estado psicológico y no volitivo, cuyo*

⁶³⁵ En relación con la redacción del artículo 5 de la Ley 3/1991 Vid EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores...”, op. cit., p. 161-163.

⁶³⁶ Rafael García Pérez en relación con la regulación objetiva de los actos desleales en la Ley 3/1991 de España señala: «*Los comportamientos desleales son aquellos que resultan objetivamente contrarios a la buena fe. por lo que no es necesario constatar la existencia de dolo culpa para declarar la existencia de una violación de la cláusula general*» Vid. GARCÍA PÉREZ, R., *Ley de Competencia Desleal*, editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p. 84.

⁶³⁷ Vid. SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005 (AC 2005, 195) FJ 4. En que se afirma:

«La jurisprudencia configura este precepto referido a la buena fe objetiva, que se contempla con carácter general en el artículo 7 CC (LEG 1889, 27) como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos, conducta significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la responsabilidad y sometimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena, modulada por el principio de competencia económica y por la protección de la libertad de empresa» SAP Madrid de 20 marzo de 2012(AC 2012, 898) FJ 13.; «Para adaptar a los nuevos planteamientos la cláusula general delimitadora de la competencia desleal no es necesario prescindir de las fórmulas tradicionales, acuñando el principio de la buena fe objetiva que sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta. Por ello puede actuarse contra la buena fe objetiva sin que exista mala fe subjetiva (STS 16 de junio 2000 RJ2000-5288), porque puede violarse la legítima confianza de los participantes en el mercado en que se actuará correctamente, sin necesidad de que quien viola esa confianza en el comportamiento correcto actúe subjetivamente de mala fe (...) Por tanto, aquellos cuya corrección se enjuicia es el comportamiento en sí mismo considerado, prescindiendo de su motivación subjetiva (buena o mala fe de su autor) y de sus efectos (eventuales perjuicios). Ello no significa, por supuesto, que esos elementos - buena o mala fe y carácter perjudicial - no sean jurídicamente relevantes. Lo son ciertamente y mucho. Son incluso requisitos imprescindibles para el ejercicio de determinadas acciones, como la de la indemnización de daños y perjuicios (art. 18.5ª LCD). Pero no son requisitos para que un acto pueda ser calificado como desleal.»

⁶³⁸ Sala de Lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (2012), 10 de noviembre de 2014.

substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error». Entendiendo generalmente a esta como la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica⁶³⁹.

Por su parte, la Corte Nacional ha definido a la buena fe objetiva como un *«principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo»* erigida en reglas de conductas basadas en la honestidad, rectitud y lealtad. En otras palabras, la buena fe objetiva es un deber de conducta positiva que debe tener toda persona en sus actuaciones dentro de la sociedad⁶⁴⁰.

En el marco del Proyecto de Ley, la buena fe objetiva debe ser entendida como la actuación honesta, recta y leal que se espera de todo operador económico que participe –mediante sus distintas actuaciones comerciales industriales o profesionales– en el mercado; sin necesidad que para su prohibición deba mediar intencionalidad –malicia– o culpa del sujeto.

Así las cosas, la norma otorga seguridad jurídica a las autoridades, los competidores y la sociedad, en la conducta desleal tiene lugar, únicamente por la infracción de la regla de conducta esperada de los agentes de mercado, sin necesidad de incurrir en valoraciones subjetivas del infractor.

En este sentido, resaltamos el esfuerzo realizado en tiempos recientes por la autoridad administrativa a fin de fijar una interpretación objetiva de la cláusula general

⁶³⁹ Vid. Corte Nacional de Justicia de Ecuador Sentencia N.º 0199-2014, dictada el 10 de noviembre de 2014, publicada en <https://vlex.ec/vid/593138310> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁶⁴⁰ Ibid:

«... La buena fe objetiva se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, rectitud, lealtad y sobre todo en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad y responsabilidad, ella es una guía, una pauta que conduce a un destino objetivo la conducta de las partes, procediendo con un deber de lealtad y cabalidad. En síntesis, la buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva “no supone la creencia o ignorancia que justifique un error – buena fe en sentido subjetivo- sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”. O como señala R.O.L., que la buena fe ha sido entendida en un aspecto objetivo y en uno subjetivo. De acuerdo con el primero, es una guía que conduce la conducta de las partes, con un contenido positivo que les impone deberes de conducta, o como se indicó, implica un deber de obrar leal y correctamente.»

contenida en el actual artículo 25 de la LORCPM⁶⁴¹, que se ve reflejado mediante la cláusula propuesta en el Proyecto de Ley y que a nuestro criterio busca erradicar los problemas jurídicos detectados en la actual configuración normativa.

Como ya lo hemos indicado a lo largo del presente trabajo de investigación, la actual LORCPM, si bien es clara en señalar que para la determinación de conductas desleales no es necesario acreditar malicia o intención del operador económico, no es igual de clara respecto de la posible exigencia de culpa al asumir a los actos desleales como cuasidelitos⁶⁴².

Por ello, consideramos que la configuración normativa propuesta relevaría a la autoridad de cualquier análisis respecto de las intenciones de los operadores económicos o de la culpa o temeridad en su accionar y obligaría a centrar el correspondiente análisis únicamente en la existencia, o no, de la conducta anticompetitiva.

Al respecto, hemos de resaltar que una definición objetiva de la competencia desleal refuerza su naturaleza como ilícito de peligro, puesto que su represión tiene lugar por la sola infracción de la regla de conducta, prescindiendo de si el acto produjo o no un efecto anticompetitivo en el mercado. Lo indicado, además en concordancia con la propuesta de artículo 6 del Proyecto de Ley, que expresamente establece: «*No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo ser este actual o potencial*»⁶⁴³, criterio que tiene lugar también para las demás infracciones por actos desleales contenidas en la Ley, sin perjuicio de que en ciertas conductas desleales, específicas, necesariamente requiere que tenga lugar el resultado del efecto

⁶⁴¹ Conforme fue analizado en el segundo capítulo del presente trabajo.

⁶⁴² LORCPM Art. 25 «... *La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil*».

⁶⁴³ Disposición también se encuentra en la actual LORCPM.

anticompetitivo para su prohibición, como es el ilícito desleal de violación de secretos⁶⁴⁴ o el de violación de normas⁶⁴⁵.

Finalmente, hemos de advertir que la cláusula general en el Proyecto de Ley ofrece una función interpretativa y se perfila además como una norma sustantiva por derecho propio.

Con respecto a la función interpretativa en tanto que además refleja la posición de la autoridad de competencia, como proponente del Proyecto de Ley, respecto también de las distintas conductas tipificadas por ser consideradas como objetivamente contrarias a la buena fe⁶⁴⁶.

Ahora bien, a nuestro criterio la cláusula general propuesta en el Proyecto de Ley se perfila también como una norma sustantiva, es decir, el artículo 7 no deberá ser entendido como una formulación de un principio abstracto que requiere para su

⁶⁴⁴ Lo indicado, de que el análisis subjetivo sea un elemento esencial de la conducta desleal enjuiciada, como es el caso de ciertas modalidades de violación de secretos. MASSAGUER FUENTES J. “La Cláusula General de Prohibición de la Competencia Desleal”, revista *Advocatus*, No. 007, 2002, p. 36:

«La única excepción a esta configuración objetiva de la ilicitud en materia de competencia desleal es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura encuentran cabida elementos subjetivos puros, como son en particular el ánimo de obtener provecho o de perjudicar (artículo 13.3 de la Ley de Competencia Desleal). Sin embargo, parece oportuno avanzar ahora que este planteamiento es deudor del más amplio alcance sistemático que se ha conferido a este específico acto de competencia desleal. Con aquella exigencia, en efecto, se trata de posibilitar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a todas las conductas de divulgación, explotación y apropiación de secretos empresariales ahí consideradas cualquiera que sea su finalidad.»

⁶⁴⁵ Vid. MARTÍN MARTÍN, G. A., “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”, *Revista Electrónica De Derecho*, N.º 1 V. 15, 2018, p. 190:

«Al establecer el artículo 15.2 LCD como un ilícito puramente desleal que requiere de un análisis completo de las circunstancias del mercado a los efectos de determinar si ha existido una ventaja competitiva significativa parece que la función cierre de sistema concurrencial que parecía cumplir dicho artículo se difumina. El artículo 15.2 LCD se reivindica como un verdadero ilícito de resultado, si bien el juicio de excepcionalidad parece ser hipotético pues no se exige la prueba de que no se ha obtenido una ventaja competitiva sino la prueba de que en el escenario concreto no era factible la obtención de una ventaja competitiva. Con todo, la parte demandante puede probar que esa ventaja competitiva sí se habría obtenido en el juego de la carga de la prueba. Resulta interesante si la presunción recae sobre ambos elementos o sobre uno solo de ellos. En el caso del ap. 1 no es suficiente que se acredite la obtención de una ventaja competitiva sino, al mismo tiempo, es necesario que se acredite el prevalimiento de la misma.»

⁶⁴⁶ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores...”, op. cit., p. 98. «A nuestro juicio, es indudable que el artículo 5 LCD contiene la expresión de lo que para el legislador es un acto de competencia desleal. que se define en atención a un parámetro determinado. Es lógico de ahí que, si se acompaña de una enumeración de actos desleales, lo sea porque en la mente del legislador son “objetivamente contrarios de la buena fe”».

concreción alguna de las conductas tipificadas en los artículos subsiguientes del proyecto normativo.

Por el contrario, conforme es de su esencia, la cláusula general contra la competencia desleal debe entenderse desde la perspectiva de la función del Derecho de la competencia como un tipo antijurídico propio, suficiente e independiente de otras conductas desleales contenidas en la Ley para reprimir aquellas actuaciones no previstas en el momento de la eventual aprobación de la Ley⁶⁴⁷.

En este sentido, no debe incurrirse en el error de considerar que el hecho que una actuación potencialmente desleal no se enmarque en alguno de los tipos expresamente tipificados en la Ley, la activación de la cláusula general contra la competencia desleal puede generar dificultades en su aplicación⁶⁴⁸, por el contrario, la visión que debe prevalecer respecto del papel que ocupa la cláusula general contra la competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la de una norma de textura abierta y autónoma que desde una perspectiva objetiva reprime los actos contrarios a la regla de conducta esperada de los operadores económicos con sustento en la contravención a la buena fe.

⁶⁴⁷ «La cláusula general cumplirá la función de no dejar fuera aquellos posibles actos que, por no haberse manifestado aún en la práctica en el momento de la redacción de la Ley, no habrían sido objeto de tipificación legislativa...» MARTÍNEZ SANZ, F., “Cláusula General”, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, en VV. AA, MARTÍNEZ SANZ, F., (dirs.), Tecnos, 2009, p. 64.

⁶⁴⁸ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores...”, op. cit., pp. 180-181:

«Como gráficamente se ha dicho, se procede a leer la ley “hacia atrás”, intentado, en primer lugar, ubicar, la conducta supuestamente desleal en alguno de los supuestos especiales del catálogo previsto legalmente, y sólo cuando tal iniciativa no fructifica recurre a la cláusula general para intentar incluir en ella el acto perturbador. De esta forma, cuando el reclamante alega la vulneración de dicha cláusula general, el juez es consciente de que aquel no ha podido incluir la reprochable conducta en ninguno de los supuestos legales, con lo que se genera cierta predisposición a declarar su validez, habida cuenta de que, conocido el iter deductivo habitual, si ni siquiera quien plantea la demanda ha podido encontrar un fundamento legal más preciso, difícilmente podrá reputarse desleal dicho acto. Por eso los tribunales solo suelen declarar desleales supuestos que no están contemplados expresamente en la Ley cuando se trata de conductas especialmente reprochables.»

4. Mecanismo de represión de conductas desleales

El proyecto de Ley de Competencia Desleal contiene una evidente división de materia y separa a los actos de competencia en simples y agravados. Más allá de la mejorable técnica legislativa utilizada⁶⁴⁹, el artículo 5, en concordancia del artículo 37⁶⁵⁰, dispone que los actos de competencia desleal agravados serán de conocimiento de la autoridad administrativa de competencia y se entiende por tales a aquellos que no solo afectan los derechos de los particulares, sino que además atañen intereses de orden público y de la libre competencia.

Por el contrario, el Proyecto de la Ley –en su artículo 37– reserva la calificación de «*simples*» a aquellas conductas desleales que afectan o pueden afectar los intereses de los particulares en el mercado de competidores y consumidores, así como aquellos que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual.

Para estos actos, el proyecto de Ley reserva la competencia del juez de lo civil, lo indicado sin perjuicio de las acciones establecidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación para los temas relacionados con propiedad intelectual.

⁶⁴⁹ Ya que el artículo 5 del proyecto establece que se entiende por una conducta desleal agravada pero no determina cuales son las conductas desleales simples, por el contrario, éstas se encuentran contenidas en el artículo 37 de proyecto denominado «*De la autoridad de aplicación en instancia administrativa*» artículo el cual replica de forma casi exacta lo establecido en el artículo 5 del proyecto pero que, además, define que se entiende por conductas simples y establece la facultad de los jueces de lo civil para su enjuiciamiento.

⁶⁵⁰ El artículo 37 del proyecto establece:

«Artículo 37.- De la autoridad de aplicación en instancia administrativa.- La Superintendencia de Competencia Económica es la entidad encargada de investigar, conocer, sustanciar y sancionar únicamente los actos, conductas o prácticas desleales agravadas en instancia administrativa.

Para efectos de esta ley, se entiende por acto o conducta de competencia desleal agravado, aquel que por su gravedad y magnitud, a más de afectar los intereses particulares, afectan o puedan afectar los intereses de orden público y la libre competencia. Para establecer la gravedad del acto desleal no se requiere la delimitación de mercado relevante.

Los actos de competencia desleal simples o no agravados, son aquellos que afectan o pueden afectar los intereses de los particulares en el mercado: competidores y consumidores. Estos actos son de exclusiva competencia del juez de lo civil, conforme procedimiento sumario establecido en el COGEP.

Se entienden incluidos como actos desleales simples o no agravados, aquellas que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de las acciones establecidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.»

A. Aparente distanciamiento del sistema unitario de competencia

De la lectura preliminar de los artículos 5 y 37 del Proyecto de Ley, podría pensarse que dichas disposiciones buscan generar una visión en la regulación de la competencia desleal –y en consecuencia del Derecho de la competencia desleal– en que, por una parte, busca proteger los intereses individuales de los competidores y consumidores, y por otra, mediante una acción distinta administrativa, el interés público económico y la libre competencia.

De esta forma de ver las cosas parecería que el Proyecto de Ley propone un «*quiebre*» de la competencia desleal al separar la regulación entre asuntos entre privados –que incluye temas relacionados con propiedad intelectual– y asuntos de interés público –relacionados con el Derecho de defensa de la competencia–, lo que tendría como consecuencia que no se reconozca un modelo unitario de regulación de la competencia⁶⁵¹ en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este orden de ideas, podría parecer que la Superintendencia, como proponente de la norma, no ha considerado que la regulación de la competencia desleal –debido a su anclaje constitucional⁶⁵² contiene una triada de intereses que incluye el

⁶⁵¹ Principio cardinal para el caso de la legislación española FONT GALÁN J. MIRANDA SERRANO L., “Competencia Desleal y Antitrust...”, op. cit., pp. 39-41:

«... la generalidad de la doctrina que actualmente se ocupa en España de las relaciones entre las dos disciplinas concurrenciales de cabecera –la antitrust y la desleal– sostiene con palpable optimismo que, a diferencia de lo que ocurría en épocas pasadas en las que siempre anduvieron en disputas, incomprensiones y desencuentros mutuos, es mérito del Derecho vigente haber logrado conquistar un alto grado de entendimiento e integración entre ambas 2 . Tan es así que esta doctrina no duda en proclamar y defender con inconfesada euforia la unidad del Derecho de la competencia 3, esto es, la existencia de un «Derecho general de la competencia unitariamente estructurado» 4. Es más, en su opinión, tal unidad no queda limitada al hecho de ser partícipes ambas disciplinas concurrenciales de una misma comunidad estratégica e ideológica, al compartir idéntica misión e idéntico fundamento constitucional –el establecimiento de un orden concurrencial acorde con el sistema de economía de mercado socialmente compatible–, sino que llega mucho más lejos, hasta el punto de afectar de lleno a la propia estructura morfológica de los ilícitos sustanciados en una y otra Ley, con el resultado final de reconocer la existencia de ilícitos mixtos o bifrontes, en parte desleales y en parte antitrust.»

⁶⁵² A pesar de que ya fue ampliamente desarrollado a través de la presente tesis, la triada de intereses en la Constitución del Ecuador se desprende de: a) del artículo 66.15 que reconoce el derecho de las personas a realizar actividades económicas, lo que a su vez conlleva la obligación de competir en el mercado; b) por otra parte, la protección de los derechos de los consumidores –a partir del artículo 52 de la norma constitucional–, tiene rango de interés constitucional protegido de la carta magna; y finalmente, c) el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado se concreta en la obligación del Estado

de los competidores y particulares, los intereses de los consumidores y los intereses públicos del Estado de mantener un orden concurrencial debidamente saneado⁶⁵³.

Por regla general, los actos de competencia desleal tenderán a falsear los distintos intereses protegidos de forma conjunta, «*lo cierto es que los tres intereses en juego en este ámbito jurídico (de los consumidores, de los competidores y el interés general del mercado) están tan íntimamente entrelazados, que resulta enormemente difícil plantearse algún caso donde no aparezca alguno de dichos intereses*»⁶⁵⁴.

En este sentido, consideramos que la norma propuesta por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no debe ser analizada de forma tan estricta, en tanto que la regulación de la competencia desleal, conforme el proyecto normativo, recaería en una única norma jurídica, que a través de sus distintas disposiciones busca proteger de forma conjunta los distintos intereses protegidos.

de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que además faculta al Estado –a través del ejercicio de su facultad punitiva– el sancionar prácticas anticompetitivas, entre las que se encuentren las prácticas desleales, lo indicado de conformidad lo expresado en los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁵³ Desde la perspectiva de la legislación española la competencia desleal protege una triada de intereses, por todos: DÍEZ ESTELLA, F., "El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", Noticias de la UE, No. 330, 2012: «*Siguiendo a los autores que más y mejor ha estudiado la dogmática de esta construcción (PAZ ARES, 1981 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ 1988) se puede hablar por tanto, de una «triada de intereses» protegidos: los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado, cuya tutela informa todo el Derecho de la competencia desleal español. Ello es así porque, como ha señalado de igual modo doctrina más reciente (COSTAS COMESAÑA, 1998) la protección de cualquiera de ellos produce la protección refleja de los demás.*» BARONA VILAR, S., "Competencia desleal...", op. cit., 1999, pp. 24-25:

«El texto de competencia desleal pergeña la culminación de la consideración de respeto a la trilogía de intereses que pueden estar en juego en el mercado, es decir, el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores, y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. (...) Con esta trilogía de intereses se acuña una concepción distinta que se aleja de la consideración única de protección al interés privado de los empresarios, lo que provoca un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal, "que deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado"» (SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992).

⁶⁵⁴ RUIZ MUÑOZ, M., "Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)", en VV. AA, *Los contratos de distribución*, ALBERTO ALONSO UREBA, LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, CARMEN ALONSO LEDESMA, et, al (dirs.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 351-425.

Para fundamentar lo indicado, resaltamos el hecho que el Proyecto de Ley tipifica diferentes supuestos desleales que se relacionan con la protección directa e indirecta los distintos intereses protegidos.

Así, el Proyecto de Ley, por una parte, incluye aquellas conductas que principalmente tienen un efecto pernicioso en los competidores, como son entre otros, los actos de explotación de reputación ajena, la violación de secretos o la inducción a la violación contractual –contenidos en los artículos 16 y 17 y 18 del proyecto–.

Por otra parte, respecto de la afectación de los consumidores el Proyecto de Ley además incluye los actos de prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida –véase los artículos 12, 32 a 36–, así como los mismos supuestos especiales de publicidad engañosa constantes en la actual Ley 3/1991 española, en los cuales se inspira parte del proyecto normativo ecuatoriano.

Finalmente, en relación con la protección del orden concurrencial como interés protegido, destacamos en primer lugar, la tipificación de conductas en las que más allá de la afectación de un operador económico, su prohibición está diseñada para mantener el orden concurrencial saneado, como es el caso de la incorporación del abuso de dependencia económica como ilícito desleal, contenido en el artículo 20 del Proyecto de Ley.

En segundo lugar, y más importante aún, debe destacarse que el Proyecto de Ley –en líneas generales– reconoce que todas las conductas tipificadas afectan o pueden afectar al correcto funcionamiento del mercado, por lo que, el proyecto incorpora un doble mecanismo de acción enfocado en la graduación del potencial efecto anticompetitivo de la conducta.

En tal sentido, sin importar el tipo de conducta de que se trate, los actos desleales que generen efectos significativos en el mercado pueden ser reprimidos, no solo por la autoridad judicial, sino que además pueden dar lugar a las acciones y sanciones administrativas correspondientes.

Por las consideraciones anotadas, no creemos que deba concluirse que el Proyecto de Ley busca romper el principio unitario del Derecho de la competencia, por

el contrario, entendemos que el proyecto normativo –con mayor o menor fortuna– tiene como finalidad crear una vía para que puedan ser reprimidos de forma efectiva todos los actos de competencia desleal que tengan lugar en el mercado sin importar la graduación de su efecto en el mercado, deficiencia de la cual adolece la actual regulación de la competencia desleal en la LORCPM.

En esencia, el Proyecto de Ley incorpora una acción judicial directa –vía civil– para reprimir todo acto de competencia y mantiene la posibilidad de que los actos de competencia desleal que afecten al régimen de competencia y al interés público puedan ser conocidos por la autoridad administrativa de competencia como un ilícito antitrust⁶⁵⁵. Pero esto no quiere decir que en -ambos casos el espíritu de la Ley deja de ser idéntico, es decir, en los dos se busca conservar el orden concurrencial saneado⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Distinto asunto es la posible discusión respecto de la pertinencia o no, de que las conductas de competencia desleal puedan constituirse como ilícitos contrarios a la defensa de la competencia. Figura que, en la legislación española ha sido objeto de fuertes críticas Vid. Díez Estella F. “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario la Ley*, Nº. 6373, 2005. p. 13 de 19 «*La idea principal, expresada al principio de este comentario, es que no hay en la actualidad ningún motivo que justifique la existencia de ambos ordenamientos en cuerpos legislativos separados. Los motivos históricos que dieron lugar a esta separación carecen de vigencia hoy en día, y del acercamiento conceptual que ambas disciplinas han experimentado debería seguirse el correspondiente acercamiento legislativo*» DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, en la *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, Nº 213, mayo / junio 2001. p. 33. Al ser expedida la Ley 15/2007, se puso en la mesa la discusión sobre la pertinencia de mantener la infracción del régimen de defensa competencia por actos desleales. Vid. «*Como se ha señalado en la introducción, las opiniones (66) vertidas a este respecto en el período de consulta pública a que dicho proyecto fue sometido han sido, en general, negativas. En contra de mantener dicho artículo se puede destacar, entre otros, el informe del despacho Ashurst (pág. 35, es “deseable suprimir de la LDC las figuras de la explotación de una situación de dependencia económica y de las conductas desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecten al interés público”); C’M’S’ Albiñana & Suárez de Lezo (pág. 6, “creemos que ambos ilícitos concurrenciales --el art. 7 y el art. 6.1 b-- deberían quedar fuera de la LDC”); Cuatrecasas, Gómez-Acebo y Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez (pág. 10, “consideramos conveniente eliminar los tipos actualmente previstos en el art. 6.1 b y 7 LDC”); Garrigues (pág. 14, “consideramos procedente optar por la desaparición de los tipos recogidos actualmente en los arts. 6.1 b y 7 de la LDC”); Jones Day (pág. 8, “consideramos acertada la propuesta de eliminar tanto el supuesto de dependencia económica recogida en el art. 6.1 b de la LDC como las conductas desleales que pueden afectar gravemente a la competencia y al interés público del art. 7 de la LDC”); DLA Piper (pág. 17, “la escasa aplicación desde la promulgación de la Ley 16/1989 de estas disposiciones avalan la propuesta de eliminación que sugiere el Libro Blanco”).*». Finalmente, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Libre competencia y competencia desleal...”, op. cit., p. 321.

⁶⁵⁶ Vid. PEDRO GONZÁLES JIMÉNEZ, “La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal (A propósito del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal”, en VV.AA., *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, MIRANDA SERRANO L., COSTAS COMESAÑA, J.,(dirs.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2018, p.98 «*Aunque ambos ilícitos vendrían a sancionar y reprimir conductas concurrenciales abusivas del derecho de la libertad de empresa y de competencia, estas conductas solo serán reprimidas vía antitrust cuando producen un impacto en el mercado lesivo para los intereses generales, es decir, cuando nos encontramos ante una*

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, el Proyecto de Ley contiene varios puntos que son objetables y que merecen ser revisados, puesto que las deficiencias encontradas en su redacción generan dudas respecto de su correcta aplicación.

B. Deficiencias detectadas en el mecanismo de represión de la competencia desleal

A continuación, señalaremos algunas de las deficiencias detectadas en el sistema de represión de la competencia desleal propuesto en el Proyecto de Ley:

i.- El Proyecto de Ley, incluye entre los actos de competencia «*simple*» las conductas que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, en particular la norma expresa: «*Art. 37 ...Se entienden incluidos como actos desleales simples o no agravados, aquellas que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de las acciones establecidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*».

Al respecto, dicha disposición hace especial énfasis en que los actos relacionados con la propiedad intelectual se entienden como prácticas desleales simples o no agravadas, por lo que parece descartar que este tipo de conductas puedan ser objeto de conocimiento de la autoridad administrativa de la competencia. En otras palabras, parecería que el Proyecto de Ley considera que no pueden existir actos relacionados con la propiedad intelectual que puedan distorsionar gravemente la libre competencia y el orden público.

En este sentido, aunque regularmente parezca improbable que conductas desleales relacionadas con derechos intelectuales o industriales puedan generar un efecto distorsionador significativo de la competencia, dicha situación no resulta necesariamente imposible, porque dependerá de las condiciones de cada caso –como es respecto de la estructura del mercado, las cuotas de participación, barreras de entradas, sustitución de oferta y demanda, una determinada conducta desleal– por lo que no nos parece adecuada la pertinencia de dicha disposición, en tanto constituye una barrera legal, a nuestro criterio, innecesaria.

especie de “deslealtad cualificada” que justifique el control de la Administración pública al que las mismas quedan sometidas».

Por otra parte, el artículo 37 del Proyecto de Ley establece que se incluye como actos de competencia desleal las conductas que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, *«sin perjuicio de las acciones establecidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación»*.

Al respecto, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación no contiene acciones especiales para el conocimiento de conductas desleales; por el contrario, su prohibición como conducta desleal –en materia de propiedad intelectual– se encuentra en el artículo 258 de la Decisión 486 de Régimen Común Sobre Propiedad Industrial, por lo que genera serias⁶⁵⁷ dudas sobre el real alcance y pertinencia de la disposición jurídica señalada⁶⁵⁸.

Finalmente, el Proyecto de Ley genera más dudas que certezas respecto de cuáles son los nuevos límites propuestos en los que rozarían el Derecho de propiedad intelectual e industrial y el Derecho de competencia desleal, es decir, conforme expresa el proyecto de Ley, un mismo acto podría dar lugar a una acción por competencia desleal y a su vez, iniciar otra acción de manera paralela ante el órgano técnico de propiedad intelectual, lo que generaría un posible cruce de competencias e inseguridad jurídica.

ii. - El proyecto de ley establece que *«los actos de competencia desleal simples o no agravados, son aquellos que afectan o pueden afectar los intereses de los particulares en el mercado: competidores y consumidores»*, es decir, conforme dicha disposición, parecería que se iguala el estándar de los competidores y consumidores como sujetos afectados por conductas desleales, por lo que, parecería que ambos tienen igual derecho de acción. En otras palabras, el consumidor que hubiere sido afectado en sus intereses

⁶⁵⁷ El legislador al analizar el Proyecto de Ley deberá considerar si la fórmula jurídica propuesta es la más adecuada; sin embargo, advertimos que sería positivo que se diseñaran mecanismos jurídicos eficientes para una correcta separación de materia. Vid. El principio de *«complementariedad relativa»* en la legislación española, tema tratado en el presente trabajo en el tercer capítulo del presente trabajo.

⁶⁵⁸ Más aún por que la base legal para resolver asunto de competencia desleal en ámbito de propiedad intelectual está contenida actualmente en el párrafo segundo del artículo 26 de la LORCPM. Norma que, conforme lo establece la disposición derogatoria primera del proyecto de Ley sería derogado. Vid. Proyecto de Ley de Competencia Desleal: Primera. Deróguense los artículos 10, 25, 26, 27, 66, letra c) del número 2 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

particulares en el mercado con sustento en dicha norma podría intentar el iniciar acciones de competencia desleal.

En este sentido, la redacción de la disposición no parece la más adecuada puesto que la norma para reclamar la satisfacción particular de los intereses de los consumidores en el Ecuador es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁶⁵⁹, lo que genera confusión sobre la disposición indicada sin mencionar que además es contradictoria con otras disposiciones del mismo proyecto como los artículos 1 y 74.^c⁶⁶⁰.

iii.- En el Proyecto de Ley se ha optado por la vía judicial para resolver asuntos “simples” de competencia desleal y, si bien se propone que ésta sea mediante procedimiento sumario⁶⁶¹, genera la inquietud de si la vía judicial es la más adecuada para conocer los actos de competencia desleal, todo ello, en consideración de las disposiciones que integran el marco constitucional ecuatoriano.

En relación con lo indicado, si bien el proyecto de Ley contiene aquellas «acciones» que pueden ser presentadas antes el juez de lo civil⁶⁶²—como son la cesación de la conducta, la remoción de sus efectos, o la de daños y perjuicios— la norma no

⁶⁵⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Publicado en el Registro Oficial primer suplemento número 555 de 13 de octubre de 2011. Sin perjuicio que esta eventualmente pudiera ser modificada y reformada.

⁶⁶⁰ En particular, el artículo 1 establece que la finalidad del Proyecto de Ley incluye la protección de los intereses particulares de los competidores y los difusos de los consumidores. En igual sentido, el artículo 74 del Proyecto de Ley establece la legitimación activa para iniciar acciones de competencia desleal y en la parte pertinente establece: que tienen legitimación activa: «c) quienes ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios». Por lo que dicha disposición no guarda coherencia con las demás disposiciones indicadas.

⁶⁶¹ El cual se caracteriza por ser rápido en comparación con el procedimiento ordinario, artículo 289 del Código General de Procesos, COGEP.

⁶⁶² Artículo 73, de proyecto de Ley de Competencia Desleal:

«Artículo 73.- De las Acciones Judiciales.- Contra cualquier acto de competencia desleal, de la naturaleza que este fuere (simple o agravado) y la publicidad ilícita, desleal, engañosa, agresiva o abusiva, el afectado por el mismo, o quién tuviere interés legítimo, podrá ejercer en la vía jurisdiccional las siguientes acciones: a) Acción declarativa de deslealtad. b) Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. c) Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. d) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. e) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal. f) Medidas Preventivas establecidas en esta ley.»

contiene disposición alguna que autorice al juez para que pueda imponer «*multas o sanciones*» a operadores económicos que incurran en dichos actos anticompetitivos.

En este sentido, consideramos que los jueces de lo civil, por su propio ámbito de competencias en la legislación ecuatoriana, no son las autoridades judiciales adecuadas para imponer multas o «*sancionar*» a empresas u operadores económicos, por lo que no resulta coherente que no se haya establecido dicha posibilidad en la Ley⁶⁶³.

Sin embargo, no debemos olvidar que la Constitución del Ecuador ordena que los actos contrarios a la competencia deben ser «*sancionados*». Concretamente, la Constitución del Ecuador establece en su artículo 335, que el Estado «... *establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal*».

⁶⁶³ Lo indicado ya que los jueces de lo civil históricamente no han tenido competencia para imponer sanciones o multas civiles. Lo indicado, sin perjuicio de lo vientos de cambio en ámbito internacional, que mediante influencia del sistema jurídico anglosajón, el legislador francés ha empezado a considerar la incorporación de sanciones o multas civiles: PÉREZ BORGES, E, “La multa civil en el ordenamiento jurídico francés”: Cuando Las Barbas De Tu Vecino...», revista *Estudios de Deusto*, Vol. 67 Núm. 2, 2019, [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp297-320](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp297-320):

«... De hecho, así ocurre con el nuevo Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés que, lejos de desocuparse de la cuestión que nos incumbe, prevé una nueva multa civil con un alcance mucho mayor que las ya expuestas. En este sentido su artículo 1.266 reza:

“Cuando el autor del daño ha cometido deliberadamente una negligencia grave, en particular cuando esta última ha generado una ganancia o una ventaja económica para su autor, el juez puede condenarlo, mediante una decisión especialmente motivada, al pago de una multa civil...”

Pues bien, poco se puede añadir a la claridad con que se expresa la propuesta. No sorprende el abandono de la «senda» de los daños punitivos para discurrir por caminos más conocidos, menos ajenos a la tradición jurídica francesa y, sobre todo, más refrendados por su corte constitucional –por el precedente del Código de Comercio–. De este modo, adoptando una fórmula muy similar a la del Art. L442-6 del Código de Comercio, se propone una multa: (i) prevista para evitar supuestos en los que se obtenga un lucro de la causación del daño; (ii) con una formulación abierta que permita dar cabida a multitud de supuestos de hecho; y (iii) que tenga en cuenta la gravedad de la conducta, el beneficio obtenido y la posición económica del agente del daño. Sin embargo, la propuesta no ofrece la multa civil de forma «gratuita» y, a cambio, exige al juzgador: (i) una motivación adecuada; (ii) el respeto de límites cuantitativos y (iii) que el montante se destine a fondos de compensación o el tesoro público en su integridad.»

Desde una perspectiva estricta, la norma constitucional puede interpretarse de la manera que todas las prácticas de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado merecen el reproche de sanción⁶⁶⁴. Al respecto, si bien el texto constitucional no establece que tipo de sanción debe tener lugar –en tanto que consideramos que no necesariamente debe entenderse como la imposición de una multa o pena económica–, su imposición tendrá como objetivo el desincentivar la existencia de la conducta desleal y para ello necesariamente debe intervenir la facultad punitiva del Estado⁶⁶⁵, entendido no solo como la posible la reparación de daños o perjuicios, o la eventual declaración de deslealtad o la cesación de la conducta.

En este sentido, el Proyecto de Ley, si bien incorpora sanciones traducidas en multas de hasta el 12% del volumen de negocio para aquellas conductas calificadas como «agravadas», lo que dejaría sin «sanción» a las conductas desleales entendidas como «simples», y eventualmente –en el caso de que la norma finalmente se expidiera tal y como está redactada en el proyecto– daría lugar a un posible incumplimiento de la disposición constitucional⁶⁶⁶ contenida en el artículo 335.

⁶⁶⁴ De conformidad con la RAE, consideramos pertinentes las acepciones 1 y 4: «1. f. Pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores. (...) 4. f. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena», en adición el diccionario Panhispánico del español jurídico define al término «sanción» como «Consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado», finalmente, desde la perspectiva del derecho administrativo «sanción» se define como «cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora», MONTOYA MELGAR, M, Enciclopedia Jurídica Básica, volumen IV, MONTOYA MELGAR, M, (dir.) Civitas S.A. Madrid, 1995. p. 6089.

⁶⁶⁵ Con respecto de la severidad de las sanciones contenidas en la ley, la OCDE y el Banco Mundial señalaron que, para una correcta represión de conductas anticompetitivas, la Superintendencia debe buscar imponer sanciones que sean lo “suficientemente serias para actuar como un factor disuasivo”. Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador, 2021, p. 157.

⁶⁶⁶ Respecto de la inconstitucional por omisión Vid. VALLE FRANCO A., “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO)”, *Foro Revista de Derecho*, No. 13, 2010, p. 149: «En ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto constitucional, cuyo ejercicio pierde eficacia ante el vacío normativo, provocando con ello un vicio de inconstitucionalidad. La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar.» Incluso cabe preguntarse si hoy, con la configuración normativa contenida en la LORCPM y sus limitaciones detectadas, el legislador ecuatoriano habría incurrido en una posible inconstitucionalidad.

De lo dicho podría afirmarse que el Proyecto de Ley, conforme se encuentra regulado, no se ajusta perfectamente al mandato de sancionar las conductas desleales consagrado en la Constitución

iv.- Por otra parte, surge la inquietud de si la represión de las conductas desleales «*simples*» debe necesariamente tener lugar mediante la adopción de acciones judiciales –claramente inspirado en la LCD española– , lo que responde a un modelo de «*private enforcement*» o por el contrario, si la represión de dichas conductas desleales podría tener lugar a través de un organismo administrativo independiente, similar al sistema utilizado en Perú, por medio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) , modelo que se corresponde con la represión pública de la competencia⁶⁶⁷, o incluso en Italia para los casos de competencia desleal relacionados con consumidores⁶⁶⁸ .

Al respecto, debemos indicar que, la formula contenida en el Proyecto de Ley, de por sí, ya constituye un enorme avance respecto de la regulación actual en la

⁶⁶⁷ El Decreto Legislativo N° 1044, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en sus artículos comprendidos entre el 24 al 37, establecen las facultades del INDECOPI –a través de sus distintos órganos– para conocer y sancionar los actos de competencia desleal en el marco del ordenamiento jurídico peruano. VID. INDECOPI, *Análisis de las funciones del INDECOPI la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos, Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*, primera edición, Lima, 2013. p. 69, 70:

«Resulta sumamente interesante la revisión de la labor del Indecopi en sus dos décadas como autoridad administrativa peruana en materia de represión de la competencia desleal ya que, en el transcurso del tiempo, pasó de limitarse a la aplicación concreta de la correspondiente normativa a enriquecerla con sus experiencias jurisprudenciales para modelar la LRCD, siendo ésta una norma más sofisticada y compleja. En efecto, inicialmente el Indecopi basaba sus funciones en la aplicación del Decreto Ley N°26122 que, a su vez, se trataba de una norma que tomaba como referencia la Ley 3/1991, Ley de Competencia Desleal de España. Sin embargo, la aplicación del Sistema de Represión de la Competencia Desleal en el Perú no fue automática ni estática sino bastante dinámica ya que, como consecuencia de la implementación práctica de esta normativa, se presentaron determinados casos que por la relevancia intelectual de la materia controvertida, permitieron dar cuenta de vacíos legales o contribuir a la identificación de actos desleales no contemplados explícitamente en el listado enunciativo de la ley, situación que influiría en la configuración de la LRCD como nueva y vigente norma de represión de la competencia desleal.»

⁶⁶⁸ GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 186., al respecto, al referirse a los resultados de la represión pública por el órgano italiano de la competencia manifestó:

«Entre los países que han confiado en la represión pública del régimen de prácticas comerciales desleales con consumidores introducido por la Directiva 2005/29/CE, un supuesto a destacar ha sido Italia, en el que su Autoridad de Competencia se ha caracterizado por seguir una política firme de represión de estas prácticas, pudiendo calificarse de exitosa la intensa aplicación práctica de la regulación sobre prácticas agresivas aprobada en Italia como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE. Así lo demuestra el gran volumen de asuntos tramitados por esta causa y las elevadas sanciones que se han impuesto a los infractores».

LORCPM, dado que busca llenar el actual vacío normativo al establecer la competencia de los jueces de lo civil para conocer actos de competencia desleal “*simple*”⁶⁶⁹, por lo que, su eventual expedición otorgaría herramientas que beneficiarían a operadores económicos que resulten víctimas de conductas desleales en el mercado, sin importar la intensidad de sus efectos.

Sin embargo, un sistema público ideal contra la competencia desleal, –en el que interviene un órgano administrativo para la represión de las conductas desleales competencia desleal– genera ciertas eficiencias que también merecen ser consideradas, como son la facultad para actuar de oficio; contar con personal especializado en la materia; o que sus actuaciones se ajusten de mejor forma al principio de celeridad que se espera de la administración pública⁶⁷⁰, reflexión que abordaremos con mayor profundidad posteriormente.

v.- Finalmente, los actos de competencia desleal «*agravados*» –conforme a los artículos 5 y 37 del Proyecto de Ley– son aquellos que, «*por su gravedad y magnitud, a más de afectar los intereses particulares, afectan o puedan afectar los intereses de orden público y la libre competencia*»; sin embargo, de forma inmediata, el artículo continúa y determina: «*Para establecer la gravedad del acto desleal no se requiere la delimitación de mercado relevante*».

En otras palabras, conforme a lo indicado en dicho proyecto normativo los actos de competencia desleal agravados son aquellos que falsean el *orden público y la libre competencia*, manteniendo una redacción similar a la configuración del ilícito *antitrust* contenido en el artículo 3 de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la competencia española⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Las autoridades jurisdiccionales, actualmente, se encuentran limitados a las acciones de reparación de daños y perjuicios producto del daño que deviene de la determinación de responsabilidad civil, contractual o extracontractual o del abuso de derecho que hubiere sido probado en el proceso judicial.

⁶⁷⁰ El análisis de las ventajas y desventajas de los modelos de «*private enforcement*» y «*public enforcement*» para conocer actos de competencia desleal se lo realiza en el posteriormente en el presente capítulo.

⁶⁷¹ Redacción similar, pero que no es idéntica, ni tiene la misma concatenación de requisitos, por lo que cabe preguntarse si dicha disposición puede sujetarse a una interpretación similar, o por el contrario la doctrina y jurisprudencia deberá desarrollar uno diferente para el caso ecuatoriano.

Es decir, la fórmula propuesta en el Proyecto de Ley contiene una aparente contradicción, debido a que, por una parte, se entienden a las conductas desleales como agravadas cuando falsean la libre competencia –y el orden público–, pero por otra, para establecer el falseamiento a la libre competencia no se debe –al no ser un requisito– determinar el mercado relevante.

Al respecto, la más autorizada doctrina, con absoluta claridad señala⁶⁷² que la determinación del falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal, –en el ordenamiento jurídico español– «*exige concretar con precisión el mercado relevante, valorar la posición relativa de los operadores que actúan en él y pronosticar la evolución de su posición en el mercado*», de igual manera, el estudio del mercado relevante permite el «*identificar las relaciones de poder relativo que existen en el mercado, (...) la existencia de barreras de entrada (...)*», la duración de la conducta y la valoración de los efectos anticompetitivos que esta produce o pueda producir en el mercado.

En este sentido, la idea que subyace en la inclusión de los actos de competencia desleal como ilícitos *antitrust* debe consistir en que el falseamiento de la libre competencia se produce por aquel acto desleal que comporta una distorsión u obstaculización sensible, grave o significativa en el mercado y para cuya determinación debe siempre tenerse en consideración, entre otros, «*las características del mercado, las implicaciones para los competidores, o el número de consumidores afectados*»⁶⁷³.

⁶⁷² MASSAGER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos...”, op. cit. pp. 407. En relación con la necesidad de determinar el mercado relevante en aquellos ilícitos antitrust por acto desleal, a la luz del artículo 7 de la Ley 16/1989. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Libre competencia...”, op. cit., pp. 290, 291:

«Además, aunque la delimitación del mercado relevante no parezca tan necesaria para valorar la aptitud de una conducta para causar la eliminación de un competidor, hay que tener en cuenta que el artículo 7 de la LDC requiere, además, que el falseamiento de la libre competencia sea sensible. Según el Tribunal, este requisito no sólo excluye del ámbito de aplicación del artículo 7 de la LDC los asuntos de importancia menor, sino que exige que la conducta enjuiciada “tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado” .La utilización —una vez más— de conceptos jurídicos indeterminados permite referir esa “grave perturbación” tanto a la estructura del mercado como al funcionamiento eficiente del mismo, en cualquier impone al Tribunal la tarea de delimitar el mercado relevante. es decir, el mercado cuyos “mecanismos reguladores” han sido “gravemente perturbados”».

⁶⁷³ MASSAGER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, op. cit. pp. 408 y 409.

Estas razones fundamentan la aparente contradicción normativa incluida en los artículos 5 y 37 del Proyecto y, a su vez plantea la duda de si en la propuesta de Ley la determinación de los actos desleales agravados y falseamiento exige otros parámetros distintos del análisis económico regular de una autoridad de competencia, como son, a modo de ejemplo, aquellos que reporten una alta cuantía –por lo que la distorsión sería más gravosa–, o para aquellos actos desleales que produzcan una afectación a otros derechos protegidos⁶⁷⁴.

Sin embargo, advertimos que sin desconocer la importancia que puedan tener otros bienes jurídicos en el marco constitucional ecuatoriano, dichas interpretaciones, a nuestro criterio, claramente se alejan de la definición del falseamiento de la libre competencia por existencia de una conducta desleal.

En virtud de lo comentado, el Proyecto de Ley presentado por la Superintendencia, si bien busca otorgar un marco legal para la represión de los actos de competencia desleal con sustento en el ámbito judicial y administrativo, nos parece que tiene evidentes deficiencias conceptuales que deben ser mejoradas en su eventual discusión en el poder legislativo.

Caso contrario, estimamos que de aprobarse dicho Proyecto de Ley conforme a su actual configuración, generará más dudas que certezas respecto de su correcta aplicación, tanto a los administrados como a la propia autoridad administrativa.

5. Otros aspectos positivos y negativos

Por otra parte, el Proyecto de Ley, como norma integral de competencia desleal incorpora varias disposiciones tanto de carácter adjetivas como sustantivas, cuya revisión integral excede el alcance del presente trabajo de investigación.

Sin embargo, a fin de brindar mayores elementos de valoración de la norma propuesta, a continuación, resaltaremos algunos de los aspectos positivos y negativos más representativos.

⁶⁷⁴ Como es del caso del artículo 35 del Proyecto de Ley que regula las “*Prácticas agresivas que afecten el interés superior del niño, niña y adolescente*”.

Entre los positivos se encuentran:

- La tipificación de las conductas desleales es muy similar –por no decir igual– a la contenida en la Ley 3/1991 de España, sobre la que existe doctrina y jurisprudencia que puede ser eventualmnete utilizada por las autoridades ecuatorianas como guía para una correcta interpretación y aplicación⁶⁷⁵.
- El proyecto de Ley contempla la posibilidad de que las asociaciones de consumidores también puedan iniciar procesos judiciales de competencia desleal, lo que da paso por primera a vez acciones privadas de consumidores en ámbito judicial en Ecuador⁶⁷⁶ en competencia desleal.
- La norma contempla una interesante regulación de medidas preventivas en ámbito judicial que incorporan: *el cese provisional de la conducta; la imposición provisional de condiciones; la suspensión provisional de los efectos de actos jurídicos relacionados con la conducta prohibida; y, el retiro provisional de bienes, productos y mercaderías.*

Ahora bien, más allá de las observaciones realizadas hasta el momento, entre los principales aspectos negativos resaltamos:

- Falta de claridad respecto del procedimiento administrativo para conocer asuntos de competencia «agravada», porque la norma no define el procedimiento administrativo para el conocimiento y posterior sanción de la conducta desleal⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Sin embargo, no debe olvidarse que la interpretación de las disposiciones legales por parte de las autoridades judiciales y administrativas debe ser realizada a la luz del marco constitucional vigente, por lo que la simple “transposición” normativa no necesariamente asegurará una correcta aplicación. Nos referimos, por ejemplo, a las dificultades –que señalamos en el segundo capítulo del presente trabajo– respecto de aplicación de cláusula general como norma sustantiva de competencia desleal.

⁶⁷⁶ Artículo 74 del Proyecto de Ley.

⁶⁷⁷ Al respecto, si bien el Código Orgánico Administrativo, establece un procedimiento común para todo expediente administrativo; este contiene términos relativamente cortos que pueden no ajustarse a la necesidad real que tiene la administración pública para conocer un caso en el marco protección a la defensa de la competencia. Como referencia, el procedimiento actual contenido en la LORCPM dura 180 término para las investigaciones preliminares y un plazo de hasta un año para la etapa de investigación formal.

- El Proyecto de Ley traslada desde la actual LORCPM, la confidencialidad y reserva en el manejo de los expedientes de investigación en casos de competencia desleal agravada, lo que a nuestro criterio afecta al principio de publicidad de las investigaciones, en esencia los actos de competencia desleal que investigue la autoridad de competencia deben ser públicos, salvo que se refieran a aspectos económicos en los que se encuentra justificada la confidencialidad de la información.
- La incorporación de disposiciones normativas que parecen ser contrarias a la Constitución del Ecuador, en particular, la restricción para iniciar acciones de protección⁶⁷⁸ y la inversión de la carga de la prueba como regla general⁶⁷⁹ rozarían una posible inconstitucionalidad.

⁶⁷⁸ En el marco constitucional ecuatoriano, las acciones de protección son el mecanismo constitucional que tienen los ciudadanos para acceder a la justicia constitucional en el caso de la vulneración de derecho constitucionales, por lo que establecer regulaciones especiales respecto de admisibilidad de este tipo de acciones parecería constituir limitaciones irrazonables al acceso a la justicia constitucional. Vid. Artículo 59.- «Acción de protección.- La acción de protección sobre los actos emitidos en sede administrativa por la Superintendencia de Competencia Económica no procede en los casos establecidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La acción jurisdiccional presentada no suspende el procedimiento administrativo iniciado por la Superintendencia de Competencia Económica, salvo que se dicten medidas cautelares expresas por parte del juez constitucional correspondiente».

⁶⁷⁹ El artículo 84 del Proyecto de Ley, establece como regla general que en “...los casos en los que se alegue una infracción por violación de esta ley, corresponderá al demandado o sujeto pasivo de la infracción concurrential en cuestión probar la no existencia del ilícito que se le imputa”, lo que nos parece contrario al derecho a la defensa en la garantía a la presunción de inocencia y la seguridad jurídica de los administrados. La regla general de la carga de la prueba consiste en que, quien alega la existencia de la infracción debe probar sus aseveraciones, y la inversión de la carga de la prueba se reserva para casos puntuales que, por la naturaleza del proceso, o del hecho, normalmente no le es posible al legitimado activo probarlo.» GARCÍA M., “Probatio Diabolica. El juego de probar lo imposible” en <https://tc-abogados.es/probatio-diabolica-el-juego-de-probar-lo-imposible/> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022). Al respecto, el derecho moderno de competencia desleal establece ciertas excepciones a la regla general de la carga de la prueba y permite su inversión en aquellos casos de publicidad ilícita, –en particular por constituirse en actos de engaño, denigración o comparación– en estos casos, la parte accionada –el anunciante– debe acreditar la veracidad de las expresiones realizadas en el mercado, –y que la parte accionante denuncia como desleal– dado que, es quien está en mejor posición para acreditar la veracidad de sus afirmaciones. Sin embargo, dicha excepción no puede constituirse en una regla general, ya que de lo contrario el legitimado pasivo deberá probar hechos que pueden ser de difícil o imposible de prueba, como es el caso de la prueba del hecho negativo, HUNTER AMPUERO I., “Las dificultades probatorias en el proceso civil. tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, *Revista de derecho*, RDUCN vol.22 no.1 Coquimbo 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100006>. Por lo que es de nuestro criterio, que la inversión general de la carga de la prueba se puede constituir como una figura inquisitoria que a nuestro criterio vulnera derechos constitucionales de los administrados, por ejemplo en ámbito penal, la Corte Nacional de Justicia en relación con la sentencia 916-2013 dictada dentro Juicio No. 1234-2012 señaló: “Las partes acusadas, igualmente, tampoco están obligadas a probar su inocencia, la cual se presume o se

Además, de los puntos señalados, existen otros aspectos mejorables tanto en temas de fondo como de forma del Proyecto de Ley, pero que, sin embargo, por ser ajenos al tema principal del presente trabajo de investigación omitimos detallarlos.

6. Reflexiones finales

El proyecto normativo referido contiene aspectos positivos que acercan su propuesta al marco moderno de regulación de la competencia desleal y en particular destacamos el acierto de la actual autoridad de competencia en impulsar la creación de una Ley de Competencia Desleal que proponga la incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de herramientas jurídicas suficientes para erradicar conductas de competencia desleal. Indudablemente ello promueve la atención de la sociedad al tema e impulsa su discusión en la sociedad ecuatoriana.

Sin embargo, como hemos anotado, en el Proyecto de Ley existen varios puntos que deben ser objeto de reconsideración y discusión para su mejoramiento. Entre ellos, a mi criterio, el principal es la necesidad de que la eventual norma de competencia desleal estructure de forma adecuada los mecanismos de represión de la competencia desleal que afecten tanto a competidores, consumidores como al propio mercado, de la forma más eficiente posible y dentro del marco constitucional ecuatoriano.

Tema que será tratado en los siguientes puntos del presente trabajo de investigación.

tiene como cierta salvo prueba en contrario; y es que, no sólo constitucionalmente, sino incluso, por imposición de la misma lógica, nadie puede probar técnicamente su inocencia en tanto es imposible acreditar un hecho negativo. Exigirse esta conducta sería tanto como imponer a todo imputado una prueba diabólica”.

IV. El sistema de represión de la competencia desleal desde el marco constitucional ecuatoriano

Como ya ha sido expresado a lo largo del presente trabajo, la actual configuración de la regulación de las conductas desleales en la LORCPM no permite una adecuada represión de aquellas conductas que no afecten al orden público económico.

Incluso, en el Proyecto de Ley propuesto, si bien por una parte busca reprimir mediante la acción administrativa los actos de competencia desleal «*agravados*» y, por otra, mediante la acción judicial propone un mecanismo legal para reprimir los actos de competencia desleal «*simples*», existen distintos casos de competencia desleal que no alcanzarían una adecuada protección.

A fin de resaltar lo indicado, señalaremos a modo de ejemplo entre muchos otros posibles, el caso descuentos promocionales que ocurren regularmente en el mercado que, en muchas ocasiones pueden constituir actos de engaño, o actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor.

Al respecto, desde algún tiempo, en Ecuador ha cobrado relevancia ciertas fechas específicas para realizar promociones y descuentos⁶⁸⁰ en fecha «*especiales*»; como es el caso del «Black Friday» evento que tiene lugar en el mes de noviembre y en los que almacenes y tiendas ofrecen productos y servicios con supuestos descuentos especiales.

En este sentido, en los últimos años se han detectado casos en los que dichos supuestos descuentos promocionales, realmente no eran tales, e incluso se han

⁶⁸⁰ En relación con la definición de descuento: Vid. PALAU RAMIREZ. F., Vid. PALAU RAMIREZ. F., “Descuentos promocionales...”, op. cit. p. 73 «*Así pues, elemento esencial del concepto de descuento es la confrontación de dos precios, el precio practicado actualmente y el precio de referencia sobre el cual opera la maniobra rebajista del oferente. De la consideración de un determinado precio de referencia dependerá la cuantía y la existencia misma de un descuento. Al respecto, varios son los precios a los que se puede hacer referencia para ofrecer un precio como rebajado: el precio del mercado, el precio de uno o varios competidores o el precio anteriormente practicado o, incluso que se practicará en un futuro por el mismo oferente*».

encontrado casos en los que los precios de los productos ofertados llegaban a ser más altos en promoción u oferta que el precio regular del producto⁶⁸¹.

En este supuesto, con la configuración actual de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM, la Autoridad ecuatoriana de competencia tenía únicamente la facultad para conocer y eventualmente sancionar dicha conducta en el caso que genere un efecto anticompetitivo significativo en el mercado relevante.

Situación que apreciamos como bastante difícil, en la medida que este tipo de ofertas son puntuales, normalmente de corta duración y cuyo efecto negativo individual en cada consumidor «*perjudicado*» suele ser mínimo o muy pequeño, por lo que, difícilmente dicha conducta generará un efecto anticompetitivo de relevancia en el mercado⁶⁸².

Por otra parte, con el sistema propuesto en el Proyecto de Ley, consideramos que dicho supuesto tampoco tendría una adecuada represión. Primero, porque al igual que ocurre en la actualidad, la autoridad administrativa solo podría conocer el caso si

⁶⁸¹ Hemos destacado dicho ejemplo por su relativa novedad e impacto que tuvo en redes sociales ecuatorianas. Vid. por todos: <https://www.expreso.ec/actualidad/economia/existe-black-friday-ecuador-gente-responde-viernes-negro-actualidad-94247.html> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022). Sin embargo, la Superintendencia tiene múltiples experiencias de casos archivados en los que no ha podido reprimir conductas desleales con afectación a intereses colectivos de consumidores por considerar que no afectaban el orden público económico. Al respecto ya nos hemos referido la resolución dictada el 12 de marzo de 2021, dentro del expediente No SCPM-IGT-INICPD-021-2018, en el que la SCPM ha pesar de haber considerado que el cobro de servicios no financieros sin contar con la debida autorización de consumidores y usuarios era un acto contrario a los usos y costumbres honestas en el mercado, no revestía de la significancia necesaria para afectar el mercado relevante. En similar sentido, la SCPM en la resolución de 14 de diciembre de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019 consideró que la venta de medicamentos por encima de precio techo dispuesto por el Estado se constituía como un acto contrario a la cláusula general contra competencia desleal pero que, sin embargo, por la estructura de los mercados relevantes dicha práctica no podía constituirse como una infracción a la LORCPM.

⁶⁸² En relación con la dificultad que genera el inicio de acciones legales contra conductas desleales relacionadas con derecho de los consumidores Vid. RIBÓN SEISDEDOS, E., “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, en VV. AA *Las prácticas comerciales desleales*, RIBÓN SEISDEDOS E., (Coord.) Ed. CEACCU, 2010, p. 111:

«En general, las reclamaciones de consumo suelen presentar unas dificultades añadidas que hacen aún más complejo el ejercicio de la acción judicial. Suelen ser perjuicios de reducida cuantía en la mayoría de las reclamaciones, y es también frecuente la incidencia sobre una colectividad de usuarios indeterminados. No es extraño en empresas con miles de clientes, el cobro indebido de una pequeña cantidad a cada usuario que, les permite un beneficio ilegal muy sustancioso. En estos casos es probable que ningún consumidor reclame judicialmente la cantidad que se le debe. Incluso aunque lo hiciera, y ganara el usuario, el resultado seguiría siendo muy beneficioso para la empresa...».

la conducta desleal es agravada, lo que replica las mismas limitaciones que tiene la actual autoridad de competencia.

Y, segundo, porque para que tenga lugar una acción simple de competencia desleal resultará indispensable que se entable una demanda y de inicio a un proceso judicial, es decir, necesariamente debe mediar el interés de uno o más particulares que tengan un legítimo interés en que se reprima el acto anticompetitivo.

Cosa que, no siempre es fácil, debido a que el Proyecto de Ley no considera como legitimado activo al consumidor individual afectado con la conducta anticompetitiva –por el contrario, la legitimación activa recae en quienes ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios⁶⁸³– razón por lo que se requiere de una importante tarea de organización y conformación de asociaciones de consumidores⁶⁸⁴; a fin de que éstas puedan ostentar la eventual legitimación activa para el ejercicio de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios; situación que en Ecuador no ha mostrado tener mayores resultados en ámbito de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Puesto que, la competencia desleal es una rama independiente del Derecho de consumo, que, aunque con ciertos puntos de conexión debe confundirse su real ámbito de aplicación. En adición, desde un punto de vista práctico, el consumidor individual no tendrá un interés en demanda la eventual cesación de la conducta anticompetitiva, sino que estará interesado en el resarcimiento de los posibles daños patrimoniales sufridos. Vid. PALAU RAMIREZ, F., “Descuentos promocionales...”, op. cit. p.289. Sin embargo, el consumidor individual enfrenta fuertes dificultades para iniciar acciones judiciales a título personal. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)”, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007* REBOLLO PUIG M. IZQUIERDO CARRASCO, M., (dirs.) Iustel, Madrid, 2011, pp. 891-967: «... hay que tener en cuenta la escasa cuantía económica de la gran mayoría de los litigios en materia de consumo, que provoca en el perjudicado por alguna conducta o situación antijurídica la sensación –en ocasiones muy real– de que el coste económico y personal de solventar la controversia ante los tribunales no va a compensar el valor de lo que se puede obtener en caso de vencer».

⁶⁸⁴ Vid. PALAU RAMIREZ, F., “Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal...”, op. cit. p. 289.

⁶⁸⁵ Efectivamente, no existen buenos precedentes en Ecuador en ámbito de derecho de consumidor, ya sea por la falta de recursos de las asociaciones de consumidores, las dificultades legales para su creación, entre otros, lo que genera dudas por su eventual aplicación en ámbito de competencia desleal. Vid. https://revistagestion.ec/sites/default/files/import/legacy_pdfs/194_006.pdf (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

Por otra parte, no podemos olvidar las dificultades que encierra todo proceso judicial como son los costos del proceso⁶⁸⁶, la dificultad en la carga de la prueba⁶⁸⁷ y la necesidad de probar la existencia de un eventual daño⁶⁸⁸, si lo que se busca, entre otros fines, es obtener una indemnización económica⁶⁸⁹.

Al respecto, la doctrina ha considerado que entre los principales problemas de los consumidores al enfrentar una posible conducta de una práctica desleal es el acceso a la justicia producto de «*la duración y los costes del procedimiento judicial, frente al limitado valor económico del daño*» razones que conllevan «*a muchos consumidores a renunciar a hacer valer sus derechos, reduciendo, en consecuencia, la eficacia de cualquier presión disuasoria para los operadores económicos*»⁶⁹⁰.

Tampoco parece probable que el caso señalado a modo de ejemplo pudiera ser objeto de enjuiciamiento a partir de acciones presentadas por otros competidores, en

⁶⁸⁶ En relación con los costos judiciales en acciones privada en ámbito de Derecho de competencia Vid. «*se suman los costos que tendrían que asumir los particulares que deciden actuar ante estas instancias y la carencia de los medios probatorios a la que se verían expuesta con el fin de comprobar la existencia de una conducta ilícita*». ORTIZ-BAQUERO, I., SOLANO-OSORIO, D., “Análisis comparativo de los sistemas de aplicación privada y pública de las normas de libre competencia en los países integrantes de la Comunidad Andina”, *Vniversitas* No 133, (2016). p. 203 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.acsa>, en relación con las limitaciones de los consumidores para iniciar acciones judiciales contra actos desleales.

⁶⁸⁷ Ibidem. p. 203.

⁶⁸⁸ Vid. MARTÍ MOYA, V., “La represión pública de la competencia desleal: una perspectiva de futuro para la aplicación del art. 3 de la ley de defensa de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 291, 2014, pp. 495-500: «*El difícil cálculo del daño efectivamente causado por conductas desleales, fundamentalmente, cuando no se trata de conductas aisladas sino realizadas en masa. 2.- Aún en el supuesto de poder determinar con exactitud el daño causado individualmente, suele ser habitual que en los actos de consumo éstos resulten ser de escasa cuantía.*»

⁶⁸⁹ Situación que en el contexto del derecho de consumidor es replicable a los actos de competencia desleal dirigidos a consumidores. Vid. RIBÓN SEISDEDOS, E., “Acción civil frente a las prácticas comerciales...”, op. cit., p. 125:

Ya hemos señalado que en general, las reclamaciones de consumo suelen presentar unas dificultades añadidas que hacen aún más complejo el ejercicio de la acción judicial. Suelen ser perjuicios de reducida cuantía en la mayoría de las reclamaciones, y es también frecuente la incidencia sobre una colectividad de usuarios indeterminados (piénsese pequeñas comisiones bancarias no pactadas o la reciente imposición por alguna operadora de telecomunicaciones del cobro del servicios no solicitados ni contratados por el usuario como es la identificación de llamadas). Una solución para este tipo de situaciones consiste como es sabido en el ejercicio de acciones colectivas. Sin embargo, en realidad, uno de los mayores problemas que conlleva el ejercicio de una acción colectiva, para las asociaciones de consumidores y usuarios, es el coste del litigio.

⁶⁹⁰ Vid. MARTÍ MOYA, V., *Geobloqueo y comercio electrónico entre la libre circulación y el derecho de la competencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 78.

particular porque este tipo de conductas tiene como principal objetivo el aprovechamiento del excedente del consumidor, lo que normalmente no suele ser un incentivo suficiente para el inicio de acciones por parte de la competencia⁶⁹¹.

Finalmente, en el contexto de la realidad del sistema de justicia latinoamericana y en particular de Ecuador⁶⁹², que enfrenta a una precaria realidad económica, con falta de formación adecuada de los juzgadores, entre otros problemas, conlleva que un sistema *private enforcement* afronte dificultades adicionales en la resolución de conflictos.

En este sentido, nos parece que tanto el sistema de represión de la competencia desleal vigente en la LORCPM, como el contenido en el Proyecto de Ley, fallan en ofrecer un mecanismo idóneo para una adecuada represión de todos los supuestos de conductas desleales que puedan tener lugar en el mercado ecuatoriano.

Sin embargo, hemos de advertir que los actos de competencia desleal dirigidos a consumidores son cada vez más comunes⁶⁹³ y cobran especial auge en el contexto el

⁶⁹¹ Menos aún habrá una real motivación de enjuiciar la práctica anticompetitiva si es que esta surte efecto en el mercado y puede ser replicada o aprovechada por los operadores económicos competidores.

⁶⁹² En relación con el sistema judicial en los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones Vid. ORTIZ-BAQUERO, I., SOLANO-OSORIO, D., “Análisis comparativo de los sistemas de aplicación privada...”, op. cit., p. 203 «*Al colapso de la función judicial que a su vez genera graves atrasos en la resolución de conflictos*» desde la perspectiva de la justicia ecuatoriana Vid. Rivadeneira Játiva, H., *La crisis del sistema judicial en el Ecuador*, <https://derechoecuador.com/la-crisis-del-sistema-judicial-en-el-ecuador/>, desde la perspectiva historia del funcionamiento de la función judicial <https://www.elcomercio.com/actualidad/colapso-justicia.html>, y dificultades recientes en el sistema a de justicia <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/justicia-recorte-presupuestario> (consultados por última vez 8 de junio de 2022).

⁶⁹³ Por ejemplo, nos referimos al expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018 en el que la Superintendencia investigó a entidades del servicio financieros, seguros y otros por el cobro de servicios no financieros sin contar con la autorización de los consumidores o usuarios.

comercio en línea⁶⁹⁴ o digital⁶⁹⁵ y en nuevas tecnologías; por lo que un modelo de represión de la competencia desleal únicamente con sustento en acciones privadas en el que se «confía» a particulares el inicio de procesos judiciales para la activación del sistema pone en situación de debilidad a las víctimas, en especial cuando se tratan asuntos de derecho colectivos de consumidores⁶⁹⁶.

Ahora bien, previo a la proposición de mecanismo adecuado de represión de la competencia desleal en el marco constitucional y legal ecuatoriano nos referiremos brevemente respecto de la aplicación de los modelos de represión privada y pública de la competencia desleal en ámbito internacional.

1. Modelo de represión privada de la competencia desleal

El modelo de represión privada del Derecho de la competencia desleal se entiende como aquel que tiene lugar ante los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria, quienes tienen están facultados para conocer y resolver las acciones presentadas producto de actos desleales en el mercado⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ MARTI MOYA, V., “El modelo anglosajón y public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores...”, op. cit., p. 139:

«Se ha publicado en prensa recientemente, un estudio que demuestra que “casi nueve de cada 10 usuarios españoles de internet ha recibido algún tipo de bulo en su correo y un 6,5% afirma haber sido víctima de una estafa en la red”, según un estudio de la Asociación de Internautas. El porcentaje de supuestos estafados supone más de un millón y medio de ciudadanos, teniendo en cuenta los últimos datos sobre internautas facilitado por el Instituto Nacional de Estadística (23 millones de usuarios en 2011). De hecho, la cifra sube hasta el 37% entre los internautas que conocen a alguien que ha sido estafado en la red, y es un hecho que cada vez hay más casos de víctimas de estafas en internet»

⁶⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ PONS, E «Además, entre otros factores, conviene destacar el clima de crisis financiera que ha vivido Europa en los últimos tiempos y el auge de las nuevas tecnologías en la comercialización de los productos y servicios, como dos de los motivos que han propiciado la aparición de prácticas comerciales ilegales que han abusado de la débil figura del consumidor, abocándole a situaciones dramáticas por todos conocidas.» GONZÁLEZ PONS, E., “Prácticas agresivas y tutela”, op. cit., p. 175.

⁶⁹⁶ Ibidem p. 75.

⁶⁹⁷ En ámbito de Derecho de defensa la competencia, sin perder de vista su clara diferencia con la competencia desleal, ALONSO SOTO, R., señala: https://www.concurrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_22_-_Ricardo_Alonso_Soto.pdf (consultada por última vez el 8 de junio de 2022) «Entendemos por aplicación privada del Derecho de la competencia la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las

Ahora bien, el sistema de represión privada de la competencia desleal en el modelo adoptado por el legislador español, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 3/1991, Ley de Competencia Deslealtad, permite a la autoridad jurisdiccional el pronunciarse respecto de acciones declarativas de deslealtad; de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; de remoción de los efectos; de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; de resarcimiento de los daños y perjuicios; y, de enriquecimiento injusto⁶⁹⁸.

Al respecto, en el modelo privado de represión de la competencia desleal la activación del sistema pasa por el inicio de las acciones judiciales correspondientes por los legitimados activos de conformidad con la Ley⁶⁹⁹.

En la especie, el juez se constituye como pieza clave en la represión de la competencia desleal al que pueden acudir sus víctimas a fin de evitar o cesar un acto anticompetitivo o el remediar sus efectos perniciosos.

Similar es el caso colombiano, en el que por aplicación del artículo 20 del Código General del Proceso, expedido mediante Ley 1564 de 2012⁷⁰⁰, las autoridades jurisdiccionales de lo civil son quienes tienen la competencia para conocer las acciones que tengan lugar por competencia desleal⁷⁰¹.

No obstante, el sistema constitucional colombiano permite que en ciertos casos autoridades administrativas ostenten funciones jurisdiccionales⁷⁰², entre ellas se

autoridades administrativas de defensa de la competencia, tanto europeas como nacionales o autonómicas».

⁶⁹⁸ Vid. artículo 32 de la Ley 3/1991.

⁶⁹⁹ Vid. artículo 33 de la Ley 3/1991.

⁷⁰⁰ Ley 1564 de 2012, publicada en el Diario Oficial El Peruano No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

⁷⁰¹ Ley 1564 de 2012, artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia. «Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De los de competencia desleal, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas».

⁷⁰² RAMÍREZ TORRADO, M., L., HERNÁNDEZ MEZA, N., “Otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas en Colombia: ¿Empoderamiento al Ejecutivo?” *Revista Ius et Praxis*, 2021, p.21-22:

«Desde la constitución de 1991, la oferta en administración de justicia, en Colombia, se ha ampliado, pues a la par del poder judicial se ha venido empoderando al Ejecutivo con esta función, en distintos sectores caso de: consumo, competencia, propiedad industrial, derechos de autor, salud, entre otros. A priori, esta oferta presenta ventajas, como es el acceso al servicio a

encuentra la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que está facultada como autoridad jurisdiccional en materias de competencia desleal y protección del consumidor⁷⁰³.

Sin perjuicio de lo indicado, el sistema de represión de la competencia desleal de Colombia no pierde su naturaleza privada y mantiene las principales ventajas y deficiencias propias del *private enforcement*.

En tal sentido, para la autoridad jurisdiccional se encuentra vedado el inicio de procedimientos de oficio por actos de competencia desleal, así como, debido al carácter procesal del enjuiciamiento de la competencia desleal, la carga de la prueba, por regla general la tiene el demandante⁷⁰⁴ lo que claramente se constituye en una natural limitación propia de todo proceso judicial.

partir del uso de tecnologías, la especialidad del juez, la disminución en los tiempos de decisión; sin embargo otras tantas cuestiones plantean interrogantes como lo son: igualdad en acceso a la justicia, uso de tecnologías, los recursos, la autonomía e independencia del juzgador, entre otros temas.»

⁷⁰³ Ley 1564 de 2012, artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. «Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal». Al respecto RAMÍREZ TORRADO, M., L., HERNÁNDEZ MEZA, N., “Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia”, *Revista Derecho del Estado* n.º 41, 2018, pp. 334, 335:

«En materia de protección a la libre competencia, las acciones jurisdiccionales se circunscriben a dos: a) las acciones declarativas y de condena, y b) las acciones preventivas o de prohibición por actos de competencia desleal; pudiéndose resolver ambas acciones, en sede jurisdiccional, por parte de un juez civil del circuito o de la sic, a través del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales o el delegado de este. Siendo esta competencia a prevención. A través de estas acciones, el juez civil del circuito o la sic revestida de funciones jurisdiccionales pueden declarar la nulidad total o parcial de contratos o acuerdos que contengan cláusulas anticompetitivas o la responsabilidad civil de los infractores, bien sea con base en una decisión administrativa, originada en un proceso administrativo sancionador, o en forma directa.»

⁷⁰⁴ Salvo en aquellos casos en los que es posible su inversión como es en el caso de aseveraciones publicitarias. Con relación a la aplicación de la Directiva 2005/29. Vid. TATO PLAZA A., “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, No. 29, 2008-2009, pp. 533, 534:

«En este sentido, debe destacarse que una alegación debe ser calificada como falsa o inexacta en dos supuestos diversos: cuando se ha acreditado su falsedad o inexactitud, o cuando el operador responsable de la misma no ha aportado pruebas suficientes de su exactitud. En efecto, la Directiva sobre prácticas desleales mantiene en este punto la regla de inversión de la carga de la prueba. De suerte que el juzgador, atendidas las circunstancias del caso, puede invertir la carga de la prueba y requerir al operador económico que aporte las pruebas que sustenten la exactitud de las correspondientes alegaciones. La falta de aportación de pruebas que acrediten la exactitud

Adicionalmente, en el ámbito de acción privada de la competencia desleal, los costos procesales –como son honorarios profesionales, contratación de peritos, entre otros–, inherentes a todo proceso judicial en algunas circunstancias se convierten en inconvenientes o impedimentos para el efectivo ejercicio de acción judiciales⁷⁰⁵.

Esta situación tiene especial importancia en los casos en que son los consumidores quienes se ven afectados por la conducta anticompetitiva, o en aquellos casos en que las partes procesales son pequeños competidores que no tienen los mismos recursos –económicos o de mercado– que la contraparte y por lo tanto se les dificulta mantener una igualdad de armas dentro de un eventual proceso judicial.

2. Modelo represión pública de la competencia desleal

A diferencia de los sistemas represión privada para el común de los casos de competencia desleal, como es el caso de España, o el propuesto para las conductas simples en el Proyecto de Ley en Ecuador, cabe la alternativa de considerar al modelo de represión pública de la competencia desleal, es decir, que los mecanismos de

de la correspondiente alegación, o la insuficiencia de las pruebas aportadas, por lo demás, permite calificar aquella como falsa o inexacta.

No obstante lo anterior, debe indicarse también que en la Directiva sobre prácticas desleales la regla de inversión de la carga de la prueba no opera de forma automática. Por el contrario, el artículo 12 de la Directiva atribuye al juzgador la facultad de exigir al empresario la prueba de la veracidad o exactitud de sus alegaciones si “tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso”. Previsión ésta que debe considerarse acertada, toda vez que una cierta flexibilidad en la aplicación de aquella regla permitirá al juez imponer la carga de la prueba a aquella parte que, en función de las circunstancias del caso, pueda tener un más fácil acceso a las pruebas exigidas.»

Por su parte, el artículo 217 de Ley de Enjuiciamiento Civil española reconoce dicha inversión y establece: «Artículo 217. *Carga de la prueba.*4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente».

⁷⁰⁵ Otra limitación común en ciertos países latinoamericanos es la corrupción: «... uno de los principales motivos para no recurrir a la justicia son los costos excesivos que ello implica. Dichos costos incluyen no sólo las tarifas oficiales por litigar y honorarios profesionales sino también los costos “no oficiales” (corrupción) y el tiempo invertido». HERRERO, ÁLVARO., y HENDERSON, K., *El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa, El caso de Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo Washington, D. C. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-costo-de-la-resoluci%C3%B3n-de-conflictos-en-la-peque%C3%B1a-empresa-El-caso-de-Per%C3%BA.pdf> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

activación para combatir las posibles conductas desleales que tengan lugar en el mercado requieran de la actuación de una entidad pública administrativa.

En este modelo, es la administración pública la que actúa a fin de conocer y resolver los actos de competencia desleal que pueden tener lugar en el mercado.

Una experiencia próxima al Ecuador se puede encontrar en la regulación peruana de la competencia desleal en la que la represión pública de la competencia desleal tiene una doble vertiente; por una parte, para la resolución de casos en materia de competencia desleal se exige la necesaria intervención de un organismo público; y, por otra, se habilita a la administración pública para representar los derechos colectivos de consumidores y usuarios en las eventuales reclamaciones de daños que puedan tener lugar por la existencia de conductas desleales ante instancias judiciales.

A. Represión pública de la competencia desleal en Perú

En efecto, el Decreto Legislativo N°. 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal peruana designa al INDECOPI –junto al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL para los casos en que la aplicación de la ley tenga lugar en el mercado de los servicios públicos de telecomunicación– como la entidad privativa⁷⁰⁶ para la represión de la competencia desleal y le otorga la facultad legal para ejercer el control mediante procedimientos administrativos sancionatorios en primera como segunda instancia⁷⁰⁷.

Es importante anotar que, a diferencia de la legislación ecuatoriana, la graduación de los efectos de la conducta desleal no altera las facultades del INDECOPI

⁷⁰⁶ Al respecto, la disposición complementaria final primera del Decreto Legislativo N° 1044, impide el acceso a los órganos judiciales sino existe de manera previa el agotamiento de la instancia administrativa: «*PRIMERA.- Competencia primaria.- (...) No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos*».

⁷⁰⁷ Mediante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en primera instancia y Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, –en la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (artículo 24 del Decreto Legislativo– N° 1044.)

para aplicar la Ley, en estricto sentido, el Decreto Legislativo N° 1044⁷⁰⁸ no realiza una división o separación en la naturaleza jurídica de las infracciones, por lo que, dicho organismo es competente para conocer y sancionar todas las conductas desleales que puedan tener lugar en el mercado, ya sea aquellas que se dan entre pares y con afectación individual; aquellas que puedan poner en riesgo el orden público económico; y, finalmente de las conductas que tengan efectos perniciosos o estén dirigidas a los consumidores⁷⁰⁹.

Respecto de estas últimas conductas, incluso el modelo de represión pública de la competencia desleal en el Perú se complementa con el Decreto Legislativo N° 1044, al otorgar la legitimación activa al INDECOPI para iniciar y proseguir los procesos judiciales que correspondan para la reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de conductas desleales⁷¹⁰ en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores.

Ahora bien, respecto del control de la competencia desleal, el INDECOPI tiene la competencia para declarar la existencia de actos desleales que tengan lugar en el mercado; dictar medidas correctivas para restablecer la leal concurrencia en el mercado como son: el cese del acto infractor, el comiso, la destrucción de productos, o la rectificación de información; finalmente, tiene la facultad para establecer sanciones, traducidas en amonestaciones o multas, en función de la gravedad de la conducta anticompetitiva⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 de junio de 2008, en el Diario Oficial el Peruano No. 3747922.

⁷⁰⁹ Conforme el Decreto Legislativo N° 1044, la represión de la competencia desleal tiene lugar de manera independiente a la infracción individual de consumidores directamente afectados. «*SEGUNDA.- Derechos de los consumidores.- Los actos de competencia desleal prohibidos por esta Ley son sancionados independientemente de la afectación directa que pudieran producir en perjuicio de los derechos de los consumidores. En caso existan consumidores afectados como consecuencia de un acto de competencia desleal, corresponderá a la autoridad competente en materia de protección al consumidor, aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la ley de la materia*».

⁷¹⁰ Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1044.

⁷¹¹ Así como para los casos en que exista incumplimiento de la medida correctiva dispuesta por el INDECOPI por parte de un operador económico infractor de la Ley, a quien se les impondrá una multa coercitiva equivalente al 25% de la multa impuesta por la realización del acto de competencia desleal declarado. (Art. 57 del Decreto Legislativo N°. 1044).

Al respecto, aunque pudiera parecer que las amplias facultades que el ordenamiento jurídico otorga al INDECOPI pudieran generar una sobrecarga en la administración pública, lo cierto es que la evaluación entre pares realizada por la OCDE - BID fue bastante positiva respecto del general funcionamiento del organismo⁷¹².

En cuanto se refiere específicamente a casos de competencia desleal, en la evaluación entre pares se resaltó el hecho de que, a marzo de 2018, se habían iniciado 32 procedimientos promovidos por denuncias de parte, y otros 34 de oficio, lo que da un total de 66 investigaciones⁷¹³ activas, las cuales están sujetas a los términos y plazo del Decreto Legislativo N° 1044.

De igual manera, el INDECOPI debido a su carácter técnico y su eficiente actuación como entidad de control ha ganado una importante reputación tanto nacional como internacional y «... *concita el apoyo y el reconocimiento de prácticamente todas las principales partes interesadas de los sectores público y privado en Perú*». A pesar de su estructura poco habitual que es «*responsable de la solución de controversias y de emitir resoluciones sobre numerosas cuestiones de regulación del mercado que van más allá del Derecho de competencia —incluidas, en particular, la propiedad intelectual, la competencia desleal y la protección del consumidor—*»⁷¹⁴.

Ahora bien, el INDECOPI en su actuar ha emitido múltiples resoluciones sancionatorias que han buscado la corrección económica en el mercado mediante la

⁷¹²Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia para Perú, 2018, pp. 118: «*Perú tiene instaurado un activo régimen de competencia que está en sintonía con las prácticas y estándares reconocidos en el plano internacional, con excepción del control de concentraciones. El conjunto de reformas introducidas en los últimos años pone de manifiesto lo ambicioso de los esfuerzos que el Indecopi y el Gobierno de Perú han realizado para tutelar de manera más eficaz la defensa de la competencia y lograr un mejor funcionamiento de los mercados. La legislación de competencia se aplica a todos los sectores económicos y a todas las conductas susceptibles de producir efectos anticompetitivos en la economía peruana...*»

⁷¹³ Ibidem. p. 97.

⁷¹⁴ Ibidem pp. 118-119.

represión de conductas desleales, como por ejemplo en casos de violación a la cláusula general⁷¹⁵ actos de engaño⁷¹⁶, violación de normas⁷¹⁷, entre muchos otros.

B. Valoración del sistema peruano a la luz del Derecho Constitucional ecuatoriano

En este sentido, la experiencia que brinda el INDECOPI en el marco de la regulación peruana es un claro ejemplo que puede seguir el legislador ecuatoriano para la posible implementación de un modelo de represión pública de la competencia desleal.

Incluso consideramos que este modelo se ajusta de mejor manera al sistema constitucional ecuatoriano, que exige al Estado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades entre los distintos participantes del mercado⁷¹⁸, y establece la facultad sancionatoria del Estado a fin de evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

En otras palabras, la Constitución del Ecuador otorga un papel preponderante al Estado para prevenir, corregir, eliminar y finalmente sancionar aquellos actos anticompetitivos que puedan tener lugar en el mercado ecuatoriano.

⁷¹⁵Por ejemplo, para los casos en los que se comercializan bienes sin contar con las autorizaciones necesarias (Resolución No 0086-2019/SDC-INDECOP), o en los que se copia de forma casi idéntica el manual de uso del producto de un competidor para explicar el correcto funcionamiento del producto propio. (Resolución No 153-2017/CCD-INDECOPI). Las resoluciones se pueden encontrar en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷¹⁶ Ello tiene lugar cuando se ofrecen características que no corresponden con la realidad del producto (Resolución No 0015-2020/SDC-INDECOPI, Resolución No 0089-2020/SDC-INDECOPI, Resolución No 0046-2020/SDC-INDECOPI); o cuando se informa que un determinado producto es fabricado por determinada empresa y no resulta cierto (Resolución No 0006-2020/CCD-INDECOPI). Las resoluciones se pueden encontrar en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷¹⁷ En cuanto se refiere a la determinación de lo que debe entenderse como ventaja competitiva significativa, (Resolución N° 0076-2018/SDC-INDECOPI o Resolución N° 0113-2019/SDC-INDECOPI), la necesidad de contar con un pronunciamiento previo emitido por la autoridad competente que determine la existencia de la infracción normativa (Resolución N° 148-2021/CCD-INDECOPI) o los casos en que el sujeto investigado debe probar el cumplimiento de obtención de permisos o registros sanitarios a fin de descartar una eventual infracción normativa (Resolución N° 134-2020/CCD-INDECOPI). Las resoluciones se pueden encontrar en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷¹⁸ Art. 336 de la Constitución del Ecuador.

El modelo público de represión de la competencia desleal otorga ciertas ventajas como es el principio de especialidad con el que cuenta un órgano administrativo que se dedica a una tarea específica, los términos administrativos suelen ser cortos en comparación con procesos judiciales y, sobre todo, el modelo *public enforcement* permite que el organismo administrativo pueda actuar de oficio, situación especialmente relevante para aquellas conductas que afectan el interés público o los derechos colectivos de consumidores.

Ahora bien, hemos de advertir, que el modelo de represión pública de la competencia desleal a su vez tiene ciertas aristas negativas que merecen ser consideradas y entre ellas destacamos en primer lugar los costos⁷¹⁹ que debe asumir el Estado, los cuales son implícitos de la creación y mantención de un organismo público, de infraestructura, dotarlo de capital humano y económico suficiente para que dicha entidad pueda ejercer adecuadamente sus funciones.

Un segundo parámetro para considerar es la real temporalidad de un proceso administrativo, puesto que si bien, en los procesos administrativos los términos o plazos de actuación suelen ser cortos, no debemos olvidar que toda resolución en ámbito administrativo puede ser objeto de impugnación en sede administrativa o judicial⁷²⁰, por lo que, para que una resolución administrativa cause efectivamente estado puede llegar a transcurrir un tiempo considerable.

Finalmente, la adopción de un modelo de represión pública de la competencia desleal tiene como potencial aspecto negativo la sobrecarga de trabajo que puede generar el que una institución deba conocer todos los actos de competencia desleal que tengan lugar en el mercado.

Al respecto, si bien el INDECOPI es un buen referente para demostrar que la administración pública puede ser eficiente en la represión de las conductas desleales,

⁷¹⁹ Desde una perspectiva general respecto de las diferencias entre el private y el public enforcement, y en consideración del costo económico como una de ellas, véase: KLÖHN, L., *Private versus public enforcement of laws- a Law & Economics perspective*, 2010, disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1730308>.

⁷²⁰ La impugnación en sede administrativa está regulada a partir del artículo 217 y del Código Orgánico Administrativo, por su parte, en sede judicial se encuentra regulado a partir del artículo 299 del Código Orgánico por Procesos.

no debemos olvidar que dicho organismo es «*atípico*» y ha podido alcanzar su eficiencia a través de los años, optimizando su actuación conforme su propia experiencia.

C. Represión pública de la competencia desleal de los actos de competencia desleal dirigidos a consumidores

Ahora bien, la doctrina –al referirse a las prácticas desleales agresivas para con los consumidores– ha considerado que uno de los riesgos de adoptar un sistema con sustento en el modelo *public enforcement*, tiene como consecuencia que difícilmente la autoridad podrá reprimir eficazmente «*todas*» las conductas que puedan tener lugar en el mercado⁷²¹.

Dificultad que se ve acentuada para el supuesto que la autoridad administrativa sea quien además deba conocer todos los actos de competencia que tengan lugar en el mercado ecuatoriano, incluyendo aquellos que busquen satisfacer únicamente el interés particular o privado de competidores.

Por tal razón, el modelo de *public enforcement* de competencia desleal genera fuertes desafíos al Estado y a la administración para poder otorgar una represión efectiva que permita alcanzar un mercado debidamente saneado.

Por el contrario, el modelo de *private enforcement* si bien permite desconcentrar el sistema de represión de la competencia desleal delegándolo a las facultades jurisdiccionales de autoridades judiciales, exige una actuación activa de las víctimas⁷²², lo que puede generar efectivos espacios de desprotección del sistema en conductas desleales que afecten los intereses colectivos de consumidores y usuarios.

En este sentido, un sistema mixto de represión de la competencia desleal que incluya al *private* y *public enforcement* se perfila como un mecanismo idóneo para

⁷²¹ Vid. GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*”, op. cit. p. 64., «*Si se opta por el public enforcement, la ausencia de medios de las autoridades encargadas de la investigación de las prácticas comerciales desleales no les permite perseguir todas las prácticas que se cometen en el mercado*».

⁷²² *Ibidem* p. 64: «*En efecto, será el perjudicado por un comportamiento desleal el principal interesado en que se conozcan estos hechos para hacer efectivos sus derechos*».

alcanzar una protección integral y eficaz para reprimir potenciales actos de competencia desleal que tengan lugar en el mercado. *«pues de esta manera se consigue incrementar la probabilidad de detectar y perseguir las prácticas comerciales desleales. Por tanto, la coexistencia de sanciones administrativas, civiles e incluso penales para perseguir estos ilícitos, entendemos que está plenamente justificada»*⁷²³.

Al respecto, podemos advertir que el sistema propuesto en el Proyecto de Ley en sí mismo es de naturaleza mixto, en tanto conjuga las facultades de investigación y sanción de un órgano administrativo para los actos de competencia desleal con efectos significativos en el orden concurrencial y, por otra parte, fija la competencia de la autoridad judicial para resolver las acciones que tengan lugar producto de actos de competencia desleal simples.

Sin embargo, como ya hemos advertido el sistema propuesto da lugar a ciertos vacíos en el control de las conductas desleales que abren espacios para una desprotección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios víctimas de conductas desleales publicitarias, agresivas o en definitiva que, estén dirigidas para aprovechamiento del excedente del consumidor.

D. (sigue) El caso de Gran Bretaña e Italia

En el marco del Derecho comparado, existen algunas legislaciones que utilizan cada vez con mayor fuerza sistemas mixtos de represión de la competencia desleal en el que se le han otorgado facultades a órganos administrativos para prevenir y corregir aquellas conductas anticompetitivas que puedan tener lugar en el mercado que afecten principalmente a consumidores.

Desde la perspectiva del Derecho anglosajón, el Office of Fair Trading (en adelante OFT) en Gran Bretaña fue una entidad de Derecho público que tuvo entre sus facultades la vigilancia de la competencia y la protección del consumidor⁷²⁴.

⁷²³ Ibidem pp. 64-65.

⁷²⁴ MARTI MOYA, V., *“El modelo anglosajón y public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores...”*, op. cit., p. 132. Actualmente, dicha dependencia se encuentra cerrada y sus competencias fueron transferidas a distintos organismos.

En este aspecto, la OFT generó varios precedentes en la represión de conductas desleales que produzcan una afectación a los derechos colectivos de los consumidores.

Por ejemplo, en el proceso con número de referencia CRE-E/26922, la OFT investigó prácticas comerciales desleales en el mercado de venta de productos para ayuda en la movilidad humana a consumidores, y en particular a la empresa Optimum Care Mobility Limited ('Optimum') que comercializaba sillas elevadoras, sillas especializadas de transporte, soportes para el baño o servicio, entre otros.

Al respecto, la OFT consideró que Optimum habría incurrido en conductas tales como engaño al haber dado la impresión de que la empresa se encontraba “conectada” o “coordinada” con organismos y entidades públicas de salud, además habría incurrido en prácticas agresivas al realizar ventas por llamadas telefónicas y en visitas a hogares de personas vulnerables o no respetar los derechos de cancelación de productos adquiridos de los consumidores⁷²⁵.

En el caso puntual la OFT inició una acción judicial a fin de contar con una orden de cesación de las conductas y la empresa finalmente fue declarada en rebeldía y posteriormente entró en proceso de liquidación.

Otro caso interesante es el que tiene por números de referencias: CRE-E/27863, y CRE-E/27864, en el que la OFT analizó el mercado de alfombras y pisos, por supuestas prácticas de fijación de precios y actos potenciales de engaño mediante la venta en páginas web, lo que generaba una barrera desleal que impedía una elección eficiente de bienes y servicios a los consumidores, así como además afectar a la competencia efectiva.

En el caso concreto la OFT realizó una serie de recomendaciones⁷²⁶, las cuales fueron aceptadas y recogidas por las empresas investigadas corrigiendo aquellas

<https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷²⁵ CRE-E/26922, disponible en <https://www.gov.uk/cma-cases/optimum-care-mobility-ltd-unfair-commercial-practices-in-relation-to-doorstep-sales> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷²⁶ CRE-E/27863, CRE-E/27864, CRE-E/26922, disponible en <https://www.gov.uk/cma-cases/carpet-and-flooring-retailers-pricing-practices> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

conductas que podrían afectar la correcta concurrencia en el mercado sin tener que incurrir en procesos administrativos o judiciales costosos e innecesarios.

De los casos citados puede observarse cómo la represión mixta de la competencia desleal –en la que OFT mediante sus facultades administrativas de investigación y como legitimado activo para iniciar procesos judiciales por competencia desleal con afectación a consumidores– generó un efecto positivo en el mercado, previniendo en algunos casos mediante recomendaciones o activando los mecanismos judiciales en otros, con el interés de alcanzar un orden concurrencial saneado.

Ahora bien, en consideración de las evidentes diferencias entre los sistemas anglosajones y latinos (continentales) de justicia, consideramos necesario remitirnos a experiencias de otros países en los que los sistemas mixtos de represión de la competencia desleal han mostrado su valía y utilidad.

Por ello, no podemos dejar de mencionar la experiencia italiana del sistema de *public enforcement* en las prácticas agresivas de competencia desleal dirigidas a consumidores y usuarios que ha sido ampliamente analizadas por la doctrina⁷²⁷.

Al respecto, señalaremos que, a diferencia de la experiencia española, el legislador italiano al transponer la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales al ordenamiento jurídico, reformó al *Codice del Consumo*⁷²⁸ mediante el Decreto Legislativo de 2 Agosto 2007, n. 146 «*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004. (GU n. 207 del 6-9-2007)*» y se estableció la competencia de L'Autorita' Garante Della Concorrenza e del Mercato (en adelante

⁷²⁷ Entre otros Vid. GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, op. cit., p. 186 y siguientes; GONZÁLEZ PONS, E., La obsolescencia programada: “Un supuesto de práctica comercial desleal son consumidores”, *Rev. Boliv. de Derecho* N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157 y MARTÍ MOYA, V., “El Piecemeal Approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano” en VV. AA *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Olavarría Iglesia, J., Martí Miravalls, J., (coords.) Tirant Lo Blanch, 2019, versión digital. pp. 1 y siguientes de 30.

⁷²⁸ Decreto legislativo, 06/09/2005 N° 206, G.U. 08/10/2005.

AGCM) para conocer y resolver aquellas conductas de competencia desleal que estén dirigidas a consumidores y usuarios.

Estas facultades otorgadas por el legislador a la AGCM se fundamentan en la íntima relación que tiene la competencia desleal con la protección de los consumidores, porque, «*el consumidor es un actor clave en el mercado, la posibilidad de que pueda ejercer conscientemente sus propias elecciones económicas es una condición esencial para que pueda explotar al máximo su potencial, seleccionando los mejores productos y alimentando así la dinámica competitiva entre empresas*»⁷²⁹.

En este contexto resulta interesante analizar los resultados obtenidos por la AGCM en los procedimientos de represión de conductas desleales que afecten los derechos de los consumidores. Al respecto, conforme la Memoria anual de la actividad del organismo «*Relazione annuale sull'attività svolta*»⁷³⁰, en el año 2020, la autoridad concluyó con 100 procedimientos de investigación de los cuales 29 terminaron con compromisos de cesación.

Adicionalmente, en 128 casos mediante el instrumento de la persuasión moral (*strumento della moral suasion*), consiguió la cesación de las conductas desleales contra consumidores por parte de los propios operadores económicos, sin necesidad de que la AGCM deba iniciar procedimientos administrativos de investigación.

Ahora bien, dichos resultados, cuantitativamente, se muestran como positivos, en tanto se encuentran dirigidos para la obtención de un orden concurrencial saneado mediante la protección de los consumidores y, conforme a la Memoria del organismo, la AGCM pone especial atención a ciertos mercados o actividades consideradas vulnerables; por ejemplo, en el año 2020, la actuación de la autoridad administrativa tuvo un especial impacto en el sector de comercio, servicios financieros y postales⁷³¹.

⁷²⁹ Antimonopolio [Autoridad de Competencia y Mercados, AGCM] https://www.treccani.it/enciclopedia/antitrust-autorita-garante-della-concorrenza-e-del-mercato-agcm_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ (Consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷³⁰ Conforme el informe de resultados ubicados en: [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2020/Relazione annuale 2021.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2020/Relazione%20annuale%202021.pdf) (Consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷³¹ Ibidem p. 86 «... *l'incidenza, per settore economico, delle sanzioni irrogate. Rispetto al 2019, nel 2020 si registra la triplicazione delle sanzioni irrogate nel settore del commercio (37,8% rispetto all'11% del 2019) e dei servizi finanziari e postali (32,6% rispetto all'11% del 2019) e una speculare*

Ahora bien, para valorar las actuaciones de la AGCM y sus efectos en la represión de la competencia desleal dirigida a consumidores, a continuación, destacaremos algunas resoluciones que por sus características revisten de especial interés:

i.- Procedimiento N°. 28508, (PS11517 MYWORLD-LYCONET- CASHBACK)

En este interesante caso la AGCM consideró que las empresas MyWorld Italia S.r.l. y Lyconet Italia S.r.l. habrían incurrido en actuaciones dirigidas a engañar a consumidores al haber adoptado un sistema de venta multinivel, que fue considerado como piramidal, en el marco del programa destinado a difundir la comunidad de compras “*Cashback World*” a través de la “tarjeta CB”⁷³².

En particular, la autoridad italiana consideró que los sistemas de ventas de las compañías estaban diseñados para promover un programa multinivel basado en la participación de un «*siempre creciente número de consumidores y empresas afiliadas*».

-En este sentido, la AGCM calificó al sistema de comercialización como piramidal dado que su consolidación no se sustentaba en la colocación del producto – bien o servicio– sino que dependía principalmente del reclutar nuevos integrantes y que estos adquieran productos para la obtención de «*Shopping Points*».

Además, la autoridad italiana consideró que la promoción y oferta del sistema de «*Cashback*» constituía publicidad poco transparente y engañosa e impuso a los operadores económicos fueron sancionados por un total de 3 millones de euros.

diminuzione delle sanzioni nel settore delle comunicazioni (7,7% rispetto al 33% del 2019)» Traducción libre «El siguiente gráfico ilustra el impacto, por sector económico, de las sanciones impuestas. Respecto a 2019, en 2020 se triplicaron las sanciones impuestas en el sector comercio (37,8% frente al 11% en 2019) y servicios financieros y postales (32,6% frente al 11% en 2019) y una disminución especular de las sanciones en el sector de las comunicaciones (7,7% frente al 33% en 2019)».

⁷³²[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5791D04ADE77260BC125866800508318/\\$File/p28508.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5791D04ADE77260BC125866800508318/$File/p28508.pdf) (consultada por última vez el 8 de junio de 2021).

Este caso nos parece especialmente interesante puesto que la autoridad de competencia de Ecuador ha realizado estudios de mercado⁷³³ respecto de la incidencia de los sistemas de comercialización multinivel en el mercado ecuatoriano, lo que incluso ha dado origen a un expediente de investigación por posibles actos de engaño en los sistemas de comercialización de bienes y servicios⁷³⁴ que fueron calificados como piramidales, pero sin que dicha investigación hubiere llegado a buen puerto⁷³⁵.

ii. Procedimiento No. 28489 (PS11606 – FINECO-CONTO ZERO CANONE PER SEMPRE)

En este caso, la AGCM sancionó a FinecoBank SpA debido a que anunció el servicio de cuenta corriente bajo la denominación "coste cero para siempre"; sin embargo, la autoridad italiana verificó que la entidad financiera en dicho servicio modificaba unilateralmente las condiciones económicas contractuales de las cuentas generando costos adicionales, incluso la entidad financiera llegó a introducir una comisión mensual de hasta 3,95 € en concepto de costos administrativos⁷³⁶.

Dicho caso concluyó con la aceptación de un compromiso presentado por la entidad financiera en los que se comprometía, entre otros, a la eliminación definitiva de la expresión 'tarifa cero para siempre' de sus comunicaciones comerciales; al permitir que los usuarios, que así lo solicitaren en un tiempo determinado, ejerzan su derecho a terminar el servicio de cuenta corriente y a exigir la devolución “automática” de las comisiones pagadas por ellos en el tiempo que duró la campaña publicitaria. Igualmente, se comprometía a difundir a futuro y de forma transparente información en

⁷³³<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/Estudio-de-Mercado-de-Empresas-Multinivel-y-Estructuras-Piramidales2-2.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷³⁴ Resolución de 07 de enero de 2020, dictada dentro del expediente SCPM-IIPD-2018-0001.

⁷³⁵ Entre las principales dificultades del caso destacamos la complejidad en la determinación del mercado relevante y la afectación potencial que puede generar la conducta desleal en él, además de la “singular” dificultad procesal en la prueba de la conducta de engaño investigada.

⁷³⁶[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/44A06EF52F918C41C12586530064FB2D/\\$File/p28489.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/44A06EF52F918C41C12586530064FB2D/$File/p28489.pdf) (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

los consumidores respecto de las reales condiciones bancarias de los sistemas de cuenta corriente.

El caso resulta también interesante al compararse con los precedentes administrativos en competencia desleal ecuatorianos, en particular con los compromisos de cese presentados por los operadores económicos Banco del Pacífico S.A.⁷³⁷ y Asistencia Especializada del Ecuador, GEA Ecuador S.A. (en adelante GEA)⁷³⁸ por actos de confusión en perjuicio de los consumidores.

En particular, GEA mantenía una relación contractual con Banco del Pacífico S.A. para ofertar vía telefónica a clientes de la entidad financiera servicios no financieros –tales como asistencia mecánica, asistencia domiciliaria, entre otros–.

Sin embargo, la Superintendencia en su investigación determinó que GEA al ofrecer sus servicios a los usuarios del banco no permitía que los consumidores identificaran correctamente quien era el oferente real de dichos servicios, lo que inducía a error respecto de que éstos eran prestados por la entidad financiera y no por GEA.

Si bien el caso indicado terminó con el reconocimiento de la conducta anticompetitiva, y con la inclusión de medidas correctivas, debemos considerar que dicho caso partió del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018 en el que se investigó el cobro supuestamente no autorizado de servicios no financieros a usuarios de entidades bancarias.

Expediente administrativo en el que la autoridad de competencia se enfrentó con fuertes dificultades en la determinación del mercado relevante y su falseamiento⁷³⁹, y finalmente el caso terminó con su archivo para la mayoría de los operadores económicos investigados.

⁷³⁷<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-CRPI-023-2019-13enero2020.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷³⁸<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/SCPM-CRPI-030-2019-31-agosto-2020.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷³⁹ Las cuales fueron abordadas con profundidad en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

Ahora bien, la actuación de la autoridad italiana, expuesta en los casos hasta el momento referidos, permite evidenciar cómo el *public enforcement* en la represión de la competencia desleal dirigida a consumidores coadyuvan en una «adecuada» protección del orden concurrencial en el mercado, en particular en ciertos casos, en los que la regulación ecuatoriana de la represión de dichas conductas se ha mostrado como poco eficiente.

Finalmente, nos referiremos a otros casos de conductas de competencia desleal dirigidas a consumidores que resultan especialmente interesantes desde la perspectiva de la relevancia de sus efectos en el mercado.

iii. Procedimiento No. 27432 (PS11112 - FACEBOOK-CONDIVISIONE DATI CON TERZI)

En este expediente la AGCM consideró que Facebook Inc., incurrió en conductas de competencia desleal por engaño y prácticas agresivas dirigidas a consumidores, razón por la que impuso una multa a la empresa por cinco millones de euros.

Concretamente, la autoridad italiana consideró acreditadas dos conductas desleales; la primera por engaño, puesto que, en el contexto de un servicio gratuito, habría existido omisión respecto de la falta de claridad en las condiciones de servicio con relación del uso que haría la empresa con la información personal entregada por los usuarios a la plataforma, así como de su posterior posible venta a terceros⁷⁴⁰.

La segunda por prácticas agresivas contra consumidores, porque, en lo principal, las condiciones de la empresa daban la impresión de que en el caso que los usuarios no autorizaran la compartición de información de aplicaciones de terceros o externas – como juegos, páginas web, servicio de WhatsApp, entre otros–, sufrirían limitaciones

⁷⁴⁰<http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/%24File/p27432.pdf> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

significativas en la prestación de los servicios de la plataforma, así como de limitaciones en la interrelación con otros usuarios de la red social⁷⁴¹.

Dicha resolución fue impugnada judicialmente ante el Tribunal Administrativo Regional de Lazio⁷⁴²(en adelante TAR Lazio), que mediante sentencias No, 260⁷⁴³ y 261⁷⁴⁴, de 18 de enero de 2020, consideró que una de las características más exitosas de la red social es de naturaleza «*gratuita*» para el intercambio del servicio de intercambio de contenido multimedia entre miembros.

Sin embargo, el mencionado Tribunal Administrativo consideró que los servicios que presta el operador económico no son realmente gratuitos, porque, si bien no existe una contraprestación consistente en el pago de una suma de dinero, el costo del servicio debe ser entendido como la información personal entregada por los usuarios a la red social que puede utilizarla con fines lucrativos o comerciales, como es la venta de dicha información a terceros.

Conforme al criterio de la autoridad judicial italiana la información recopilada por la empresa para la elaboración de perfiles genera un valor económico que se entiende como adecuado en contraprestación del uso de la red social. En tal sentido, el Tribunal consideró que la falta de información adecuada a los usuarios sobre el valor económico, del que se beneficia la empresa como consecuencia de su registro en la red

⁷⁴¹ Ibidem.

⁷⁴² GONZÁLEZ PONS, E., La obsolescencia programada: “Un supuesto de práctica comercial desleal...”, op. cit., 475 p. «*En el sistema italiano, las decisiones de AGCM se pueden impugnar ante el TAR del Lazio, que es el tribunal administrativo de primera instancia de la región de Lazio, lugar en el que se encuentra la sede de la Autoridad Italiana de Competencia. El TAR Lazio tiene reconocida jurisdicción exclusiva sobre esta materia*», GONZÁLEZ PONS, E., “Prácticas agresivas y tutela...”, op. cit., pp 190-200. En general, sobre el sistema administrativo público de represión italiano Vid. MARTÍ MOYA, V., “El Piecemeal Approach de la tutela pública del consumidor...”, op. cit. 2019, pp. 214-220.

⁷⁴³ Resolución de TAR de Lazio https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=201815275&nomeFile=202000260_01.html&subDir=Provvedimenti y (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷⁴⁴ Resolución de TAR de Lazio https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=201815288&nomeFile=202000261_01.html&subDir=Provvedimenti y (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

social, constituye una práctica desleal consistente en inducir a error al consumidor e impedir la formación de una elección informada.

Este caso resulta especialmente interesante dado que otorga elementos a la discusión respecto la necesidad de la evolución de la regulación del Derecho de la Competencia en mercados digitales, en los que los datos personales de usuarios y consumidores son un bien tan, o más, valioso que los servicios que son utilizados para su obtención⁷⁴⁵.

En algunos mercados digitales –como el caso de ciertos servicios gratuitos– el acceso a datos personales de los consumidores puede llegar a constituirse como un factor significativo en la consolidación de la posición de mercado de los operadores económicos participantes, este es el caso, a modo de ejemplo de las redes sociales o los motores de búsqueda y en relación con el mercado de la publicidad en los que existe una interacción o retroalimentación bajo la máxima «*The more users on one side, the more users on the other*»⁷⁴⁶, es decir, entre más usuarios utilicen el servicio gratuito más atractiva será la plataforma en el mercado de la publicidad⁷⁴⁷, lo que a su vez refuerza su posición en los mercados.

Si bien, en el caso analizado la Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato utilizó la vía de represión de las conductas desleales dirigidas a consumidores, un caso similar ha sido analizado en el marco del ordenamiento jurídico alemán desde

⁷⁴⁵ COSTA-CABRAL, F., LYNSKEY O. “Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law”, *Common Market Law Review*, No. 54, 2017, pp. 11-50. ISSN 0165-0750.

⁷⁴⁶ Ibidem.

⁷⁴⁷ Lo que permite entender las preocupaciones que pueda tener un operador económico en el que su giro de negocio consista en ofrecer el servicio de una red social –o un servicio gratuito– respecto de las limitaciones en el uso de la información que obtiene de los usuarios en sus servicios gratuitos. Vid. <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/11604321/02/22/Facebook-amenaza-con-irse-de-Europa-si-no-puede-llevarse-los-datos-de-los-usuarios-a-EEUU.html> (Consultada por última vez 8 de junio de 2022) o también https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-02-10/facebook-amenaza-europa-zuckerberg-privacidad_3372562/ (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

la óptica del Derecho de defensa de la competencia, en particular como una conducta de abuso de posición dominante⁷⁴⁸ con efectos explotativos en los consumidores⁷⁴⁹.

El Tribunal Federal de Justicia de Alemania⁷⁵⁰ analizó la importancia del acceso a los datos de usuarios de la red social –Facebook– desde una perspectiva económica. En este sentido, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que los usuarios tenían limitadas posibilidades de elección respecto de la entrega de su información⁷⁵¹ y que no podían controlar la información que obtenía la red social de servicios externos⁷⁵².

Finalmente, el Alto Tribunal consideró que Facebook participaba en dos mercados, uno propio de la red social y otro dirigido a empresas para publicidad personalizada, y consideró que la empresa ostentaba una posición dominante⁷⁵³ justamente en el mercado de redes sociales, cuya posición se veía reforzada mediante la estructura del propio mercado que genera obstáculos en los usuarios para un posible cambio a una red social de la competencia⁷⁵⁴.

⁷⁴⁸https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf;jsessionid=CCF32C07F85F176E45ECD4BBEFBE4CBE.1_cid381?_blob=publicationFile&v=6 (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷⁴⁹ BOTTA, M., WIEDEMANN, K., “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64(3), 2019, p. 441.

⁷⁵⁰<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷⁵¹ Las opciones se resumían a entregar toda la información requerida por la red social en su registro o no entrar en red social.

⁷⁵² En relación con la investigación Bundeskartellamt, Vid. BOTTA, M., WIEDEMANN, K., “The Interaction of EU Competition...”, op. cit. p. 437:

«The NCA maintains that Facebook makes users lose “control” as they “cannot perceive which data from which sources are combined for which purposes with data from Facebook accounts.” This makes clear that the authority sees a “lack of transparency” with respect to Facebook’s business model, in particular as the transfer of data takes place even when users choose to disable web tracking in the settings of their browsers or devices. The authority also states that “[t]he investigations have shown that users in Germany generally consider the terms and conditions for processing data to be important and that they are aware of the implications of data transfer. However, because of Facebook’s market power users have no option to avoid the combination of their data.” Thus, privacy preferences of many users are not catered for by Facebook».

⁷⁵³<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷⁵⁴ En definitiva, el servicio de una red social tiene valor en la medida que aumenten sus usuarios, por lo que entre más usuarios tenga la red más grande será su poder de mercado, sin embargo, en este esquema de servicio el usuario individual difícilmente encontrará incentivos para el remplazo de la red social por otra, si los demás usuarios no cambian también, (efecto Lock-In): Vid.

El caso señalado permite identificar cómo la autoridad puede corregir fallas de mercado mediante la aplicación de distintas herramientas del Derecho de la competencia, lo que puede generar la discusión respecto de cual resulta más eficiente para el caso concreto⁷⁵⁵. Si bien se trata de un tema complejo y existen varias aristas, a nuestro criterio resaltamos la limitación que tiene la figura de abuso de poder de mercado porque la actuación de la autoridad de competencia se ve restringida únicamente para aquellos casos en los que exista una posición de dominancia.

En este sentido, la represión pública de la competencia desleal dirigida a consumidores se presenta como una herramienta legal con un ámbito de aplicación más amplio que permite la sanción de las conductas anticompetitivas por ser contrarias a la buena fe –o en su defecto a la costumbres y usos honestos en el marco de la LORCPM– y estar dirigidas a distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los consumidores del grupo destinatario de la práctica.

En este sentido, queremos resaltar la dificultad que resulta de encuadrar los hechos analizados en la regulación de la competencia desleal en la actual LORCPM, puesto que es necesario demostrar la existencia de un daño real o potencial de los intereses jurídicos protegidos en la Ley en el mercado relevante.

Ciertamente, el parámetro de graduación de la conducta requiere del análisis del potencial del efecto anticompetitivo⁷⁵⁶, de la determinación y graduación del efecto

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> (consultada por última vez 8 de junio de 2022):

«Die fehlende Wahlmöglichkeit der Facebook-Nutzer beeinträchtigt nicht nur ihre persönliche Autonomie und die Wahrung ihres – auch durch die DSGVO geschützten – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden, die für die Nutzer des Netzwerks bestehen ("Lock-in-Effekte"), stellt sie vielmehr auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, weil der Wettbewerb wegen der marktbeherrschenden Stellung von Facebook seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben kann. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts wünschen erhebliche Teile der privaten Facebook-Nutzer einen geringeren Umfang der Preisgabe persönlicher Daten. Bei funktionierendem Wettbewerb auf dem Markt sozialer Netzwerke wäre ein entsprechendes Angebot zu erwarten. Hierauf könnten Nutzer ausweichen, für die der Umfang der Datenpreisgabe ein wesentliches Entscheidungskriterium wäre».

⁷⁵⁵ En general sobre el dilema entre la represión de dichos actos mediante normas de defensa de la competencia o competencia desleal dirigida a consumidores, Vid. BOTTA, M., WIEDEMANN, K., "The Interaction of EU Competition...", op. cit. pp. 428-446.

⁷⁵⁶ En ámbito de prácticas desleales como ilícito antitrust, en el marco de la LORCPM la antijuridicidad deviene del efecto pernicioso potencial o real de la conducta en el mercado y no del poder de mercado

cuantitativo o cualitativo de la conducta, en este caso respecto de los consumidores afectados.

Un caso que sirve para explicar la idea señalada se encuentra en la resolución dictada dentro del caso No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018⁷⁵⁷, en el que la autoridad consideró que existían usuarios del sistema financiero afectados por de actos de competencia desleal consistentes en el cobro no autorizado de servicios no financieros –como son seguros o servicios de asistencia– ello no obstante, al querer cuantificar el efecto pernicioso de la conducta en el mercado, uno de los parámetros de análisis fue determinar cuál era la relación entre el total de los consumidores afectados con la conducta desleal, en comparación del total de usuarios del tipo de servicio específico prestado, que en el caso puntual restó significancia a su efecto anticompetitivo⁷⁵⁸.

Dificultades, que se reproducen también en la configuración propuesta del ilícito de conducta desleal cualificada en el Proyecto de Ley de Competencia Desleal presentada por la Superintendencia, sin embargo, por las razones expuestas no coincidimos en la posibilidad de interpretar extensivamente los requisitos contenidos

del operador que lo ostenta. Para la doctrina ecuatoriana esta idea resulta completamente clara. Vid. JARA, M. E., “La protección contra la competencia desleal ...”, op. cit., p. 225. «*En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26, LORCPM). De no encontrarse en esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante jueces de lo civil*» Similar situación ocurre al analizar el requisito de afectación al interés público como elemento para la represión de las conductas desleales como ilícito contenido en el artículo 3 de la Ley 15/2007 de España. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales...*”, op. cit. p. 406 «*Del modo en que he dicho, la afectación del interés público es, en este contexto, un elemento de la estructura del ilícito del artículo 3 de la LDC, que como tal se encuentra doblemente caracterizado. En primer término, lo está por su causa o razón de ser, esto es, por ser el resultado del falseamiento de la competencia, a su vez ocasionado por un acto de competencia desleal; de ahí que la inexistencia del falseamiento requerido a estos efectos determine por sí la inexistencia de afectación del interés público, como es de ver en el rechazo de la afectación del interés público cuando la conducta enjuiciada no es adecuada para ocasionar un falseamiento de la libre competencia sensible o grave 119). Y lo está, en segundo término, por integrar de forma implícita una exigencia de relevancia, gravedad o magnitud suficiente 120), esto es, de importancia cualitativa de las consecuencias reales o potenciales de la conducta enjuiciada desde la perspectiva del mantenimiento o promoción de la competencia en el mercado...*».

⁷⁵⁷ Caso que fue analizado con mayor profundidad en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

⁷⁵⁸ Resolución de 12 de marzo de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018, «*Además, en relación con el número total de clientes frente a las quejas presentadas, se evidencia que, GEA habría tenido alrededor de 10.603 quejas (indistintamente de las favorables a clientes o no) y únicamente 6.767 favorables a los usuarios, en este sentido, el posible efecto respondería a 0,64% de sus clientes*».

en la Ley para la configuración de las conductas desleales calificadas para actos de competencia desleal dirigidas exclusivamente a consumidores sin que exista un efecto significativo en el mercado.

Por el contrario, a nuestro criterio, la represión de las conductas desleales dirigidas a consumidores en masa merece tener una tipificación propia e independiente de las conductas desleales agravadas, a fin de que no genere una posible confusión sobre su real alcance y permita configurar adecuadamente el ilícito anticompetitivo.

De igual manera, una división entre los ilícitos desleales permitirá a la autoridad de competencia conocer independientemente, por una parte, aquellos actos desleales que puedan afectar la estructura del mercado, y por otra, con requisitos distintos, aquellas conductas desleales que estén dirigidas para la explotación de los consumidores, que como ha sido expuesto, a lo largo del presente capítulo requieren de una regulación clara y específica que permita alcanzar su adecuada represión⁷⁵⁹.

Por las consideraciones anotadas, y los casos analizados, la represión pública de la competencia desleal se muestra como un mecanismo eficiente para prevenir y

⁷⁵⁹ Por las mismas razones no coincidimos en la opinión de interpretar extensivamente los requisitos de configuración del artículo 3 de la Ley 5/2007, a fin de que por aplicación de dicha disposición pueda tener lugar una represión pública de conductas desleales dirigidas a consumidores. Vid. MARTÍ MOYA, V., “El Piecemeal Approach de la tutela pública del consumidor...”, op. cit. 2019, versión digital, pp. 4/30:

«En nuestra opinión, queda espacio por explorar sobre si determinadas prácticas desleales especialmente calificadas, en atención, sobre todo, al número de afectados, podrían ser aptas para falsear la libre competencia y afectar al interés público. En nuestra opinión, la utilización del término falsear en el art. 1 LDC, junto a los términos restringir o impedir, parece indicar que las conductas contempladas en el art. 3 LDC no necesariamente han de tener efectos estructurales sobre el mercado, por lo que falsear no sería equivalente a restringir. Además de ser un término utilizado por la normativa de defensa de la competencia, también en el art. 101 TFUE, falseamiento es el término que emplea, por ejemplo, la ley alemana contra la competencia desleal en su art. 1.»

En similar sentido GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, op. cit. p. 204:

«Salvando todos estos condicionantes y después de constatarse el fracaso español de la represión de las prácticas desleales, que se ha centrado en mecanismos de tutela privados, en esta obra se defiende la perspectiva pública del Derecho de la competencia para abordar las prácticas comerciales desleales que afectan al interés público. Para la consecución del citado objetivo, en España existirían dos posibles vías: 1) Reactivar el art. 3 LDC para la represión de las prácticas desleales calificadas...», por el contrario, consideramos es más adecuada la propuesta de «... Impulsar una reforma legislativa con el objeto de unificar la tutela de la competencia y la protección del consumidor en la Autoridad Española de Competencia.»

corregir las conductas desleales, que puedan tener lugar en el mercado, ya sea desde una perspectiva integral como es el caso del ordenamiento jurídico peruano –en el que el INDECOPI es el organismo administrativo público encargado de conocer, resolver y sancionar los posibles actos de competencia desleal sin importar el grado del falseamiento– o reservando la facultades de la administración pública para aquellos casos en los que la conducta de competencia desleal pueda afectar intereses de orden público, como es el caso de la protección de los consumidores por actos desleales en el caso de la legislación italiana.

Sin embargo, ya hemos señalado que la represión pública de la competencia desleal tiene entre sus aspectos negativos el costo que asume el Estado en establecer un organismo público de Derecho administrativo, dotarlo de recursos y personal capacitado suficiente para el ejercicio de su actividad, así como el potencial riesgo de sobresaturar a dicho organismo en el caso que se pretenda que conozca todos los posibles actos de competencia que puedan tener lugar en el mercado.

Por tal razón, corresponde cuestionar si por el contrario la represión de la competencia desleal, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano puede corresponderse al de un sistema mixto en el que confluyan tanto el *private enforcement* como el *public enforcement* de la competencia desleal sin que se excluyan las conductas desleales dirigidas a consumidores.

V. Propuesta de una ley de competencia desleal

Una vez agotado el estudio de las normas vigentes, consideramos que para alcanzar una adecuada represión legal de conductas desleales en el mercado es necesario la incorporación de una norma de regulación y prohibición de competencia desleal que pueda ser aplicable a todos los supuestos anticompetitivos posibles⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ En este sentido coincidimos en la posición de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al haber remitido, por medio de su máxima autoridad, un proyecto autónomo de Ley orgánica de competencia desleal que regule de forma autónoma esta institución del Derecho y que no se haya limitado únicamente a una reforma parcial de la actual LORCPM.

En este sentido, no consideramos que sea suficiente una «*simple*» reforma de la actual LORCPM, sino que es necesario que el poder legislativo expida una moderna Ley de Competencia desleal que, entre otros elementos, incluya una adecuada cláusula general contra la competencia desleal y un sistema de represión de la competencia desleal que sin contrariar el marco constitucional ecuatoriano resulte eficiente.

En tal sentido, a continuación, procedemos desarrollar, lo que a nuestro criterio debe incluir la cláusula general contra la competencia desleal en una eventual nueva Ley de competencia desleal y que características debe incorporar su sistema de represión.

1.- Cláusula general en la nueva Ley de competencia desleal

A nuestro criterio, la cláusula general de competencia desleal en esencia debe ser simple y clara, en tal sentido, el proyecto de cláusula general contenida en el artículo 7 del Proyecto de Ley remitido por la Superintendencia a la Asamblea Nacional, nos parece acertada por cuanto expresa: «*Se reputa desleal todo acto o comportamiento que objetivamente sea contrario a la buena fe*», aunque, en el caso de que el legislador decidiera mantener la actual redacción –*actos contrarios a los usos y costumbres honestos*– tampoco nos parece incorrecta, siempre y cuando, su interpretación y aplicación sean de carácter objetiva y se correspondan con un modelo social de regulación de la competencia desleal, en el marco de la Constitución de Ecuador.

En este orden de ideas, como ha sido analizado en el presente trabajo de investigación, una cláusula general contra la competencia desleal realmente resulta efectiva siempre que el legislador al redactarla la dote de ciertas características esenciales:

- a. Carácter objetivo, es decir que no debe mediar la existencia de elementos subjetivos para su análisis, como son la existencia del dolo o la culpa.
- b. Ilícito de peligro, que no requiera la existencia de un efecto anticompetitivo producto de la conducta desleal, es decir, para su configuración baste su efecto potencial.

- c. Norma sustantiva, la cláusula general debe ser de textura abierta, que pueda ser aplicable a todos aquellos actos desleales que no estén expresamente tipificados en el Ley.
- d. Naturaleza extracontractual, es decir, para la configuración de la ilicitud del acto anticompetitivo no debe requerir la existencia de una relación contractual entre los operadores económicos intervinientes.
- e. Que no resulte necesario que medie una relación de competencia entre operadores económicos. Finalmente, hemos de advertir que la aplicación de la cláusula general contra la competencia desleal dependerá a su vez del ámbito de aplicación de la Ley y el sistema de represión de la competencia que el Legislador hubiere adoptado.

2. Propuesta de un sistema mixto de represión de competencia desleal.

En epígrafes anteriores hemos expuesto, los que a nuestro criterio son algunos de los principales puntos positivos y negativos de los sistemas de *public enforcement* y *private enforcement* de la competencia desleal.

El sistema público de represión de la competencia desleal, si bien se ajusta al marco constitucional ecuatoriano, tiene ciertas desventajas⁷⁶¹ que son más evidentes en países de escasos recursos, en adición el *public enforcement* podría limitar el derecho que tienen los operadores económicos para acceder al sistema judicial. En tal sentido, es necesario plantear la posibilidad del sistema mixto como mecanismo suficiente para otorgar una protección amplia contra posibles actos de competencia desleal en el mercado.

En efecto, por una parte, un sistema de acción privada permite a competidores afectados por conductas desleales iniciar procesos judiciales en defensa de sus legítimos intereses, y de esta forma figuras como son las medidas cautelares, orden de cesación, orden de remoción de efectos, de rectificación, acciones por daños y perjuicios, entre

⁷⁶¹ Como, por ejemplo, la falta de recursos económicos, falta de infraestructura, dificultades de que exista una presencia a nivel nacional del organismo público, falta de personal preparado, entre otras circunstancias posibles.

otros, otorgan mecanismos certeros que evitan, minimizan o corrigen los potenciales efectos anticompetitivos que ocasione o pueda ocasionar un acto desleal en un competidor⁷⁶².

En estos casos, cuando los competidores involucrados en un proceso de competencia desleal se muestran en igualdad de condiciones, nos parece que el sistema de *private enforcement* se perfila como indicado, en tanto evita que sea el Estado quien incurra en los costos derivados del proceso judicial o peor aún que deba tener la carga de la prueba.

Por el contrario, en aquellos casos en que la incidencia de la conducta de competencia desleal afecta significativamente al mercado, es decir, que los efectos de la conducta «*exceden los efectos nocivos inter partes*»⁷⁶³ afectando el orden público económico, consideramos que, existe justificación suficiente para que sea la administración pública quien reprima la conducta anticompetitiva mediante sus facultades punitivas.

En similar sentido, consideramos correcto que las conductas de competencia desleal dirigidas a la explotación de consumidores no deben ser una excepción de las facultades de represión de la autoridad. Los casos que han sido revisados en la presente tesis permiten evidenciar, una latente complementariedad entre las normas de represión de la competencia y la protección de los consumidores, cuya satisfacción plena, difícilmente podrá alcanzarse mediante un sistema privado de represión de la competencia desleal.

⁷⁶² No obstante, no podemos dejar de considerar que, en las acciones privadas, mediante el inicio de acciones judiciales, existen inconvenientes que devienen de su propia naturaleza, como la dificultad de la carga de la prueba, o los costos judiciales, entre otros, que se constituyen como posibles barreras al acceso a la justicia sobre todo para pequeñas empresas o colectivos de consumidores afectados que carezcan de suficientes recursos.

⁷⁶³ En relación con este particular Vid. DÍEZ ESTELLA, F., "El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", op. cit. pp. 91, 92. «*También el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, señalando que la vulneración de la LDC se inspira, en este aspecto concreto, en el hecho de que determinados comportamientos desleales de los agentes en el mercado exceden los efectos nocivos inter partes cayendo de lleno en el ámbito de los intereses generales de orden económico, que como tales son objeto de tutela y protección por parte de la Administración Pública*».

En definitiva, una adecuada regulación de la competencia desleal en el Ecuador, a nuestro criterio, debe incluir las facultades necesarias para que el organismo público correspondiente pueda otorgar una adecuada protección a los consumidores de posibles prácticas de competencia desleal, las cuales ya sea por sus efectos cuantitativos – cantidad de consumidores afectados– o cualitativos –en la restricción de sus derechos⁷⁶⁴– no pueden quedar sin una adecuada protección.

Sin perjuicio de lo indicado no podemos omitir considerar que un sistema mixto de represión de competencia desleal genera ciertos desafíos en su anclaje constitucional ecuatoriano.

Al respecto, el artículo 335 de la Constitución determina como un deber del Estado el establecer los mecanismos de sanción necesarios para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal, por lo que podríamos presumir que en los casos de represión privada de la competencia desleal el juez de lo civil no tiene facultades suficientes para establecer “sanciones” a los administrados de justicia.

Razón por la que podría presumirse que un sistema que incluya la represión privada o mixta de la competencia desleal no se ajustaría perfectamente al precepto constitucional.

No obstante, a nuestro criterio el artículo 335 de la Constitución puede ser interpretado de una forma funcional, es decir, la facultad sancionadora del Estado podría estar reservada para aquellas conductas que afecten el orden público económico, como son «*el evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio*», por lo que la sanción de las conductas anticompetitivas podría entenderse e como restringida únicamente para aquellos actos con efectos significativos en perjuicio del interés general, como son los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente el mercado o que afecten los derechos colectivos de los consumidores.

⁷⁶⁴ Como es el caso el derecho a la privacidad de su información personal en plataformas de economía digital.

En este sentido, la represión pública de la competencia desleal estaría limitada únicamente a dichos supuestos y en los demás casos sería objeto de acciones privadas.

Bajo esta interpretación, un mecanismo público - privado de represión de actos desleales no infringiría el mandato constitucional y permitiría una adecuada protección a la triada de intereses de la competencia en el ámbito de la Ley.

Finalmente, el mecanismo propuesto en el Proyecto de Ley, aunque si bien es un avance importante que busca otorgar un amplio cobijo legal en la lucha contra conductas anticompetitivas desleales, reconocemos que no es perfecto, porque incluso mediante un sistema mixto de represión de la competencia desleal –aunque incorpore la protección consumidores– puede dar lugar a ciertos supuestos que podrían no ser adecuadamente resueltos.

En particular, nos referimos a los casos de posibles conductas de competencia desleal en los que una de las partes –competidor– ostente cierto poder económico frente a otra que pueda ser un pequeño negocio o empresa. En este caso, cabe preguntarse si el sistema propuesto –mediante la acción privada– resulta óptimo para evitar adecuadamente la falla de mercado que pueda tener lugar por una conducta desleal.

Es decir, podría considerarse que un operador con un fuerte músculo económico o un relativo importante poder de mercado estará mejor preparado para participar en procesos judiciales –mediante la contratación de abogados especializados o el financiar peritajes o informes técnicos que sirvan como prueba, entre otros– en comparación de una pequeña empresa en los que el costo de un proceso judicial podría ser en ciertos casos inasumible o por lo menos no ser asumido en igualdad de condiciones.

Por tal razón, resultar interesante considerar la posibilidad de que en estos escenarios el *public enforcement* podría constituirse como un mecanismo válido para corregir posibles conductas de competencia desleal que pudiera tener lugar en el mercado y en tal sentido corregir la eventual desigualdad en el proceso litigioso.

En este escenario, parecería que la represión pública de la competencia sería aplicable a la mayoría de los supuestos que tendrían lugar en el mercado –salvo en aquellos casos en que las partes procesales puedan ser entendidas como iguales– lo que

nos invita a reconsiderar de si el Proyecto de Ley de Competencia Desleal debiera fijar al *public enforcement* como mecanismo único de represión de la competencia desleal para el Ecuador, similar al establecido por el Decreto legislativo 1044 en Perú⁷⁶⁵.

Sin embargo, consideramos que podría existir un equilibrio entre la represión pública y privada de la competencia desleal en el caso ecuatoriano, e incluso que el *private enforcement* podría aplicarse a todos los supuestos de competencia desleal que afecten principalmente al interés privado –*inter pares*– incluidos aquellos casos en los que –por diferencias económicas, reputacionales u otras– las partes procesales pudieran no ser consideradas necesariamente como iguales, en la medida que la Ley incorpore ciertas figuras jurídicas que permitan generar un equilibrio entre las partes intervinientes en un proceso judicial.

En este sentido, creemos que la Ley de Competencia Desleal podría incorporar y propiciar otros mecanismos que no impliquen necesariamente el ejercicio de la facultad punitiva del Estado para conseguir la corrección de los operadores económicos en el mercado. A modo de ejemplo, encontramos la posibilidad de incorporar mecanismos de autocontrol o autorregulación publicitario⁷⁶⁶.

Este tipo de mecanismo ha sido muy útil en España, del cual el profesor Anxo Tato Plaza ha señalado:

⁷⁶⁵ Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 de junio de 2008, en el Diario Oficial el Peruano No. 3747922.

⁷⁶⁶ Por autocontrol publicitaria entendemos Vid. TATO PLAZA, *La autorregulación publicitaria*, Thomson Reuters, Pamplona, 2020, p. 36:

«Con carácter general, la autorregulación (o, si se prefiere, la autodisciplina o el autocontrol) suponen la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo.

Así pues, cabe afirmar que casi todas las facetas de la actividad de una empresa pueden ser objeto de un sistema de autorregulación. Y, entre ellas, destaca la publicidad. De hecho, podría decirse que la publicitaria ha sido la actividad empresarial en la que con mayor frecuencia y éxito se han implantado sistemas de autorregulación.

Pues bien, cuando el sistema de autorregulación tiene por actividad publicitaria de una empresa o grupo de empresas, hablamos de un sistema de autorregulación publicitaria. De suerte que la autorregulación publicitaria designa aquellos sistemas —implantados en el ámbito de una empresa o grupo de empresas— en los que los sujetos partícipes aprueban normas de conducta que rigen su actividad publicitaria y, al propio tiempo, prevén mecanismos para asegurar su cumplimiento.»

«Desde su fundación en el año de 1995, el sistema de autoregulación publicitaria gestionado por AUTOCONTROL ha gozado de indudable éxito.

Este éxito se plasma –entre otros extremos– en la actividad desarrollada, en su impacto en la doctrina y en la jurisprudencia, en los convenios suscritos con la Administración, y, por último, en su acreditación como sistema de resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo al amparo de la LRALC.

En relación con el primero de estos cuatro extremos, el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL ha emitido desde el inicio de su actividad y hasta el 31 de diciembre de 2019 doscientos sesenta y cinco mil trescientos cincuenta y nueve Copy Advice. De ellos, treinta y nueve mil novecientos setenta y uno corresponden al último año (2019).

Por otro lado, y en lo que se refiere a la resolución extrajudicial de litigios, el Jurado de la Publicidad ha resuelto desde el año 1995 y hasta el 31 de diciembre de 2019 cuatro mil cuatrocientos cuarenta y nueve casos.

Esta última cifra, por lo demás, permite afirmar que el sistema de resolución extrajudicial gestionado por AUTOCONTROL se ha erigido en el principal cauce de resolución de controversias en materia de publicidad en España. Resultado éste en el que, sin duda han incidido de forma decisiva dos factores: la especialización y el alto prestigio de los miembros del Jurado, que ha desembocado en resoluciones que son frecuentemente elogiadas por su elevado nivel técnico; y, en segundo término, un plazo muy breve, de apenas de catorce días por término medio para la resolución de reclamaciones de instancia.»⁷⁶⁷

Adicionalmente, el sistema de autorregulación también ha sido utilizado en otros países de América Latina como Perú⁷⁶⁸ o Chile⁷⁶⁹ con bastante éxito. Por lo que, la

⁷⁶⁷ Ibidem, pp. 200 y 201.

⁷⁶⁸ Vid. PAZOS HAYASHIDA, J., VEGA TALLEDO, A., “Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor”, *Revista de la Facultad de Derecho* no.85, 2020, pp. 197-198, o también, SOSA, A., “Autorregulación o regulación en la publicidad ¿he ahí el dilema?” <https://lalibrecompetencia.com/2014/04/29/autorregulacion-o-regulacion-en-la-publicidad-he-ahi-el-dilema/> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

⁷⁶⁹ Desde el punto de vista de un reproche ético a la publicidad en el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), Vid. LÓPEZ DÍAZ, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una

implementación de un sistema de autocontrol publicitario en Ecuador podría constituirse como una alternativa válida para corregir ciertas conductas de competencia desleal, sin necesidad de que deba tener lugar un proceso judicial o que deba activarse el ejercicio punitivo del Estado.

Otra herramienta interesante para una adecuada represión de posibles actos de competencia desleal, en el marco de un sistema mixto de represión de la competencia desleal consiste en que la autoridad administrativa de competencia tenga la facultad legal de intervenir –bajo ciertos supuestos específicos– en procesos judiciales de competencia desleal, en calidad de «*amicus curiae*» o, a petición del juez competente pueda emitir criterios o informes técnicos⁷⁷⁰ no necesariamente vinculantes respecto de la conducta anticompetitiva enjuiciada o de análisis económicos respecto de la estructura de un determinado mercado⁷⁷¹, a fin de otorgar a la autoridad jurisdiccional mayores elementos para resolver.

En relación con la posibilidad de que la autoridad administrativa de competencia pueda actuar en calidad de «*amicus curiae*» en procesos privados de defensa de competencia, la doctrina española⁷⁷² ha identificado las dificultades que puede generar esta figura jurídica al principio de igualdad de armas de las partes que intervienen en el eventual litigio⁷⁷³:

aproximación desde el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, No 250, 2021, pp. 93, 95.

⁷⁷⁰ No debe confundirse la figura del *amicus curiae* con la elaboración de informes técnicos, en tanto que el *amicus curiae* puede reflejar las posiciones del organismo administrativo defendidas por quien la representa en el caso concreto, situación que podría beneficiar a la tesis de algunas de las partes de la litis.

⁷⁷¹ Lo que puede resultar útil para determinar la existencia y efectos de ciertas conductas desleales como la explotación o abuso por parte de una empresa de la situación de dependencia económica, constante en el caso español en el artículo 16 de la Ley 3/1991 o en el artículo 20 del Proyecto de Ley en Ecuador.

⁷⁷² Un análisis profundo de la incorporación de la figura de *amicus curiae* en Derecho de Defensa de la Competencia lo realiza Vid. RUIZ PERIS, J., I., “Los órganos de defensa de la competencia como “amicus curiae”, *Derecho de los negocios*, N° 206, 2007, pp. 5-14, así como CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D., “Las autoridades de defensa de la competencia como *amicus curiae*. Una perspectiva internacional”, *Anuario de la competencia*, N° 1, 2007, pp. 257-260, más reciente, TORRE SUSTAETA, M., “Amicus curiae: la intervención de la CNMC en el proceso civil español” <https://almacenederecho.org/amicus-curiae-la-intervencion-de-la-cnmc-en-el-proceso-civil-espanol> (Consultada por última vez 8 de junio de 2022). Sin embargo, la eventual implementación de la figura del *amicus curiae* propuesto tiene lugar en el ámbito de una norma de competencia desleal por lo que deberá ajustarse la posibilidad de uso dicha figura en ciertos casos específicos.

⁷⁷³ Vid. RUIZ PERIS, J., I., «*Los órganos de defensa de la competencia como...*», op. cit. p. 9-10. En adición, debe tenerse en cuenta que en la figura del «*amicus curiae*» no debe ser entendida como un

«En particular resulta especialmente relevante plantearse a que límites estará sometida la intervención de la Comisión y de la ADCs nacionales como consecuencia de la preservación de la igualdad de armas de las partes en el proceso, dado que obviamente la intervención de tal *amicus curiae* conlleva el fortalecimiento de la tesis de una u otra y la necesidad para quien se encuentra en el “otro lado”, de hacer frente a un aparato enorme y especializado en Defensa de la Competencia incrementando posiblemente los gastos necesarios para defender su posición, con independencia de las consecuencias que para él pueda tener la confianza de los órganos jurisdiccionales en la reputación de estos órganos administrativos especializaos en casos complejos...»

En este sentido, un errado ejercicio de la figura jurídica del «*amicus curie*» tiene como efecto potencial el dificultar la defensa de una de las partes procesales, por lo que esta herramienta jurídica debería ser activada únicamente en aquellos casos en los que exista un desequilibrio entre las partes intervinientes en un proceso judicial.

Dicho desequilibrio podría tener lugar en casos en los que la parte accionante sea un colectivo de consumidores en contra de un importante operador económico o incluso en aquellos casos en los que hayan sido iniciados o intervengan pequeños operadores de mercado en procesos judiciales por competencia desleal en contra de competidores con un importante poder económico⁷⁷⁴. En estos escenarios, la actuación de la autoridad de competencia como «*amicus curiae*» puede coadyuvar a reequilibrar la igualdad de armas de las partes dentro de este tipo de procesos judiciales en materia de competencia desleal.

perito ni tiene el valor de uno Vid. RUIZ PERIS, J.I., PEDRAZ CALVO, M., MARTORELL ZULUETA, P. “Observaciones del Grupo de Ayudas Públicas de la Universidad de Valencia (UVEG) a la propuesta de comunicación de la comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales” <https://www.derechoderedes.es/wp-content/uploads/Observaciones-conjuntas-definitivas.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷⁷⁴ En estos supuestos, el desequilibrio señalado se encuentra en que por regla general los operadores económicos grandes tendrán recursos económicos suficientes para tener una adecuada defensa judicial mediante la contratación de estudios jurídicos especializados o recabar pruebas o elementos de juicio como son peritajes técnicos, elementos de defensa que no suelen estar al alcance de colectivos de consumidores o de empresas pequeñas.

Finalmente, creemos que el sistema propuesto permitiría la plena validez normativa de la cláusula general contra la competencia desleal en Ecuador, en tanto que un sistema mixto –público-privado– de represión de la competencia desleal permite al Estado, competidores y consumidores contar con mecanismos y herramientas suficientes para enjuiciar y reprimir la práctica totalidad de supuestos desleales que pueden tener lugar en el mercado y proteger de forma adecuada tanto los intereses jurídico-económicos privados como públicos.

Con una correcta implementación de los mecanismos de represión de la competencia desleal y la posible integración de figuras en el ordenamiento jurídico ecuatoriano –como son un sistema de autorregulación publicitaria o la actuación de la autoridad administrativa de competencia en calidad de «*amicus curiae*» para ciertos supuestos– consideramos que es posible que la represión de la competencia desleal, tanto desde su dimensión pública como privada, pueda ser eficiente para prevenir, corregir y eliminar posibles conductas desleales que puedan tener lugar en el mercado ecuatoriano y de esta manera alcanzar un sistema de regulación que permita una adecuada protección a competidores, consumidores y del propio mercado.

CONCLUSIONES

I. El Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se presenta como un derecho imperfecto que no contiene la regulación necesaria para alcanzar una plena represión de las distintas conductas desleales que pueden tener lugar en el mercado. En tal virtud, la regulación vigente en la materia carece de una efectiva cláusula general contra la competencia desleal que proteja de manera adecuada los legítimos intereses particulares de competidores y consumidores, así como el interés público de mantener un sistema concurrencial saneado.

En el presente trabajo de investigación se han estudiado las distintas normas que de forma directa e indirecta regulan la competencia desleal, normas que esencia fallan en ofrecer una efectiva cláusula general contra la competencia desleal.

En este sentido, las normas del Derecho común han demostrado no ser suficientes, para una adecuada regulación de la competencia desleal. Así, desde la perspectiva del Derecho civil, las figuras jurídicas que pueden ser aplicables para enjuiciar posibles actos de competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son: la responsabilidad civil extracontractual y el abuso de derecho, figuras que exigen para su concreción, la concurrencia de elementos subjetivos como son el dolo o la culpa del infractor, que se traducen en la malicia o temeridad del operador económico al incurrir en un eventual acto de competencia desleal.

Tal situación genera una evidente dificultad en su aplicación, al exigir al demandante dentro de un proceso judicial que no solo deba probarse la existencia del acto anticompetitivo y del daño provocado, sino que además, deba poder demostrar la malicia o temeridad del demandando en la realización de sus distintas actuaciones en el mercado.

En adición las figuras de responsabilidad civil extracontractual y abuso de derecho, en la legislación ecuatoriana, genera una acción ordinaria que tiene por finalidad el reparar un posible daño causado, pero ni las normativa sustantivas ni adjetivas vigentes contemplan directamente otras acciones como son la cesación de la conducta, remoción de sus efectos; así como tampoco el Código Orgánico General de

Procesos (COGEP) contempla la figura de medidas preventivas o cautelares para procesos de cobro de créditos o en ámbito de propiedad intelectual – industrial. Por lo que su aplicación para actos de competencia desleal se encuentra limitado. En tal sentido, no es posible extraer de la legislación civil una efectiva cláusula general contra la competencia desleal que resulte aplicable a todos los supuestos posibles en el mercado.

Por otra parte, la regulación de la propiedad intelectual, por su propia naturaleza tampoco ofrece una adecuada cláusula general de competencia desleal, en este sentido, si bien Ecuador, hace ya relativamente bastante tiempo, es parte de CUP y ADPIC, el legislador no ha expedido las normas correspondientes que permitan su aplicación directa por operadores económicos nacionales, en tal sentido, la activación del artículo 10bis de CUP –de competencia desleal– se encuentra reservada únicamente para la protección de derechos e intereses de operadores económicos extranjeros.

Por otra parte, el marco de regulación de la propiedad intelectual en Ecuador está conformada además por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y la Decisión Andina 486, normas que incorporan regulación específica respecto de competencia desleal, pero que por su naturaleza jurídica, su aplicación está reservada exclusivamente para asuntos relacionados con propiedad intelectual e industrial, lo que impide su utilización en otros actos de competencia desleal que no se encuentren en el ámbito de dicha regulación.

Por otra parte, las normas de propiedad intelectual e industrial –si bien tienen importantes puntos de conexión con la competencia desleal– mantienen un objeto jurídico propio, esto es la protección de los intereses particulares en la explotación exclusiva de derechos industriales, como pueden ser marcas, patentes, obtenciones vegetales, entre otros.

Por el contrario, el Derecho de competencia desleal tiene como objetivo mantener el orden concurrencial saneado, es decir, debe ser entendido como *«un instrumento de ordenación de conductas en el mercado»* cuya activación no está reservada únicamente a asuntos relacionados con el Derecho intelectual – industrial. Por lo que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y la

Decisión Andina 486, a pesar de tener regulación de competencia desleal en ámbito de Derecho industrial, no ofrecen una efectiva cláusula general contra la competencia desleal.

Por otra parte, las normas de defensa y protección del consumidor si bien son normas de ordenación concurrencial al contener regulación y prohibiciones expresas para los agentes de comercio, su ámbito de aplicación es diferente y no reemplaza ni pretende suplir la regulación para la represión de la competencia desleal.

En tal virtud la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en Ecuador no puede ser utilizada para resolver asuntos de competencia desleal, ni tampoco ofrece una cláusula general aplicable a los distintos supuestos desleales que puedan tener lugar en el mercado.

Por las consideraciones expresadas, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se evidencia como el Derecho común y el Derecho de propiedad industrial no bastan para impedir la competencia en el mercado, lo que dio paso al legislador a la creación de normas de Derecho de la competencia que incluyan entre sus ilícitos la competencia desleal.

II. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) fue publicada en el Registro Oficial número 555 primer suplemento, el 13 de octubre de 2011, norma que es de naturaleza antitrust y que incluye entre las conductas prohibidas los actos de competencia desleal.

En cuanto se refiere a la regulación de la competencia desleal en la LORCPM destacamos dos elementos principales, el primero las deficiencias en la regulación de la cláusula general contra la competencia desleal y en segundo, la naturaleza antitrust de la Ley, lo que limita su aplicación a todos los supuestos posibles de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado.

En relación con el primer punto, la cláusula contenida en el artículo 25 de la LORCPM, considera como desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de sus actividades económicas; es decir, la cláusula general contra la competencia desleal en la LORCPM tiene una clara

inspiración en normas que responden al modelo profesional de regulación de la materia⁷⁷⁵.

No obstante, debido al anclaje constitucional de Ley y los esfuerzos de la autoridad de competencia por objetivar –en lo posible– los actos contrarios a los usos honestos, no nos parece que dicha regulación sea per se negativa, por cuanto su aplicación es posible en procedimientos que buscan la protección del interés público de mantener un orden concurrencial saneado.

Por otra parte, la LORPCM es clara en que para la determinación de la existencia de una práctica desleal, en ámbito de la Ley, la autoridad no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización; sin embargo, la misma disposición asume a los actos de competencia desleal como cuasidelitos «*de conformidad con el Código Civil*» lo que dota de un cierto carácter subjetivo⁷⁷⁶ a la regulación de competencia desleal en la Ley, ya que como bien lo ha desarrollado la jurisprudencia, el cuasidelito civil exige la existencia de la temeridad o negligencia de su responsable, la presencia de un daño y su relación de causalidad⁷⁷⁷.

La regulación la competencia desleal en la Ley no dota de un carácter objetivo pleno a su cláusula general, lo que podría producir dificultades innecesarias para su aplicación. Situación que, desde una visión de Derecho comparado, ha sido ampliamente superado en legislaciones modernas de regulación de la competencia desleal.

Por otra parte, si bien la cláusula general de competencia desleal debe ser entendida como una norma sustantiva, su incardinación en el Derecho administrativo sancionatorio ha producido dudas respecto de si su textura abierta –por ser aplicable a todos los casos que no estén expresamente tipificados en la Ley– infringe garantías constitucionales como es el principio de legalidad y tipicidad de las infracciones.

⁷⁷⁵ Como es el caso de artículo 10 bis de CUP o de la Decisión Andina 486.

⁷⁷⁶ El carácter de ilícito objetivo de la competencia desleal en legislación española tiene lugar justamente de la ausencia de los requisitos del dolo y la culpa de su autor. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...”, op. cit., p.69.

⁷⁷⁷ Lo indicado conforme el abundante desarrollo jurisprudencial ecuatoriano en relación con el cuasidelito civil.

Incluso, tal posición ha sido adoptada –en resoluciones aisladas– por la autoridad nacional de competencia.

A nuestro criterio, tal interpretación merece ser superada, en la medida que existen precedentes constitucionales en los que la Corte Constitucional ecuatoriana ha que las normas de carácter administrativo sancionador de textura abierta no infringen la constitución, ni tampoco, su correcta aplicación vulneran derechos constitucionales en la medida que la autoridad que califique o declare la infracción a la Ley lo realice con una adecuada motivación en normas constitucionales y legales pertinentes, a efectos de configurar y adecuarla en el caso concreto⁷⁷⁸.

Por lo que la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25 de la LORCPM debe ser entendida como una norma sustantiva plena que permite su aplicación para aquellos supuestos que son contrarios a los usos y costumbres honestos en el mercado, pero no están expresamente contemplados en la Ley.

Ahora bien, con relación al ámbito de aplicación de la Ley como norma antitrust, la LORCPM es una norma de defensa de la competencia que contiene un procedimiento común para todas las infracciones inmersas en la norma, incluye sanciones comunes para las distintas conductas anticompetitivas reguladas y exige los mismos requisitos legales –como es la determinación del mercado relevante para cada caso– conforme la naturaleza jurídica propia de cada tipo de conducta anticompetitiva.

Si bien, la LORCPM se presenta como una norma moderna de defensa competencia, el hecho que el legislador incluyera entre las conductas prohibidas a los actos de competencia desleal, ha generado la discusión de si la prohibición y sanción de este tipo de ilícitos es aplicable a todos los supuestos que puedan tener lugar en el mercado, o por el contrario, se encuentran reservados únicamente para aquellos actos de competencia desleal que falseen gravemente el mercado; dudas en su ámbito de

⁷⁷⁸ Para referencia en relación a la infracción de tipo abierto de error inexcusable en ámbito judicial Vid. No. 3-19-CN/20, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-19-CN/20> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

aplicación que incluso ha conllevado a que la autoridad administrativa en la materia adopte distintas posiciones jurídicas en su interpretación, en el transcurso del tiempo.

Por tal razón, con la finalidad de revisar las distintas posiciones adoptadas por la autoridad de competencia, en el presente trabajo se analizó las principales resoluciones expedidas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Al respecto, por una parte, en las resoluciones dictadas el 15 de abril de 2016, en el expediente SCPM-CRPI-2015-072, y 15 de junio de 2017, en el expediente No. SCPM-CRPI-005-2017⁷⁷⁹, la autoridad ecuatoriana de competencia consideró que la Superintendencia es competente para conocer y resolver todos los casos de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado, omitiendo analizar los efectos anticompetitivos en el mercado relevante, lo que claramente constituye una omisión en la aplicación del artículo 5 de la LORCPM.

Por otra parte, en pronunciamiento recientes, como son las resoluciones dictadas el 26 de febrero de 2019 en el expediente No. SCPM-CRPI-044-2018⁷⁸⁰, de 6 de agosto de 2021, en el caso No. SCPM-CRPI-008-2021⁷⁸¹ y de 29 de octubre de 2021, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021⁷⁸² la Superintendencia ha considerado que únicamente pueden ser objeto de sanción en los términos de la ley aquellas conductas de competencia desleal que generen un falseamiento significativo del mercado.

Para ello, en sus distintas resoluciones, la autoridad de competencia realizó un profundo análisis del mercado relevante en el cual tuvo lugar la conducta investigada, así como sus efectos anticompetitivos en el mercado.

⁷⁷⁹ Entre otras como la resolución SCPM-CRPI-2015-076, publicada en: (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/12/SCPM-CRPI-2015-076-A-006-2016-DS.pdf> consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷⁸⁰ https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-CRPI-044-2018_OTV-MULTICABLE.pdf (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷⁸¹ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/Resolucion-17-08-2021-EXP-SCPM-CRPI-008-2021.pdf> (consultada por última vez el 8 de junio de 2022).

⁷⁸² <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/02/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-CRPI-016-2021-Version-no-confidencial-y-publica-.pdf> (consultada por última vez 8 de junio de 2022).

Mas allá de las distintas interpretaciones posibles respecto de la naturaleza de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM –las que fueron profundamente tratadas en el presente trabajo– coincidimos con el criterio expresado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus últimas resoluciones, al considerar que la prohibición y sanción de la competencia desleal en la Ley está reservada únicamente para aquellos actos de competencia desleal que generen o puedan generar un efecto anticompetitivo significativo en el mercado.

Para ello, una correcta interpretación de la regulación de la regulación competencia desleal en la LORCPM a nuestro criterio exige que la autoridad administrativa –o judicial–⁷⁸³ en el caso concreto deberá comprobar:

1. La existencia del acto anticompetitivo con reproche de deslealtad, el cual puede ser uno de los tipificados en el artículo 27 de la Ley –como son actos de engaño, confusión, violación de normas, prácticas agresivas a consumidores, etc– o por considerar que dicho acto es contrario a los usos y costumbres honestos en el mercado, de conformidad con la cláusula general contra la competencia desleal contenida en el artículo 25 de la norma.

2. El falseamiento significativo de uno o más de los intereses protegidos en la Ley, esto es que la conducta desleal tenga por efecto real o potencial de falsear a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios en el mercado relevante.

En efecto, desde una visión integradora de la Ley, conforme los artículos 5 y 26 de la LORCPM, la prohibición y sanción de conductas desleales está reservada para aquellos actos que guardan efectos anticompetitivos significativos en el mercado relevante determinado por la autoridad de competencia en cada caso.

En este sentido, el artículo 26 de la LORCPM incorpora una condición para la represión de las conductas desleales en el marco de la Ley, esto es que el acto desleal genere un efecto –real o potencialmente– anticompetitivo en el mercado. En otras

⁷⁸³ En caso de que las resoluciones emitidas por el órgano administrativo de competencia hubieren sido objeto de impugnación en vía jurisdiccional.

palabras, en los términos de la norma no toda conducta de competencia desleal puede ser objeto de represión, por el contrario, la prohibición y sanción en términos de la Ley de un acto desleal se encuentra condicionada a la intensidad del efecto anticompetitivo que la conducta genere en el mercado.

Para ello, el artículo 5 de la LORCPM se presente como el parámetro de graduación de la intensidad de la conducta que obliga al Superintendencia de Control del Poder de Mercado a que determine en cada caso el mercado relevante. Es decir, el efecto anticompetitivo producto de la conducta desleal enjuiciada debe generar un efecto significativo en los intereses protegidos de la norma en el mercado relevante determinado por la autoridad, lo que necesariamente eleva el ilícito desleal al rango de Derecho antitrust.

Esta interpretación cobra especial sentido, en la medida que la LORCPM tiene por objeto el proteger el orden público económico y no contempla mecanismos de reparación de los intereses particulares de competidores y consumidores, quienes deben acudir a la vía judicial para la eventual reparación de daños y perjuicios. En adición, la LORCPM está estructurada como una norma de defensa de la competencia, por ello conforme lo dispone la Ley, la carga de la prueba la tiene la administración pública; de igual manera los términos de investigación son amplios y las sanciones reservadas para las conductas desleales son idénticas para ciertos supuestos de abuso de poder de mercado y acuerdos restrictivos de la competencia, lo que necesariamente implica que todos los ilícitos contenidos en la norma ostenta un rango antitrust.

Por lo anotado, en virtud de las deficiencias en la regulación de la cláusula general contra la competencia desleal y el limitado ámbito de aplicación de la Ley por considerar a la competencia desleal como un ilícito antitrust, la LORCPM no ofrece una real cláusula general contra la competencia desleal que resulte efectiva para todos los casos posibles que puedan tener lugar en el mercado; y aunque se quiera intentar una visión o interpretación alternativa de la regulación de la competencia desleal en la Ley, ésta falla producto de las propias exigencias de la norma para la configuración del ilícito—determinación de mercados relevantes— y su más que evidente dificultad de aplicación práctica.

Lo indicado en adición de que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es posible encontrar una cláusula general contra la competencia desleal porque, como ya fue indicado, el Derecho común no contiene las herramientas jurídicas necesarias para reprimir adecuadamente los actos desleales en el mercado y por otra, la LORCPM restringe su aplicación únicamente para aquellos actos de competencia desleal que afectan al orden público económico.

Así las cosas, competidores y el colectivo de consumidores en Ecuador carecen de las herramientas jurídicas necesarias que proteja de forma efectiva y moderna sus respectivos intereses particulares producto de prácticas desleales puesto que, por una parte.

Esta situación fundamenta la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico ecuatoriano una Ley de competencia desleal autónoma.

Ante esta realidad, y también en virtud de la recomendación contenida en la evaluación entre pares realizada al Ecuador en el año 2021, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) – Banco Interamericano de Desarrollo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado remitió un Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal a la Asamblea Nacional. Proyecto que contiene varios aspectos positivos pero que también incluye algunas disposiciones que deben ser revisadas.

III. En este sentido, destacamos que la norma propuesta tiene una clara inspiración en la Legislación española por lo que varias de sus disposiciones –por lo menos en cuanto se refiere a finalidad de la Ley, ámbito de aplicación de la norma, definición de la cláusula general contra la competencia desleal y la tipificación de conductas desleales– resultan similares y en ciertos casos iguales.

En tal virtud, por su fuerte inspiración europea, el Proyecto de Ley propone una regulación moderna de las instituciones de la competencia desleal y en particular considera desleal a *«todo acto o comportamiento objetivamente contrario a la buen fe»* por lo que excluye en su determinación en el caso concreto de cualquier consideración subjetiva como son la malicia o temeridad del responsable de la conducta anticompetitiva. Por lo indicado la cláusula general contra la competencia desleal

propuesta en el Proyecto de Ley constituye un importante avance respecto de la tipificación actual de la figura en la LORCPM.

Por otra parte, desde su ámbito de aplicación el Proyecto de Ley plantea una división de materia y separa los actos de competencia en simples y agravados, reservando la represión de los actos de competencia desleal simples –entendidos como aquellos que afectan principalmente los intereses particulares de competidores y consumidores– en mecanismos de acción privada ante jueces lo civil; por otra parte, los actos calificados como agravados –esto es, que generen un efecto distorsionador significativo en el orden público económico– pasan a ser objeto de represión por la autoridad administrativa de defensa de la competencia.

De esta forma el Proyecto de Ley busca remediar la actual situación jurídica de la regulación de la competencia desleal en Ecuador, al buscar integrar al ordenamiento jurídico ecuatoriano de una norma de competencia desleal que sea aplicable a todos los supuestos posibles en el mercado, sin embargo, nos permite reflexionar respecto de si el sistema de represión propuesto en el Proyecto del Ley es el que se ajusta de mejor manera al marco constitucional ecuatoriano y contiene un mecanismo realmente eficiente para la protección de los intereses protegidos en la Ley y la Constitución. En particular plantea la duda de si la norma propuesta contiene una protección adecuada contra los actos de competencia desleal dirigidos a pequeños competidores y a consumidores en masa que, por lo general, sufren fuertes obstáculos para iniciar procesos judiciales.

IV La represión de la competencia desleal puede tener dos variantes, el primero mediante la acción privada «*private enforcement*» de la competencia desleal que se sustenta principalmente mediante el inicio de acciones judiciales y, el segundo mediante la acción pública o «*public enforcement*» que tiene lugar mediante la actuación de un organismo de Derecho público administrativo.

En el modelo de represión privada de la competencia desleal la activación del sistema pasa por el inicio de acciones judiciales impulsadas generalmente por competidores o afectados producto de los actos con reproche de deslealtad. En este modelo el juez se constituye como pieza clave en la represión de la competencia desleal,

al que pueden acudir las a fin de evitar o cesar un acto anticompetitivo o su vez reparar los efectos perniciosos que éste produce.

En este sentido, advertimos que la efectividad del modelo de represión privado de competencia desleal depende del correcto funcionamiento del sistema de justicia. Es decir, en países en los que el sistema judicial se encuentra saturado propondrá a demoras e ineficiencias en la administración de justicia, lo que impedirá una adecuada represión de las conductas anticompetitivas.

En adición, en el marco de la acción privada de la competencia desleal, los costos procesales –como son honorarios profesionales, contratación de peritos, entre otros–, inherentes a todo proceso judicial, en algunas circunstancias se convierten en reales impedimentos para el efectivo ejercicio de acción judiciales⁷⁸⁴, sobre todo en aquellos casos en que los afectados carecen de suficientes recursos económicos, como pueden ser colectivos de consumidores o pequeños competidores.

Por otra parte, el sistema público de represión de la competencia desleal –en que es la administración pública el encargado de reprimir la existencia de conductas desleales en el mercado– se muestra como una interesante alternativa para una adecuada represión de la competencia desleal en Ecuador, entre las ventajas que presenta este sistema se encuentran: el que los casos sean resueltos por personal especializado en la materia, los términos administrativos suelen ser cortos en comparación con procesos judiciales y, que el modelo de *public enforcement* permite al organismo administrativo actuar de oficio, situación especialmente relevante para aquellas conductas que afectan el orden público económico o los derechos colectivos de consumidores.

A modo de referencia, particularmente, resulta interesante la experiencia italiana en la que la L'Autorita' Garante Della Concorrenza e del Mercato (AGCM) es quien tiene la competencia para conocer y resolver aquellas conductas de competencia desleal

⁷⁸⁴ Otra limitación común en ciertos países latinoamericanos es la corrupción: «... uno de los principales motivos para no recurrir a la justicia son los costos excesivos que ello implica. Dichos costos incluyen no sólo las tarifas oficiales por litigar y honorarios profesionales sino también los costos “no oficiales” (corrupción) y el tiempo invertido». HERRERO, ÁLVARO., y HENDERSON, K., *El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa, El caso de Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo Washington, D. C. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-costode-la-resoluci%C3%B3n-de-conflictos-en-la-peque%C3%B1a-empresa-El-caso-de-Per%C3%BA.pdf> (consultado por última vez 8 de junio de 2022).

que estén dirigidas a consumidores y usuarios, en particular respecto de las conductas de engaño y prácticas agresivas⁷⁸⁵.

En este sentido, las distintas resoluciones emitidas por la AGCM⁷⁸⁶, resaltan la conveniencia de este sistema para reprimir las conductas desleales que afecten derechos de los consumidores.

Por otra parte, una experiencia más próxima al Ecuador se la puede encontrar en la regulación peruana de la competencia desleal en la que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la entidad encargada de conocer, resolver y sancionar los distintos actos de competencia desleal que puedan tener lugar en el mercado.

El INDECOPI debido a su carácter técnico y su eficiente actuación como entidad de control ha obtenido una importante reputación tanto nacional como internacional y «... *concita el apoyo y el reconocimiento de prácticamente todas las principales partes interesadas de los sectores público y privado en Perú*». A pesar de su estructura poco habitual que es «*responsable de la solución de controversias y de emitir resoluciones sobre numerosas cuestiones de regulación del mercado que van más allá del Derecho de competencia —incluidas, en particular, la propiedad intelectual, la competencia desleal y la protección del consumidor—*»⁷⁸⁷.

La experiencia peruana se muestra como un interesante ejemplo que demuestra que un sistema de represión de la competencia desleal basado en el «*public enforcement*» puede ser eficiente para la represión de las conductas desleales; lo que

⁷⁸⁵ Resultado de la transposición de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales al ordenamiento jurídico italiano mediante el que se reformó al *Codice del Consumo*.

⁷⁸⁶ . Al respecto, conforme la Memoria anual de la actividad del organismo «*Relazione annuale sull'attività svolta*», en el año 2020, la autoridad concluyó con 100 procedimientos de investigación de los cuales 29 terminaron con compromisos de cesación. https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2020/Relazione_annuale_2021.pdf (Consultada por última vez el 8 de junio de 2022). Desde una perspectiva cualitativa, respecto de los resultados de las resoluciones emitidas por la autoridad italiana, en el presente trabajo de investigación nos referimos a los expedientes: Procedimiento N°. 28508, (PS11517 MYWORLD-LYCONET- CASHBACK), Procedimiento No. 28489 (PS11606 – FINECO-CONTO ZERO CANONE PER SEMPRE) y al procedimiento No. 27432 (PS11112 - FACEBOOK-CONDIVISIONE DATI CON TERZI).

⁷⁸⁷ Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia para Perú, 2018, pp. 118, pp. 118-119.

debe ser considerado para una eventual implementación en Ecuador –más aún en consideración de las similitudes jurídicas, políticas y económicas de ambos Estados–, sin embargo, no debemos olvidar que el sistema utilizado en Perú resulta «*atípico*», así como el INDECOPI ha podido alcanzar su eficiencia mediante la optimización de sus recursos a través del paso del tiempo.

En este sentido, uno de los principales riesgos que tiene la adopción de un modelo de represión pública de la competencia desleal es la sobrecarga de trabajo que puede generar el que una única institución deba conocer todos los actos de competencia desleal que tengan lugar en el mercado, así como que, la dificultad inherente de que una entidad pública administrativa –en particular en sus inicios– pueda tener una adecuada representación en ámbito nacional.

Finalmente, un sistema exclusivamente público de represión de la competencia desleal también implica que los afectados y víctimas se vean impedidos, por lo menos en un primer momento, de acudir a su juez competente para que conozca y resuelva la posible existencia de conductas desleales en el mercado. Lo indicado, cobra relevancia en la medida que el sistema judicial está normalmente diseñado para ofrecer mecanismos de acceso judicial en todo el territorio ecuatoriano. situación que resulta difícilmente replicable por una entidad de derecho administrativo.

V. El ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere de una Ley autónoma de competencia desleal que incluya una cláusula general moderna contra la competencia desleal y que además incorpore un sistema mixto de represión público-privado de competencia desleal que se ajuste correctamente al marco constitucional ecuatoriano y a las necesidades de la sociedad y el mercado.

En este sentido, una cláusula general contra competencia desleal moderna debe ser objetiva, ilícito de peligro, norma sustantiva, de naturaleza extracontractual, y en la que para su activación no resulte necesario que medie una efectiva relación de competencia entre operadores económicos.

Por otra parte, para que una cláusula general contra la competencia resulte efectiva, el legislador deberá diseñar un sistema de represión de la competencia desleal que, desde el marco constitucional vigente, sea aplicable a todos los supuestos desleales

que pueden tener lugar en el mercado y que ofrezca un real y eficiente mecanismo protección a los distintos intereses privados de competidores, consumidores y público de mantener un orden concurrencial saneado en el mercado.

En este sentido, el «*public enforcement*» sobresale como el mecanismo idóneo para reprimir aquellos actos de competencia desleal que afecten de manera directa al interés público, es decir que aquellos que generan o pueden generar un efecto anticompetitivo significativo en el mercado y su estructura; de igual manera, el «*public enforcement*» parece la vía adecuada para reprimir aquellas conductas desleales que se encuentren dirigidos a consumidores y usuarios.

En estos casos, un sistema público de represión de la competencia desleal permite actuar de oficio a la autoridad de competencia y una vez determinada la existencia de la conducta anticompetitiva, la autoridad podrá ordenar la cesación de la conducta, la remoción de sus efectos, la rectificación de información de información engañosa, incorrecta o falsa, entre otros. Pero principalmente podrá imponer sanciones económicas que busquen disuadir a los operadores económicos y participantes en el mercado de incurrir en este tipo de ilícitos desleales.

Para los demás casos de competencia desleal, es decir, aquellos en los que no existe un falseamiento significativo del régimen de competencia o una afectación a los derechos de consumidores y usuarios en masa, el «*private enforcement*» se presenta como la alternativa a tener en cuenta para todos los supuestos de competencia desleal que afecten principalmente al interés privado *inter pares*.

En esta modalidad, se permite que todos los operadores económicos y víctimas de conductas de conductas desleales puedan acudir al juez competente e iniciar las acciones que en derecho le correspondan, sin embargo, en ciertos escenarios la vía judicial para la resolución procesos en ámbito de competencia desleal presenta ciertos aspectos negativos que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta.

Nos referimos a aquellos casos en los que exista un marcado desequilibrio entre las partes procesales, como es en el supuesto de que la parte accionante sea un colectivo de consumidores en contra de un importante operador económico o en aquellos casos

iniciados por pequeños operadores en procesos judiciales por competencia desleal en contra de competidores con un importante poder económico.

En estos escenarios el legislador podría considerar el dotar la facultad legal a la autoridad administrativa de competencia para que pueda intervenir –bajo ciertos supuestos específicos– en procesos judiciales de competencia desleal, en calidad de «*amicus curiae*» o, a petición del juez competente remita criterios o informes técnicos a fin de otorgar a la autoridad jurisdiccional mayores elementos para resolver.

En estos escenarios, consideramos que la actuación de la autoridad de competencia como «*amicus curiae*» puede coadyuvar a reequilibrar el principio de igualdad de armas de las partes dentro de este tipo de procesos judiciales en materia de competencia desleal.

Finalmente, otra figura a la que debe prestarse especial atención es la posibilidad de la incorporación de un sistema de autocontrol publicitario, – esto es en los que los sujetos partícipes –empresas u operadores económicos– «*aprueban normas de conducta que rigen su actividad publicitaria y, al propio tiempo, prevén mecanismos para asegurar su cumplimiento*»⁷⁸⁸ herramienta importante que permite reprimir conductas de competencia desleal en ámbito publicitario sin necesidad de la intervención de autoridad públicas o de acciones judiciales.

Por las consideraciones anotadas, un sistema mixto –público-privado– de represión de la competencia desleal, en los términos expresados, a nuestro criterio se perfila como el mecanismo ideal para enjuiciar y reprimir la práctica totalidad de supuestos desleales que pueden tener lugar en el mercado y proteger de forma adecuada los distintos intereses jurídico-económicos privados como públicos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁷⁸⁸ Vid. TATO PLAZA, *La autorregulación publicitaria*, Thomson Reuters, Pamplona, 2020, p. 36.

BIBLIOGRAFÍA. -

ALONSO SOTO R., “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en NOTAS DE COMPETENCIA No. 3 <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/notas-de-competencia-3-2013.pdf>.

ALVEAR PEÑA, P., “Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” en VV. AA Derecho administrativo y corrección económica, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2015.

ÁLVAREZ VEGA, M.I., A “vueltas con la complementariedad relativa o la coexistencia de la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal”, en VV. AA, Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad. MIRANDA SERRANO, L.M., y COSTAS COMESAÑA, J, (dirs.), Madrid, 2018.

ANDRADE NARVÁEZ F. “Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en conductas anticompetitivas en el Ecuador”, en Derecho Administrativo y Corrección Económica Memorias Seminario Internacional Corte Nacional de Justicia Quito.

ARROYO CHACÓN, J.I., La influencia del derecho y sus ramas en el mundo de los negocios de empresas latinoamericanas, en Red De Revistas Científicas de Acceso Abierto No Comercial Propiedad de la Academia. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2816/281654984009/html/index.html>

BAKER, J., “Market Definition: An Analytical Overview”, Antitrust Law Journal No. 1, 2007.

BARONA VILAR, S., Competencia desleal, Segunda Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, A., “Nociones introductorias”, en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal Thomson Reuters, Navarra, 2011.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Disposiciones Generales” en VV. AA., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuter Navarra, 2011.
- BERCOVITZ- RODRÍGUEZ-CANO, A., “Constitución, empresa y libertad de competencia” en VV. AA., Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, GARCIA-CRUCES J., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- BERENGER FUSTER, L., “La aplicación privada del derecho de la competencia”, en VV. AA., La aplicación privada del derecho de la competencia, VELASCO SAN PEDRO, L., (Dir.) ALONSO LEDESMA, C., (Dir.) ECHEBARRÍA SÁENZ, M., (Dir.), et al., Lex Nova, 2011.
- BETANCOR, A., HUERTAS, E., y PETITBÒ A., Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2020.
- BODENHAUSEN, G.H. C., “Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION” (WIPO)
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_611.pdf
- BOTTA, M., WIEDEMANN, K., “The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, The Antitrust Bulletin, Vol. 64(3), 2019.
- BULLARD GONZÁLEZ, A., PATRÓN, C., El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal, en Themis, Revista de Derecho, No. 39, 1999.
- CABRERA ZARAGOZA, S. y ESCUDERO PUENTE, A., “La aplicación del artículo 3 de la ley de defensa de la competencia ¿La reactivación del ilícito?”, Anuario de la competencia, N.º 1, 2011-2012.
- CAMPAÑA TERÁN, P., “La defensa del consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección Consumer Defense in Ecuador. Against International Protection Principles”, Iuris Dictio N° 24, 2019.

- CARRASCO TORRONTEGUI, P., “Elementos para el análisis de las conductas anticompetitivas contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”, en VV.AA., El derecho económico en tiempos de crisis, DE LA GUERRA ZÚÑIGA, E. M., (Coord.), Quito, 2021.
- CARRASCO TORRONTEGUI, P., “Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina Sobre Protección y Promoción de la Competencia, y Perspectivas Sobre su Aplicación en Ecuador”, en Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2783/1/T0986-MDE-Carrasco-An%20de.pdf>.
- CASADO NAVARRO, A., “El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)”, Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución N.º 22/enero-junio 2018, N.º 22, 2018.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D., “Las autoridades de defensa de la competencia como amicus curiae. Una perspectiva internacional”, Anuario de la competencia, N.º 1, 2007.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC especial consideración al requisito de afectación al interés público”, en Anuario de la competencia, N.º 1, 2014.
- CHAMORRO, C., TROYA, M., Protección Constitucional de los consumidores en Ecuador, en *Ámbito Jurídico*, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/proteccion-constitucional-de-los-consumidores-en-ecuador/>.
- CORBERÁ MARTÍNEZ J., “Actos concretos de competencia desleal (i): engaño, confusión, denigración, comparación, imitación y publicidad ilícita”, en VV.AA Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal Un estudio práctico de la Ley de Competencia Desleal (LCD), KILLIAN BENEYTO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- CORONEL JONES C. Y DEL BRUTO ANDRADE O., “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el derecho ecuatoriano (ii)”, *Ius Humani. Revista de Derecho* Vol. 3 (2012/2013).

CORTÁZAR, J. “Un paso adelante para sistema antimonopolios de la Región” en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-decision.pdf>

COSTA-CABRAL, F., LYNSKEY O. “Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law”, *Common Market Law Review*, No. 54, 2017.

DANACULLETA I, GARDELLA, M. M., *La competencia Desleal*, primera edición, Lustel, 2007, Madrid.

DELGADO PEÑA, P., “Cláusula de Prohibición General de “Competencia Desleal”, *Revista CES Derecho*, Volumen 6 No.2, 2015.

DÍEZ ESTELLA F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, en la *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, Nº 213, mayo / junio 2001.

DÍEZ ESTELLA, F., ¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?, *Diario la Ley*, AÑO XXVI. Número 6373, 2005. [http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_idc_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_idc_(2005).pdf)

DÍEZ ESTELLA, F., "El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", *Noticias de la UE*, No. 330, 2012

DÍEZ ESTELLA, F., y GUERRA FERNÁNDEZ, A., “Artículo 1. Conductas colusorias”, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas.

EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, primera edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en VV.AA., Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad, MIRANDA SERRANO L., COSTAS COMESAÑA, J., (dirs.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2018.

ESCUADERO HERRERA, M., “Interpretación de la normativa legal del derecho de patentes por recientes resoluciones judiciales” en el Anuario de la Facultad de Derecho, (Universidad de Alcalá), 2008, número 1.

ESTEBAN RAMOS, L., M., “Libre Fijación de Precios y la Venta a Pérdida como acto de competencia desleal”, en VV. AA, La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Lex Nova, Valladolid 2011.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica”, en Revista de derecho mercantil, No. 257, 2005.

FAUS SANTASUSANA, J., y MARQUÈS L., “Ofertas a Hospitales ante la aparición de genéricos o biosimilares y la definición de mercado relevante. Resolución de la CNMC en el asunto Abbvie-Amgen”, Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, número 93, 2021.

FERNÁNDEZ-NOVOA C., “Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal”, en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XIV, 1991-92.

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., Homenaxe da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, Universidade de Santiago de Compostela, 1989.

FONT GALÁN J. Y MIRANDA SERRANO L., Competencia Desleal y Antitrust Sistema de Ilícito, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2005.

GARCÍA M., “Probatio Diabolica. El juego de probar lo imposible” en <https://tc-abogados.es/probatio-diabolica-el-juego-de-probar-lo-imposible/>.

GARCÍA PÉREZ, R., Ley de Competencia Desleal, editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

GARCÍA PÉREZ. R., “Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de marcas y en la Ley de competencia desleal” en VV. AA Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional). A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., J, (dir. congr.) FERREIRO BAAMONDE X. (dir. congr.), 2012.

GARCÍA VIDAL, A., Abuso del sistema de patentes y de los procedimientos para la comercialización de medicamentos a fin de impedir o retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos competidores, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/abuso-del-sistema-de-patentes-y-de-los-procedimientos-para-la-comercializacion-de-medicamentos.pdf>

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)”, Revista de Instituciones Europeas, ISSN 0210-0924, Vol. 15, Nº 2, 1988, págs. 447-452:

GARCÍA-CRUCES, J., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva”, Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, GARCIA-CRUCES J., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, versión online.

GARRIGUES, J., Instituciones de derecho Mercantil, 1943.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)”, en La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 (dirs. Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco, Iustel, Madrid, 2011.

GÓMEZ SEGADE J., "El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual" en Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 16, 1994-1995.

GÓMEZ SEGADE, J, A., “La nueva cláusula general en la LCD”, Autocontrol, Nº. 154, 2010, versión digital.

- GONZÁLES JIMÉNEZ, P., “La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal (A propósito del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal”, en VV. AA Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad, MIRANDA SERRANO L. (dirs.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2018
- GONZÁLEZ PONS, E., Prácticas agresivas y tutela del consumidor, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, MADRID, 2019.
- GONZÁLEZ PONS, E., La obsolescencia programada: “Un supuesto de práctica comercial desleal son consumidores”, Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., Distribución selectiva y comercio paralelo, Aranzadi Pamplona, 2007.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, A., Constitucionalismo en Ecuador, primera edición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.
- GUTIERREZ, A., “Artículo 2. Abuso de posición dominante” en VV.AA., Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 6ª ed., noviembre 2020, Madrid, Civitas.
- HERRERO, ÁLVARO., y HENDERSON, K., El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa, El caso de Perú, Banco Interamericano de Desarrollo Washington, D. C. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-costode-laresoluci%C3%B3n-de-conflictos-en-la-peque%C3%B1a-empresa-El-caso-de-Per%C3%BA.pdf>
- HUNTER AMPUERO I., “Las dificultades probatorias en el proceso civil. tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, Revista de derecho, RDUCN vol.22 no.1 Coquimbo 2015, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100006>.
- JARA VÁSQUEZ M., E., “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en Ecuador”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2003.

- JARA VASQUEZ, M., E., “La protección contra la competencia desleal en la LORCPM”, en VV AA Derecho Económico Contemporáneo, Editora Nacional, Quito Ecuador, 2017.
- JARAMILLO LONDOÑO, A., “Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal”, Revista de Derecho Privado, No. 49, 2013.
- JONES A., SUFRIN B., EU Competition Law, quinta edición, Oxford University Press; 5a edición, 2014.
- KLÖHN, L., Private versus public enforcement of laws- a Law & Economics perspective, 2010, disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1730308>
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Artículo primero. Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal” en VV.AA., Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores, LEMA DEVESA, C. (dirs.), Bosch, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ DÍAZ, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el Derecho Chileno”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, No 250, 2021.
- MARCO COS, J., “Ámbito territorial”, Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, en VV. AA, Martínez Sanz, F., (dirs.), Tecnos, 2009.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., SUÑOL LUCEA, A., y MASSAGUER FUENTES, J., “La transposición al Derecho español de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 60, N° 2013, 2006.
- MARTÍ MOYA, V., “La represión pública de la competencia desleal: una perspectiva de futuro para la aplicación del art. 3 de la ley de defensa de la competencia”, Revista de Derecho Mercantil, N.º 291, 2014.

- MARTÍ MOYA, V., “El modelo anglosajón y public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en España”, en VV. AA La protección de los consumidores en tiempo de cambio, MIRANDA SERRANO L. (dirs.), Madrid, 2015.
- MARTÍ MOYA, V., “El Piecemeal Approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano” en VV. AA Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel, Broseta Pont, Olavarría Iglesia, J., Martí Miravalls, J., (coords.) Tirant Lo Blanch, 2019.
- MARTÍ MOYA, V., Geobloqueo y comercio electrónico entre la libre circulación y el derecho de la competencia, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2020.
- MARTÍN MARTÍN, G.A., “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”: Revista Electrónica de Direito, N.º 1 V. 15, 2018.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Clausula General”, en Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, en VV. AA, MARTÍNEZ SANZ, F., (dirs.), Tecnos, 2009.
- MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución n.º 7, 2010.
- MASSAGUER FUENTES, J., “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, en Revista general de derecho, Nº 544-545, 1990.
- MASSAGUER FUENTES, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999.
- MASSAGUER FUENTES J., “La Cláusula General de Prohibición de la Competencia Desleal”, Revista Advocatus, Número 007, 2002.

MASSAGUER FUENTES, J., PALAU RAMÍREZ, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, Instituto Nacional De Consumo, 2002, versión digital.

MASSAGUER FUENTES, J., El nuevo Derecho Contra la Competencia Desleal, La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas Comerciales Desleales, Civitas, Navarra, 2006.

MASSAGUER FUENTES, J., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” VV. AA, Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia]. Sexta edición, Pamplona, 2020.

MASSAGUER, FUENTES, j., “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, N°. 55, 2021.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., La competencia desleal, Editorial Civitas S.A., primera edición, Madrid, 1988.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La constitución económica en el marco de una Constitución Europea”, en VV. AA, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos Vol. 1, 2005.

MIRANDA SERRANO L., “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa de la contratación de bienes y servicio”. VV. AA La protección de los consumidores en tiempo de cambio, MIRANDA SERRANO L., (dirs.), Madrid, 2015.

MOLINA MENDOZA. J. “Responsabilidad civil por competencia desleal”, en el Boletín Latinoamericano de Competencia N° 6 (Parte 2), 1999, https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_6_2_es.pdf.

MONTOYA MELGAR, M Enciclopedia Jurídica Básica, Volúmen IV, MONTOYA MELGAR, M, (dir.) Civitas S.A., Madrid, 1995.

- MOURE, J., “La reforma de la Decisión 344 y su puesta en conformidad con las normas ADPIC”, *Revistas Externado*: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1760/1568/>.
- NAVARRETE, M., “Competencia Desleal y Daño al Interés General en Ecuador”, publicado en el “DERECHO, ECONOMÍA Y COMPETENCIA” de la Universidad San Francisco, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/>.
- NUÑO JIMÉNEZ, I., PUERTA SEGUIDO, F., “Derecho administrativo sancionador. principios de la potestad sancionadora”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº 5, 2016.
- ORTIZ-BAQUERO, I., SOLANO-OSORIO, D., “Análisis comparativo de los sistemas de aplicación privada y pública de las normas de libre competencia en los países integrantes de la Comunidad Andina”, *Vniversitas* No 133, (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.acsa>.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen General de la Obligaciones Octava Edición*, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2014.
- PALAU RAMIREZ. F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, 1998.
- PALAU RAMÍREZ, F., “La proyectada legislación alemana contra la competencia desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, No. 23, 2002, versión digital.
- PALAU RAMÍREZ, F., “La proyectada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española”, *Estudios sobre consumo* - Núm. 67, 2003.
- PALAU RAMÍREZ F., “La venta a pérdida en la nueva ley de ordenación del comercio minorista ¿hacia una nueva etapa en su aplicación?”, *Derecho de la competencia y gran*

distribución” / coord. por Fernando Cachafeiro, Rafael García Pérez, Marcos-A. López-Suárez, 2016.

PALAU RAMÍREZ F., “El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentación, S.A.”, en VV. AA: Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad, por José Manuel Serrano Cañas, Antonio Casado Navarro (coord); Luis María Miranda Serrano, Julio Costas Comesaña (dir.), 2018.

PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2020.

PALAU RAMÍREZ F., “Actos concretos de competencia desleal (I): por contraria las exigencias de la buena fe, por explotación de la reputación ajena, inducción a la infracción contractual y violación de normas”, en VV. AA: Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal Un estudio práctico de la Ley de Competencia Desleal (LCD), KILLIAN BENEYTO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

PAZ-ARES C., “El ilícito concurrencial de la dogmática Monopolista a la Política Antitrust” Revista de derecho mercantil, Nº 159, 1981.

PAZOS HAYASHIDA, J., VEGA TALLEDO, A., “Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor”, Revista de la Facultad de Derecho no.85, 2020.

PÉREZ BORGES, E., “La multa civil en el ordenamiento jurídico francés”: Cuando Las Barbas De Tu Vecino...», revista Estudios de Deusto, Vol. 67 Núm. 2, 2019, [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp297-320](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp297-320)

PEREZ MOLINA, M., “El Criterio de la eficiencia económica (efficiency defence) en el ámbito de concentraciones de la Unión Europea”, en Anuario de la Competencia 2015, Fundación ICO Marcial Pons, Madrid, 2015.

PETIT LAVALL, V., “La infracción contractual como conducta desleal”. A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 256/2010, de 1 de junio”, en la “Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil” num.11/2011.

PICO MANTILLA, G., “La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo De Cartagena Régimen Común Sobre Propiedad Industrial”, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_La_Decision_344.pdf.

PONCE MARTÍNEZ, A., ANDRADE TORRES, P., PONCE VILLACÍS C., “La Competencia Desleal en Ecuador”, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/2-la_competencia_desleal.pdf.

PORFIRIO CARPIO, L., La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales S.A., 2002, Barcelona.

POZO VINTIMILLA, P., “La reclamación de daños derivados de un cartel en Ecuador. Un sistema de contradicciones”, Lawyersec Magazine, tercera edición, 2022.

RAMÍREZ TORRADO, M., y HERNÁNDEZ MEZA, N., “Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia”, en la Revista Derecho del Estado N°41, 2018.

RAMÍREZ TORRADO, M., L., HERNÁNDEZ MEZA, N., “Otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas en Colombia: ¿Empoderamiento al Ejecutivo?” Revista Ius et Praxis, No. 27, 2021.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en “Marco jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión”: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>.

RIBÓN SEISDEDOS, E., “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, en VV. AA Las prácticas comerciales desleales, Ribón Seisdedos (Coord.) Ed. CEACCU, 2010.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., Libre competencia y competencia desleal, la Ley, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ AGUILERA, C., “La autonomía del Derecho Comunitario Andino y su relación con el derecho internacional”, Revista de la secretaria del Tribunal permanente de revisión, 2016.

RODRÍGUEZ GARCÍA, M., “Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso Unfair competition general clause in Peru: The good, the bad and the ugly”, Revista Derecho & Sociedad, N° 49, 2017.

RUIZ, G., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. THEMIS Revista De Derecho, (41), 2000.

RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)” en VV. AA, Los contratos de distribución, ALBERTO ALONSO UREBA, LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, CARMEN ALONSO LEDESMA, et, al (dirs.), La Ley, Madrid, 2010.

RUIZ PERIS, J., I., “Los órganos de defensa de la competencia como "amicus curiae", Derecho de los negocios, N° 206, 2007.

RUIZ PERIS, J.I., "El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal", Actas de derecho industrial y derecho de autor, No. 30, 2009-2010.

RUIZ PERIS, J., I., "La reforma de la cláusula general de la Ley de competencia desleal", en VV. AA, La reforma de la Ley de Competencia Desleal, RUIZ PERIS (Dirs.), Tirant lo Blanch, 2010.

RUIZ PERIS, J., I., "El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas", en VV.AA Derecho de la competencia y la gran distribución, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

RUIZ PERIS, J., I., "Mercado Relevante" en VV. AA «Localización: Derecho europeo de la competencia: "Training of National Judges in EU Competition Law» RUIZ PERIS J.I., (Dir.) 2017.

SAINZ MORENO, F., "Orden público Económico y restricciones de la competencia", Revista de administración pública, Nº 84, 1977.

SANÍN GÓMEZ, J., "¿La delegación permanente de funciones jurisdiccionales a las superintendencias colombianas vulnera los derechos humanos?" en Analecta Política, 10(18), 2020.

SANTOS DAVALOS, O., "¿Hacia dónde va el derecho de la Competencia Ecuatoriano?" en Derecho Económico Contemporáneo, Editora Nacional, Quito Ecuador, 2017.

SARMIENTO R., CASTELLANOS, P., "La Eficiencia Económica: Una Aproximación Teórica" en Cuadernos Latinoamericanos de Administración, vol. IV, núm. 7, julio-diciembre, 2008.

SCHRICKER, GERHARD., "Centenario de la ley alemana contra la competencia desleal: luces y sombras", "Actas de derecho industrial y derecho de autor", Tomo 17, 1996.

SOSA A., La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?, en POLEMOS PORTAL JURÍDICO INTERDISCIPLINARIO <https://polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/>

SOSA, A., “Autorregulación o regulación en la publicidad ¿he ahí el dilema?” <https://lalibrecompetencia.com/2014/04/29/autorregulacion-o-regulacion-en-la-publicidad-he-ahi-el-dilema/>

SPERBER VILHEM, D., “Ecuador’s Viagra® Case Divergence Between Competition And Intellectual Property” Revista de Derecho de la Competencia, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC–, Departamento de Derecho Económico, Bogotá Colombia, Vol.12 N°12, 2016.

TATO PLAZA, A., “La reforma del derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXX, 2009-2010.

TATO PLAZA A., “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, o. 29, 2008-2009.

TATO PLAZA, A., “La publicidad de productos anticonceptivos: el caso «Póntelo, pónselo» en La Ley_ Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, 1993.

TATO PLAZA, A., “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, tomo 29, 2008-2009.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la competencia desleal”, 1ra edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

TORRE SUSTAETA, M., “Amicus curiae: la intervención de la CNMC en el proceso civil español” <https://almacenederecho.org/amicus-curiae-la-intervencion-de-la-cnmc-en-el-proceso-civil-espanol>

VALLE FRANCO A., “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO)”, Foro Revista de Derecho, No. 13, 2010.

VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho mercantil, 24ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

VILLACRESES BRITO, G., “La debilitada lucha contra los carteles en Ecuador: Presunciones desvanecidas, pruebas inalcanzables e infracciones imposibles”, revista Iuris Dictio, número 27, diciembre 2020.

VILLAGÓMEZ MONCAYO, B., Calle Idrovo, R., Garrido Salas, V., “La reciente línea jurisprudencial de la corte constitucional sobre el precedente judicial”, Boletín Jurisprudencial de la Corte Constitucional, marzo 2021.

WHISH R., BAILEY D., Competition Law, 9th edition, OUP Oxford, 2018

ZÚÑIGA SCHRODER, H., “Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del Derecho Comunitario Andino”, Revista de Economía y Derecho, vol. 11, No. 41, 2014.

JURISPRUDENCIA

Ecuador

Corte Nacional de Justicia

Sentencia de dictada el 7 de noviembre de 1996, dictada en el expediente No. 437-96.

Sentencia de 11 de agosto del 2009 dictada en el juicio No. 298-07.

Sentencia de 9 de enero de 2011, dictada en el juicio No. 43-2009.

Sentencia de 20 de agosto de 2012, dictada en el juicio No. 840-2011.

Sentencia, de 11 de octubre de 2012, dictada en el juicio No. 339-2011.

Sentencia el 1 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de casación No. 434-2010.

Sentencia de 10 de noviembre de 2014, dictada en el juicio N.º 0199-2014.

Sentencia de 7 agosto del 2015, dictado en el juicio número 0158-2014.

Sentencia, de 9 de junio del 2016, dictada en el juicio 17711-2015-0401.

Sentencia de 10 de agosto de 2016, dictada en el juicio No. 222-2013.

Sentencia, de 21 de abril del 2017, dictada en el juicio No. 17711-2016-056.

Sentencia de 10 de mayo del 2017, 12h36, dictada en el juicio No. 11804-2016-00187.

Sentencia de 19 de octubre de 2017, dictada en el juicio 17811-2016-01271.

Corte constitucional

Sentencia No. 005-12-SIN-CC.

Sentencia No. 171-14-SEP-CC.

Sentencia No. 182-14-SEP-CC.

Sentencia No. 002-14-SEP-CC.

Sentencia número No. 1638-13-EP/19.

Sentencia No 3-19-CN/20.

Sentencia No. 3-19-IN/21.

Sentencia No. No. 34-17-IN/21.

Sentencia No. 34-17-IN/21.

España:

STS de 15 de junio de 2013, RJ 2013\5917.

STS de 3 de febrero de 2017 ROJ: STS 349/2017.

STS 15 de febrero de 2017 RJ 2017, 541.

SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005. AC 2005, 195.

SAP de Barcelona, de 17 de enero de 2008, SAP 13274/2008.SAP Madrid de 20 marzo de 2012 AC 2012, 898.

SAP Navarra de 8 de marzo de 2021 AC 2021/672.

Colombia

-Sentencia No. 18, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el expediente 04120579.

-Sentencia No. 14 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el expediente 04031702.

Italia

Tribunal Administrativo Regional de Lazio (en adelante TAR Lazio),

Sentencia No. 260 de 18 de enero de 2020.

Sentencia No. 261 de 18 de enero de 2020.

Alemania

-KVR 69/19 - Resolución de 23 de junio de 2020 (El Tribunal Federal de Justicia).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BV c. Comisión.

Sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, Michelin v Commission [1983].

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Ecuador

Resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM

Resolución de 30 de enero de 2015, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2014-048.

Resolución de 7 de septiembre de 2015, dictada en el caso No. SCPM-CRPI-2015-0291.

Resolución de 11 de abril de 2016, dictada en el expediente SCPM-CRPI-2015-076.

Resolución de 15 de abril de 2016, dictada en el expediente SCPM-CRPI-2015-072.

Resolución de 15 de junio de 2017, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-005-2017.

Resolución de 2 de julio de 2018, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-013-2018.

Resolución de 3 de julio de 2018, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-012-2018.

Resolución de 26 de febrero de 2019 dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-044-2018.

Resolución de 19 de febrero de 2020, dictada en el expediente SCPM-CRPI-004-2020.

Resolución de 6 de agosto de 2021, dictada en el caso No. SCPM-CRPI-008-2021.

Resolución de 29 de octubre de 2021, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021.

Resolución de 29 noviembre de 2021, dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2021.

Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales

Resolución de 04 de febrero de 2013, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-2012-002.

Resolución de 11 de noviembre de 2013, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-2012-028.

Resolución de 3 de febrero de 2014, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-2013-012.

Resolución de 24 de agosto de 2016, dictada en el expediente SCPM-IIPD-2016-019.

Resolución de 18 de julio de 2019, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-012-2019.

Resolución de 07 de enero de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-2018-0001.

Resolución de 15 de julio de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-008-2020.

Resolución de 15 de julio de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-040-2019.

Resolución de 16 de julio de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-007-2020.

Resolución de 16 julio de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-006-2020.

Resolución de 3 de agosto de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.

Resolución de 3 de agosto de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.

Resolución de 4 de septiembre de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-0013-2018.

Resolución de 24 de septiembre de 2020, dictada en el expediente No. SCPM-IIPD-0011-2018.

Resolución de 29 de septiembre de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-005-2020.

Resolución de 26 de octubre de 2020, dictada en el expediente número SCPM-IIPD-0015-2018.

Resolución dictada el 13 de noviembre de 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020-R.

Resolución de 21 de julio 2020, dictada en el expediente SCPM-IGT-INICPD-004-2020.

Resolución de 12 de marzo de 2021, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2018.

Resolución de 14 de diciembre de 2021, dictada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-029-2019.

Resoluciones de apelación emitidas por el Superintendente de Control de Poder de Mercado

Resolución de julio de 2 de agosto de 2019, dictada en el expediente SCPM-DS-INJ-RA-013-2019.

Resolución de 18 de octubre de 2019, dictada en el expediente SCPM-DS-INJ-RA-020-2019.

Perú

Resolución N° 0455-2004/ TDC-INDECOPI.

Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI.

Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI.

Resolución N° 0281-2013/SDC-INDECOPI.

Resolución No 153-2017/CCD-INDECOPI.

Resolución N° 0076-2018/SDC-INDECOPI.

Resolución N° 0113-2019/SDC-INDECOPI.

Resolución No 0086-2019/SDC-INDECOPI.

Resolución N° 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI.

Resolución No 0015-2020/SDC-INDECOPI.

Resolución No 0089-2020/SDC-INDECOPI.

Resolución No 0046-2020/SDC-INDECOPI.

Resolución No 0006-2020/CCD-INDECOPI.

Resolución N° 134-2020/CCD-INDECOPI.

Resolución N° 148-2021/CCD-INDECOPI.

Italia

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato

Procedimiento PS11606 - FINECO-CONTO ZERO CANONE PER SEMPRE.

Procedimiento N°. 28508, PS11517 MYWORLD-LYCONET- CASHBACK).

Procedimiento No. 27432 (PS11112 - FACEBOOK-CONDIVISIONE DATI CON TERZI).

Gran Bretaña

Office of Fair Trading:

CRE-E/26922.

CRE-E/27863.

CRE-E/27864.