



**FACULTAD DE DERECHO**

**LA CORRECTA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DE LA  
COMPETENCIA DESLEAL EN EL SISTEMA JURIDICO ECUATORIANO**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y  
Juzgados del Ecuador**

**Profesor Guía**

Ab. Álvaro Pólit García

**Autor**

Melanie Christina López Vargas

**Año**

**2012**

**DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA:**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiantes, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

Ab. Álvaro Pólit García

ABOGADO

170778248-6

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

MELANIE CHRISTINA LÓPEZ VARGAS

171659640-6

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero brindar un agradecimiento especial a la Universidad de las Américas con todo su personal docente de excelencia que formaron parte este logro profesional, de manera especial a mi tutor Ab. Álvaro Pólit por su ayuda en el desarrollo de esta investigación y a las personas que aportaron con doctrina y enseñanzas conforme se fueron presentaron dudas en el presente trabajo de tesis.

## **DEDICATORIA**

El desarrollo e inspiración para culminar este anhelado logro profesional, se lo debo dedicar a Dios, porque en base a fe y oración ha sido el apoyo y guía para mi excelencia, tanto en mi vida estudiantil y ahora en mi nuevo camino profesional. Dedico el desarrollo de esta investigación y su resultado a mis padres; mi padre por su sacrificio y ejemplo de lucha para apoyarme incondicionalmente en mis metas; mi madre por sus palabras y enseñanzas con sabiduría, que han sido la base de mi formación personal llena de valores, respeto y dedicación. Finalmente dedicar este esfuerzo a aquellas personas que han estado presentes en mi vida de una u otra manera con su apoyo incondicional, quienes han apoyado mi lucha diaria por plasmar las enseñanzas adquiridas en pro de una mejor justicia y un mejor Ecuador.

## RESUMEN

La ausencia de una norma que aplique el derecho de competencia en el país, llevó al Estado ecuatoriano a satisfacer la necesidad de regular las prácticas contrarias al normal desenvolvimiento del mercado mediante la creación de una ley; es así como el 13 de octubre del 2011 se publica en el Suplemento del Registro Oficial 555 la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Esta ley regula la competencia desleal y plantea la aplicación de medidas preventivas, generando cierta confusión con las medidas cautelares, confusión que acarrea un conflicto jurídico al momento de aplicar estas medidas en los problemas generados por el cometimiento de actos de competencia desleal.

Con la promulgación del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se pretende regular la aplicación de las medidas que la ley ha creado para poder dar solución a los temas de competencia desleal; sin embargo, se han presentado inconvenientes al momento de establecer cuál es la correcta aplicación de medidas preventivas y medidas cautelares, ya que existe confusión de términos y de conceptos de lo que significan estas medidas. En base a estos vacíos legales, resulta importante analizar la competencia desleal desde su trascendencia histórica hasta llegar a generar un concepto propio por parte del autor, para poder permitir que la investigación se desarrolle con mayor facilidad.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado creó en la legislación ecuatoriana, las figuras de medidas preventivas y medidas correctivas. En base a esta nueva propuesta, es importante analizar la medidas cautelares desde su naturaleza, para que partiendo de ese análisis, se puedan encontrar diferencias en la aplicación de medidas preventivas y posteriormente en las medidas correctivas. La naturaleza de estas medidas es la base para que, habiéndose diferenciado el alcance y finalidad de cada una, posteriormente se pueda plantear su correcta aplicación, con relación a los actos de competencia desleal que empresas participantes del mercado

desarrollan, causando daños, pérdidas y poniendo en peligro a otras empresas.

Una vez que se hayan establecido las diferencias entre las medidas cautelares, preventivas y correctivas; se podrá analizar más a fondo tanto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, para encontrar los problemas que en estas se presentan y que podrían impedir su correcta aplicación en los casos de competencia desleal. En base a los problemas y vacíos de la legislación, se podrá proponer una correcta aplicación de medidas preventivas y cautelares para todos los casos de competencia desleal que se presenten en el Ecuador.

## ABSTRACT

The absence of a rule which applies Competition Law in the country, led the Ecuadorian State to satisfy the need to regulate practices against the normal development of the market by creating a law; therefore, on October 13<sup>th</sup>, 2011, the Organic Law of Regulation and Control of Market Power was published in the Supplement to Official Gazette No. 555. This Law regulates unfair competition and proposes the application of preventive measures, generating some confusion with precautionary measures that leads to a legal dispute when these measures are applied to problems caused by the commitment of acts of unfair competence.

The promulgation of the Regulation to the Organic Law of Regulation and Control of Market Power aimed at regulating the application of measures that Law has created in order to give solution to unfair competition's issues; however, drawbacks have risen when the right application of preventive measures and precautionary measures is established, as there is confusion of terms and concepts about the meaning of these measures. Based on these loopholes, it is important to analyze unfair competence from its historical significance up to generate an accurate concept by the author which allows the research's development more easily.

The Organic Law of Regulation and Control of Market Power created in the Ecuadorian legislation the figures of the preventive measures and corrective measures. Based on this new proposal, it is important to analyze precautionary measures since its nature in order to have this analysis as foundation to find difference in the application of preventive measures and later on corrective measures. Once the scope and purpose of each measure have been differentiated based on its own nature, the correct application for each one can be set out, in relation to acts of unfair competence that companies in the market perform, causing damage, losses and putting endanger to other companies.

Once differences among precautionary, preventive and corrective measures have been established, it will be possible to analyze deeper the Organic Law of Regulation and Control of Market Power as well as its Regulation, in order to find problems that may hinder their correct application in cases of unfair competence. Based on drawbacks and loopholes, this research will be able to propose a correct application of preventive and precautionary measures for all the cases of unfair competence which take place in Ecuador.

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
Capítulo I.....	2
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL ECUADOR .....	2
1.1. Historia de la Competencia Desleal .....	2
1.1.1. ESTADO LIBERAL .....	3
1.1.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	4
1.1.3. TEORÍA MIXTA .....	6
1.2. DESARROLLO DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.....	6
1.2.1. DERECHO NORTEAMERICANO.....	7
1.2.2. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO .....	8
1.3. EL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR.....	9
1.3.1. Derecho Ecuatoriano .....	9
1.4. NOCIONES GENERALES Y LEGISLACIONES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL.....	10
1.5. LA COMPETENCIA DESLEAL Y REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ECUADOR .....	12
1.6. EL DERECHO DE ACCIÓN .....	20
1.6.1. LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	22
CAPÍTULO II .....	27
ANÁLISIS DE MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	27
2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .....	27
2.2. MEDIDAS PREVENTIVAS.....	36
2.3. MEDIDAS CORRECTIVAS .....	42
2.4. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y MEDIDAS CORRECTIVAS.....	46
CAPITULO III .....	50

ANALISIS A LOS PROBLEMAS PRESENTADOS EN LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER Y SU REGLAMENTO, CON RELACION A LA APLICACION DE MEDIDAS PREVENTIVAS.....	50
3.1. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS .....	50
3.1.1. FALTA DE DEFINICION DE AUTORIDAD COMPETENTE .....	50
3.1.2. TIPOS DE MEDIDAS A SOLICITAR .....	52
3.1.3. CONFUSIÓN DE TERMINOS .....	52
3.1.4. PLAZO DE APLICACIÓN .....	54
3.2. PROPUESTA PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA COMPETENCIA DESLEAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 62 DE LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.....	55
CONCLUSIONES.....	59
RECOMENDACIONES.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>

## INTRODUCCIÓN

Conforme a la necesidad de implementar una norma que regule todos los actos de violación al normal desenvolvimiento del mercado, el Estado ecuatoriano crea la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para poder dar fin a los problemas y vacíos generados por la falta de legislación en temas de derecho de competencia y en especial de competencia desleal.

La competencia desleal se encontraba antiguamente regulada en la Ley de Propiedad Intelectual, pero a partir de octubre del 2011 se la reguló en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que junto a su Reglamento expedido en el 2012 ha permitido establecer control de los actos desleales cometidos entre los participantes del mercado. Ante la necesidad de regular estos actos por los daños y pérdidas que podrían causar a los afectados, es que la ley permite plantear distintas medidas preventivas y correctivas. Es de interés para el desarrollo de esta investigación que se pueda analizar a la competencia desleal tanto doctrinaria como legalmente; y a su vez, a cada una de estas medidas implementadas, junto con las medidas cautelares; para determinar en esta forma la o las diferencias en su naturaleza y aplicación.

A partir del análisis a la ley y su reglamento, la investigación de la diferencia entre estas medidas nos permite proponer a lo largo de este trabajo, la correcta aplicación de medidas cautelares en la competencia desleal, de acuerdo a lo que nos establece el artículo 62 de la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado y en relación a su reglamento.

## Capítulo I

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL ECUADOR

#### 1.1. Historia de la Competencia Desleal

El Derecho de Competencia constituye una rama del Derecho cuyo objetivo principal consiste en la regulación del comportamiento aceptable de las empresas dentro del mercado, por lo cual establece un marco normativo que pretende evitar principalmente las restricciones ilegales al comercio, la fijación inadecuada de precios y el establecimiento de monopolios u oligopolios perjudiciales para el desarrollo del mercado a la luz de la competencia.

Por lo tanto, se ha observado que el desarrollo histórico de la competencia desleal en la rama del derecho que lo regula ha evolucionado desde las relaciones económicas hasta el ámbito jurídico, puesto que, la política de competencia constituye una respuesta gubernamental a la ausencia de competencia perfecta.

Es por ello que, se ha evidenciado que el estudio del derecho de competencia, la competencia desleal y la libre competencia han sido analizadas de conformidad con el derecho comparado en especial el derecho alemán, que ha sido acogido por la mayoría de legislaciones como un modelo a seguir y del cual se extraerá lo más importante e influyente para lo que hoy es la competencia desleal (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 14).

En este sentido, se ha analizado las etapas que dan inicio al derecho de competencia, la libre competencia y el desarrollo de la competencia desleal en el transcurso de la historia de acuerdo con lo manifestado por el Estado Liberal, el Estado Social de Derecho y una Teoría Mixta que conjuga el desenvolvimiento de la competencia a la luz de estos dos regímenes estatales

que marcaron el desarrollo de la competencia desleal en la economía y el mercado empresarial.

### 1.1.1. ESTADO LIBERAL

En el Estado Liberal, las normas de competencia aparecen por el desarrollo de la Revolución Francesa como una consecuencia de la libertad de industria y del comercio, cuyas bases ideológicas fueron planteadas posteriormente, en el mercantilismo.

Sin embargo, es en el primer liberalismo del Estado Liberal donde se constatan las etapas que marcaron las bases de la competencia desleal, pues se fundamenta *“en la creencia en un Derecho Natural anterior y superior a las leyes positivas”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 16) dentro de los cuales no hay un control por parte del Estado, sino del ser humano y su razón. Es por esto que los fundamentos del primer liberalismo vienen de las ideas de Adam Smith, quien proclamaba la libertad dentro del mercado sin que exista la necesidad de un Estado controlador, por lo que dicha libertad consistía en ley natural del mercado.

Junto a la libertad de la industria y de comercio, se desarrollaba el derecho de propiedad a las cosas, pues los bienes debían ser de libre uso para que puedan tener una relación con la propiedad hacia ellos (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 17), por lo que se deduce que el derecho no debía ser más que parte de la libertad, en la cual el Estado tenía como único fin el reconocer la libertad y la propiedad (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 18) .

Es por ello que, el reconocimiento de la libertad y la propiedad, por parte del Estado, da inicio a otra etapa en el sistema económico, cuya base fue la libertad empresarial. Sin embargo, el exceso de dichas libertades alejaba cada vez más el ideal de competencia perfecta en vista de que: *“La doctrina liberal no admitía que la autonomía de la voluntad pudiera ser limitada por ninguna*

*regulación estatal de la economía, inicialmente el Estado tolera los acuerdos restrictivos de competencia, nacidos muchas veces como medio de defensa frente a las prácticas desleales de los competidores”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 20).

Por lo tanto, el origen de la competencia desleal, desde la perspectiva del Estado Liberal, determina que: “la normativa sobre competencia desleal solo puede aceptarse en cuanto que proteja la propiedad” (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 23). La competencia desleal, desde sus inicios, ha estado ligada a la protección de los derechos de propiedad industrial o empresarial y por ello dicha propiedad y su necesidad de pertenencia con la industria o empresa, marca los inicios de la competencia desleal en dicho régimen estatal.

De lo expuesto es preciso señalar que, la época de exceso de libertad en la economía y sus actores en el Estado Liberal concluyó a finales del siglo XIX, dejando bases importantes para la regulación de la competencia desleal, dando paso a una nueva etapa en la historia que empezaría a marcar cambios radicales en el modelo de estado en relación a la competencia.

### **1.1.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El Estado Social de Derecho es una época en la historia de la competencia que cambia completamente los conceptos y modelos de regulación vistos en el Estado Liberal. Esta nueva forma de modelo de Estado dejó atrás a la ley natural para dar inicio al positivismo con actuación directa del Estado como ente regulador (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 26).

En este sentido, el Estado pasa a intervenir en la economía después de la Segunda Guerra Mundial, donde: *“el capitalismo liberal ha sido sustituido por el neocapitalismo, caracterizado por la sistemática intervención del Estado en la política económica”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 27).

La Escuela de Friburgo, de origen alemán, fue la que más contribuyó con la economía social de mercado, la cual se refiere a la competencia en los siguientes términos:

*“La libre competencia lleva insita el germen de su propia destrucción; ello se debe a que la libertad para participar en el mercado conlleva la libertad para alcanzar acuerdos para suprimir la competencia en perjuicio de los consumidores”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 35).

Para la evolución de esta etapa, se vio necesario el reconocimiento del Estado controlador y orientador, dentro de las constituciones de los distintos estados sociales. Este reconocimiento también da un paso fundamental en la rama del derecho al crearse el Derecho Económico, cuyo objetivo era “la intervención del Estado como regulador de la economía con medidas de política social y económicas, cuya misión es establecer las reglas del juego y vigilar su cumplimiento” (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 30).

De lo expuesto se ha observado que, el Estado Social puso límites a la autonomía de la voluntad para poder, mediante un nuevo derecho privado, ubicar los intereses generales por sobre los intereses particulares. Mediante estos principios se empieza a crear una normativa basada en la prohibición para poder encontrar un orden económico.(Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 32).

Se puede concluir que, en el ámbito de control a la competencia el Estado Social gobernaba en defensa o protección del mercado por la cual la intervención del Estado tenía como fin plantear un orden económico en base a la competencia perfecta, antes de solo sancionar este tipo de prácticas, puesto que el objetivo está en prevenir el abuso de poder mediante el derecho a la competencia como instrumento jurídico de regulación.

Es por ello que, para lograr que en el mercado se eviten ciertos abusos fue necesario que el derecho de competencia establezca situaciones de 'competencia perfecta', con el objetivo de que dentro de la posibilidad de producción todo bien o servicio que se preste sea proporcionado de acuerdo a la necesidad y número de la población que lo requiere.

Es así como en el Estado Social de Derecho de Competencia, permite la protección de los intereses públicos por encima de los intereses individuales en la economía de mercado.

### **1.1.3. TEORÍA MIXTA**

De los conceptos analizados en las teorías del Estado Social de Derecho y el Estado Liberal, nace un concepto que conjuga a dichas teorías, catalogado una teoría mixta que forma parte de las bases que hoy en día predominan en el derecho de la competencia, por tanto la mencionada teoría persigue *“no solo la defensa de la competencia como institución de la economía del mercado, sino también de los competidores individuales y los consumidores”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 54).

En este sentido se observa que las teorías analizadas pretenden proteger el desarrollo de la competencia entre sus agentes económicos de todo ataque contrario al interés público, cuya aplicación trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses generales por sobre los individuales en el ámbito de la competencia.

## **1.2. DESARROLLO DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

Con el objeto de continuar con el análisis de la historia y desarrollo del Derecho de Competencia, no sólo se ha identificado la necesidad de analizar las etapas

que marcan su inicio, sino también, el desarrollo de la competencia desleal en la economía y el mercado empresarial a la luz del Derecho Comparado, como se observa a continuación.

### **1.2.1. DERECHO NORTEAMERICANO**

La competencia desleal en el derecho norteamericano ha sido regulada por diversos cuerpos normativos. De esta manera, en la historia americana, *“la competencia desleal nace como un complemento del Derecho de marcas, con la finalidad de proteger los signos distintivos de los productos de una persona que, sin constituir una marca en sentido técnico, habían adquirido carácter distintivo”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 120).

Es por ello que en el año de 1946 nace la Ley de Marcas llamada Lanham Act, que incorpora en su normativa a la competencia desleal y tipifica como actos de competencia desleal: *“La publicidad engañosa y todos aquellos susceptibles de originar confusión en cuanto al origen de los productos o servicios”* (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 125).

De lo expuesto se ha concluido que en el derecho norteamericano se considera a la competencia desleal como un daño de propiedad intelectual. Sin embargo, este ordenamiento jurídico, al tipificar actos de competencia desleal, producto de una violación a la propiedad intelectual, pretende reparar el derecho conculcado tutelando el interés general por sobre el particular, con el objeto de relucir la libre competencia.

Es preciso destacar que en el derecho norteamericano la competencia desleal y la libre competencia persiguen un mismo objetivo, que consiste en la participación adecuada de los actores económicos en el mercado, evitando violaciones a las leyes antitrust y sobre todo fomentando el cumplimiento de la normativa que impide el desarrollo de la competencia desleal en los mercados económicos. Pero específicamente, el ámbito de aplicación de la competencia

desleal y la libre competencia, difiere la una de la otra, por lo que se ha concluido que en el derecho norteamericano se busca “*prohibir todos los acuerdos que restrinjan el comercio*” (Antonio Robles Martin-Laborda, 2001, pág. 132)

Es por ello que, el “*Antitrust Law*” o Derecho de Competencia tiene su origen en los Estados Unidos porque fue creado para combatir los *trust* de comercio, por lo que para el año de 1890 el Congreso de los Estados Unidos aprueba la Sherman Antitrust Act, como la primera ley para limitar los monopolios en el país.

### 1.2.2. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

El Derecho Comunitario Europeo marcó la historia de la competencia desleal. La Comisión de la Unión Europea buscó armonizar las normas de competencia desleal que pertenecían a cada Estado parte de la mencionada comisión, por lo que se procedió a la unificación de las leyes bajo el supuesto de que la competencia desleal se relacionaba con la protección de los consumidores. En la actualidad fue más fácil dejar a un lado dicha armonización y solo aplicar los principios de la libre circulación del mercado. Es así que cada una de las normas nacionales de los Estados pertenecientes a la Comunidad Europea se ha armonizado en una parte de ellas con las normas de libre circulación de la mercancía, libre competencia, entre otras.

De lo expuesto se ha podido concluir que, así como en el Derecho Norteamericano, la Comunidad Europea **no tiene una norma que regula completa y adecuadamente la competencia desleal**. Tal es así que el artículo 60 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), prohíbe la competencia desleal únicamente en materia de precios, dejando de lado otro tipo de factores que pueden inducir a la competencia desleal en los mercados.

### **1.3. EL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR**

#### **1.3.1. Derecho Ecuatoriano**

El desarrollo de la competencia en el Derecho ecuatoriano no ha sido del todo fructífero, pues al igual que las legislaciones norteamericana y europea, se evidencia la falta de autoridades y leyes que regulen la competencia desleal. Sin embargo, el Código Civil ecuatoriano normaba indirectamente la competencia desleal a través de la institución del delito y cuasidelito, y la responsabilidad civil extracontractual.

Es preciso considerar que en el Derecho ecuatoriano, los abogados especializados en materia de Propiedad Intelectual tomaban varios casos de impedimento de registro y uso de marcas de fábrica como actos de competencia desleal, ratificando que este tipo de actos tenía una aplicación más de índole comercial que civil. La influencia que significó la adhesión del Ecuador a la Organización Mundial de Comercio, la ADPIC y el convenio de París tomaron vigencia siendo que estos organismos pertenecían y regulaban la Propiedad Intelectual. De a poco nuestra legislación toma como partida estos hechos para tomar a la competencia desleal como importante para ser tratado en una ley específica sobre esta materia.

El 19 de mayo de 1997 se promulga la Ley de Propiedad Intelectual, la cual dentro de su libro IV, los artículos 284 al 287 definen y enumera los actos de competencia desleal, así como explica las acciones a las que puede acceder quienes se sientan afectados por estos actos y podrán solicitar a su vez las medidas cautelares previstas en esta ley..

Desde el 1997 hasta septiembre del 2011, la competencia desleal solo estuvo regulada en la ley de propiedad intelectual. Desde el año de 1998 se presentaron seis proyectos de leyes que tenían la finalidad de regular la competencia en el mercado, dentro de lo cual se mencionaba la regulación de

la competencia desleal de forma directa. Todos aquellos proyectos fueron rechazados, hasta el 31 de agosto de 2011, fecha en la que se envía por parte de la Presidencia de la República del Ecuador el proyecto de Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado para ser analizado por la Comisión Especializada permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y control de la Asamblea Nacional del Ecuador. Después de varias intervenciones de expertos en los temas de la ley, la Asamblea, en el mes septiembre del 2011, después de acoger las observaciones realizadas por el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, publica el día 13 de octubre del mismo año, en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 la Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado, la cual en su parte pertinente regula la competencia desleal e impone sanciones y medidas cautelares que serán analizadas en los siguientes capítulos.

#### **1.4. NOCIONES GENERALES Y LEGISLACIONES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL**

Se considera importante que mediante este trabajo se investigue tanto a tratadistas del derecho, así como legislaciones con gran parecido a la nuestra con la finalidad de poder concluir, en base a las distintas nociones y legislaciones, un concepto propio dentro de esta investigación.

Para el autor Argentino Sebastián García Menéndez la definición de acto de competencia desleal resulta difícil por la constante evolución del mercado (García Menéndez Sebastián, 2004, pág. 64), a pesar de ello define a la competencia desleal como: *“el acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores”* (García Menéndez Sebastián, 2004, pág. 70),

El Art. 10 del Convenio de París define la competencia desleal: *“Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”*, se entiende como un concepto sencillo pero de los primeros que definió en concreto a la competencia y siendo la base para otras legislaciones.

De acuerdo a la Ley de Represión de la Competencia Desleal de Perú promulgada mediante Decreto Legislativo 1044, en su Artículo 6 define a la competencia desleal como: *“...aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.”*

La legislación colombiana, en base al Art. 10 del Convenio de París, utiliza dicho concepto para definir, en el Art. 7 de la Ley 256 de 1996, la competencia desleal:

*“Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbre mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.*

En el caso de la legislación ecuatoriana, a partir del 13 de octubre de 2011 se publicó en el Registro Oficial la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y en su Artículo 25, inciso primero, define a las practicas desleales como:

*“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”.*

Por lo tanto, tomando los conceptos de las distintas legislaciones y de los autores señalados en líneas anteriores se puede concluir que la competencia desleal, de todos los conceptos se puede extraer en común que quienes cometen los actos desleales son participantes u operadores del mercado, en este caso por ejemplo pueden empresas que tiene un giro de negocio común. Las características importantes esta en el tipo de actos que se comenten, en contra de que se aplican, para ellos tantos autores como leyes coinciden en que son actos que van en contra de la buena fe, tomado como elemento importante en las actividades del mercado y sus participantes, en contra de los buenas costumbres del mercado. Con relación a la finalidad de los actos de competencia desleal, de las definiciones se puede extraer que buscan confundir a los consumidores y finalmente estos actos se realizan para poder sacar provecho en el mercado y con sus consumidores.

Es por ello que podemos señalar que la competencia desleal constituye **aquellos actos realizados por los participantes u operadores del mercado, cuyas prácticas van contra de la buena fe, los usos honestos y las buenas costumbres dentro de un determinado sector económico con la finalidad de que dichas prácticas deshonestas puedan confundir a los consumidores y sacar provecho de dicha situación, para obtener ganancias y reconocimiento afectando en general a la política social y económica del mercado.**

#### **1.5. LA COMPETENCIA DESLEAL Y REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ECUADOR**

El principio de libertad comercial y la capacidad de innovación industrial de los agentes empresariales, sean estas pequeñas, grandes o medianas empresas, permite que los comerciantes de bienes o servicios puedan competir en

determinados sectores de mercado acaparando de tal manera a un cierto número de consumidores; pues la innovación empresarial ha permitido que dichos agentes hayan creado una necesidad de consumo en los individuos.

Bajo esta premisa, se ha observado que los sistemas económicos de los países toman en cuenta la posición de dominio que las empresas llegan a alcanzar en el mercado para poderlas sancionar en su legislaciones. Pero lo importantes recae en que si dicha posición es alcanzada a través de prácticas nocivas a la competencia leal, el ordenamiento jurídico de ciertos países, incluido el nuestro, incluyen en su conjunto de normas jurídicas artículo específicos en los que pretenden regular y sancionar de manera directa las prácticas comerciales de aquellos agentes económicos que buscan acaparar el mercado mediante acciones desleales a la competencia y al justo mercado.

En este sentido, la doctrina ha definido y clasificado las prácticas de competencia desleal como: *“aquellas que no son social y comercialmente aceptadas éticamente en los negocios”* (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 121), por lo que *“generalmente se considera como prácticas desleales la publicidad falsa o engañosa; la promoción de productos o servicios con base a declaraciones falsas que intenten denigrar productos o servicios de la competencia; el soborno comercial; el robo de secretos industriales y simulación de productos”* (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 122).

De lo antes citado se puede concluir que tanto la publicidad falsa o engañosa; la promoción de productos o servicios con base a declaraciones falsas que intenten denigrar productos o servicios de la competencia; el soborno comercial; el robo de secretos industriales y la simulación de productos, tienen como finalidad falsear la competencia del mercado e impedir el acceso al mismo a aquellas empresas cuya oferta de bienes y servicios tienen un giro de negocio similar al de las compañías o agentes económicos que al momento han alcanzado una posición de dominio, mediante prácticas anticompetitivas.

Las prácticas de competencia desleal descritas en el párrafo anterior serán analizadas a continuación:

#### **a) PUBLICIDAD FALSA Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA:**

La publicidad engañosa se define como: *“aquella que divulga información que induce a los consumidores a tomar decisiones erróneas al momento de realizar sus compras. Mientras que concibe a la publicidad falsa como: “aquella que está sustentada por información o datos inciertos, y que por ende tiene el mismo efecto que la publicidad engañosa” (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 126).*

En este sentido, se observa que tanto la publicidad falsa como la engañosa, constituyen prácticas de competencia desleal que inducen a error en el consumo de un determinado bien o servicio, pues la publicidad falsa consiste en la divulgación de información por parte de los agentes económicos que induce a los consumidores a tomar decisiones erróneas, mientras que, la publicidad engañosa se produce por la copilación de datos inciertos por parte de los consumidores cuya finalidad consiste en la adquisición de un determinado bien o servicio de similares características a los originales.

Por la importancia que tiene la correcta difusión de la publicidad en el mercado, el inciso 1 del numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Regulación y Control de Poder de Mercado de nuestro país contempla la mala difusión de la publicidad como un **“acto de engaño”**, puesto que *“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.*

Además, es preciso señalar, que en caso de configurarse el acto de engaño por la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fueren 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”*<sup>1</sup>. La carga de la prueba se invierte y le corresponde al demandado probar que sus actuaciones no están induciendo a error en los consumidores; es decir, que en materia de competencia desleal por actos de engaño se rompe el principio procesal que señala que la carga de la prueba le corresponde al actor; ya que como se ha evidenciado anteriormente, el demandado es quien tiene que probar que su publicidad no ha inducido a error o engaño en el consumo de un determinado bien o servicio, puesto que éste debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de su mensaje.

#### **b) IMITACION DE PRODUCTOS:**

La competencia desleal en cuanto a la imitación de productos se presenta en dos aspectos:

- a) Simulación de signos distintivos, y;
- b) Simulación del producto,

*(Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 126).*

Dichos aspectos son comunes entre sí, porque son *“elementos aprehensibles para los sentidos que sirven para identificar a los productos y servicios que se*

---

<sup>1</sup>**VER:** artículo 27 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

*ofrecen al público, como por ejemplo combinaciones de colores, sonidos o cualquier signo que pueda ser representado gráficamente, por lo que la producción de bienes o servicios imitados y de menor calidad, cuyos métodos de producción son menos costosos, conlleva a la disminución del precio de dicho bien o servicio en el mercado.”(Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 127).*

En este sentido, nuestra legislación ha concebido la imitación de productos como un **“acto de confusión”** que podría generar una práctica de competencia desleal, por lo que el último inciso del numeral 1 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala que *“En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.”*

Es por ello que se considera importante definir la imitación de productos como una práctica de competencia desleal, pues es común observar que los productos o servicios con mayor preeminencia en el mercado, son aquellos con mayor tendencia a ser imitados, pues la deslealtad en la competencia de ciertos agentes económico perjudican la permanencia de un determinado bien o servicio en el mercado relevante.

### **c) DENIGRACION COMERCIAL**

La denigración consiste en la *“aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo”* (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 128).

La doctrina ha considerado que la denigración como una práctica de competencia desleal se produce por *“La propagación de noticias o la realización o difusión de, manifestaciones sobre la actividad, el producto, las*

*prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 128).*

El numeral 4 del artículo 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ecuatoriana, al igual que la doctrina, ha considerado *“desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*. Bajo esta consideración se entendería que nuestra ley concibe la *“denigración comercial”* señalada por la doctrina como un **“acto de denigración”** por lo que se podría producir una actuación de competencia desleal por parte de un agente económico.

Dichos actos de denigración atentatorios a la competencia leal se encuentran regulados en el numeral 4 del artículo 27. Así tenemos los siguientes:

*a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.*

*b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.*

*c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales*

*b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario.”*

#### **d) ROBO DE SECRETOS INDUSTRIALES**

Un secreto industrial puede ser definido como “aquella información, útil desde el punto de vista industrial o comercial; pueden ser las formulas o procesos químicos, listas de clientes, estrategias de mercado e información de costos.”  
*(Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 128 - 129).*

Se considera el robo de secretos industriales como competencia desleal, cuando una empresa obtiene información de un competidor que puede considerarse secreta” *(Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 129).*

De lo analizado, se puede concluir que el robo de secretos industriales per se, no constituye una acción atentatoria a la competencia; pero cuando dicho acto tiene como finalidad eliminar a un producto o servicio del mercado, cuya titularidad le corresponde a un competidor ya posesionado, constituiría en un acto desleal nocivo a la justa competencia.

Es preciso señalar que nuestra legislación concibe que el robo de secretos industriales se constituye en un acto nocivo a la competencia cuando existe violación a secretos industriales, por lo que el numeral 7 del artículo 27 define la violación del secreto industrial como la divulgación de “...*cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero (...)*”.

En este sentido es preciso señalar que nuestra ley determina que los secretos industriales y la violación a dichos secretos contienen los siguientes elementos:

<b>Secretos Industriales:</b>	<b>Violación de secretos industriales:</b>
<p>a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;</p> <p>b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,</p> <p>c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.</p>	<p>a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo;</p> <p>b) La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular de:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) el espionaje industrial o comercial;</li> <li>2) el incumplimiento de una obligación contractual o legal;</li> <li>3) el abuso de confianza;</li> <li>4) la inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y,</li> <li>5) la adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4).</li> </ol>

## 1.6. EL DERECHO DE ACCIÓN

El numeral 1 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que *“Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”* mientras que el inciso final del numeral 2 del artículo antes citado señala que *“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”*

Se puede ver que la competencia desleal ha tenido un trayecto histórico y de constante búsqueda de una correcta definición; pero una vez establecido el reconocimiento de la competencia desleal en la legislación ecuatoriana, es importante establecer la manera de cómo será reconocida para los ciudadanos. Para ello es importante desglosar la acción de competencia desleal; para lo cual primero se explicara qué es la acción.

La acción se estableció desde el Derecho Romano en el cual se da el primer concepto: *“Nihil aliud est actio, Quam jus quod sibi deleatur iudicio persequendi”* lo que significa que la acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Cabanellas Guillermo, 1997, TOMO I, PAG 71).

Es por ello que se puede constatar que la acción busca que los individuos tengan la posibilidad de acceder a que el Estado tutele un derecho o busque legalmente su reconocimiento. En este sentido, la acción es la consecuencia a efectos jurídicos producidos a causa de las declaraciones de voluntad de los individuos con el objeto de que se haga actuar la ley, sin necesidad de la aplicación de una acción física (Giuseppe Chiovenda, 1989, pág. 32)

Al conocer lo que es acción también se puede agregar que al ser de interés de cada persona que la plantea, está estrechamente inherente a la persona; por lo que en principio se podría indicar que la acción es intransmisible excepto cuando existe la cesión de derechos litigiosos así por ejemplo la cesión de créditos personales, los derechos de herencia, entre otras. En cuanto a su duración, ésta debe ser ejercitada durante un tiempo; de no serlo se anulara mediante la prescripción. Para que exista la acción es importante que cumpla con tres elementos:

- Los sujetos: es decir el sujeto que plantea la acción y siente violado su derecho (actor) y el sujeto sobre quien recae esta solicitud de protección del derecho (demandado)
- La causa de la acción: un estado de hecho y derecho por el cual se está generando la acción.
- El objeto: es aquello que se solicita, que por lo general, como afirma el autor Giuseppe Chiovenda, se pide la actuación de la ley.

Se considera que para que estos tres elementos antes mencionados puedan ser conocidos por las respectivas jurisdicciones y aceptados como acción deberán estar contenidos en una demanda judicial (Giuseppe Chiovenda, 1989, págs. 33 y 34). En conclusión, se puede analizar que la acción busca la aplicación de una ley que tutele un derecho de aquel individuo que cree haber sido afectado; para lo cual deberá hacer expreso su inconformidad mediante una demanda judicial, para que el Estado, junto con la justicia, puedan emitir un pronunciamiento judicial.

Como se puede concluir en el párrafo anterior, la acción deberá quedar expresa en un pronunciamiento judicial, por lo que se recomienda que haya una coordinación entre las leyes sustantivas y las leyes procesales, en el

sentido que *“toda voluntad concreta de la ley cuya formación sea posible según una ley sustantiva, debe encontrar en la ley procesal medios idóneos para la actuación”* (Giuseppe Chiovenda, 1989, pág. 40). Es así que al igual que los otros autores analizados, para el jurista Guillermo Cabanellas, la acción está reconocida por el Estado como derecho en las leyes sustantivas (códigos civiles, de comercio, penales y otros, a más de todas las leyes, reglamentos y leyes positivas eficaces) y como modo de ejercicio se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento y por partes especiales de textos también sustantivos)- (Cabanellas Guillermo, 1997, Tomo I, pág. 72).

Por lo tanto, se puede definir: *“La acción es el derecho subjetivo público que los sujetos jurídicos tiene para dirigirse a los tribunales, y obtener de ellos unas concretas tutelas jurisdiccionales, mediante resoluciones con un concreto contenido”* (Diccionario Jurídico ESPASA, 1999, pág. 13).

Bajo esta consideración cabe señalar que la acción constituye un derecho subjetivo público porque es el Estado a través de su poder legislativo quien tiene la obligación de regular, normar y facilitar los mecanismos de justicia adecuados de solución de controversias en virtud de la teoría del contrato social.

### **1.6.1. LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

De acuerdo al análisis realizado sobre la existencia de la acción y cómo se puede determinar cuando existe o no acción dentro de los diversos casos en que ésta se presente; se podrá determinar si existe la acción de competencia desleal en el Ecuador.

De acuerdo a los tratadistas ya estudiados, la acción busca la tutela del Estado frente a derechos o actos que afecten a las personas. Como establece el autor

Chiovenda, dichos reconocimientos, por parte del Estado, deberán estar plasmados en pronunciamientos judiciales, los cuales se podría considerar que se presenten en distintas etapas y es en base a éste análisis de las etapas que podremos concluir donde se presenta o no la acción de competencia desleal.

Como se ha tratado en el análisis de este tema, la acción debería estar establecida en leyes sustantivas y leyes procesales. En nuestra legislación ecuatoriana, a partir del 2011 el Ecuador ya cuenta con una ley en especial, que incluyó al tema de competencia desleal, desvinculado de la Propiedad Intelectual y con un carácter más de control en el mercado, que de control para los actos de propiedad intelectual relacionados a la competencia desleal. Durante años anteriores, el tema de competencia desleal se encontraba establecido en la Ley de Propiedad Intelectual y aunque al ser una mera definición de estos actos ya se puede concluir que estaba reconocida en una ley sustantiva. Es a partir del 13 de octubre del 2011 que se publica en el Registro Oficial del Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado la cual expresamente ya trata en la Sección 5 a las “Prácticas Desleal”.

Así mismo, el 7 de mayo de 2012 se publica en el Registro Oficial el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que en sus Arts. 30 y 31 establecen el procedimiento a regular lo actos desleales ya definidos en la ley. De acuerdo a la ley y reglamento, y así como lo establece el jurista Cabanellas, se puede concluir que para la existencia de la acción esta deberá estar reconocida por el Estado en las leyes sustantivas, como lo son las leyes y reglamentos; por lo tanto se puede indicar que al existir estas leyes, se está dando a reconocer la acción de competencia desleal en la legislación ecuatoriana, pero es importante continuar desglosando si cumple con los otros elementos de la acción.

En este sentido, la acción, de acuerdo al autor Chiovenda, no necesita que sea realizada mediante un acto físico que obligue a la autoridad a reconocer el

derecho, puesto que busca la aplicación de la ley para otorgar el reconocimiento del derecho vulnerado, pero en el Art. 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al continuar con la definición de las prácticas desleales dicha norma 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 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”.*

Es por ello que de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado la acción en el ámbito de la competencia desleal puede ser ejercida por aquellas personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas por la generación de un daño derivado de la práctica de competencia desleal. En este sentido, la Ley ecuatoriana de control del mercado ha relacionado existencia de la práctica desleal con los cuasidelitos, lo que nos lleva a concluir que de acuerdo al Art. 2214 del Código Civil ecuatoriano, la generación de un cuasidelito permite la subsanación del daño mediante el pago de una indemnización.

En este sentido se puede observar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado de nuestro país reconoce la acción de competencia desleal y a su vez al actor de dicho daño como el causante de un cuasidelito que puede ser reparado con el pago de una indemnización.

En conformidad a lo que establece la definición del Diccionario Jurídico Espasa, el resultado de la tutela jurídica por parte del Estado, es que dicho reconocimiento quede establecido en una “resolución con un concreto contenido”, por lo tanto se verifica que la Ley Orgánica de Regulación y Control

del Poder de Mercado y su Reglamento establecen que todo acto desleal tendrá las sanciones establecidas en dichos órganos y previo a la sanción se deberá presentar mediante una demanda la intención de que se reconozca el derecho violado y siguiente a ello la sanción a quien haya cometido dicho acto desleal. Se puede concluir que la acción de competencia desleal cumple con otro elemento más de lo que implica la acción, ya que la ley y reglamento establecen ya un procedimiento de reconocimiento judicial junto con sanciones, las cuales estarán plasmadas en un documento, mediante el cual se tutele y reconozca la violación del un derecho.

Es preciso señalar que cabe la posibilidad de que la acción sea iniciada de oficio a través de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por lo que no será necesario que el particular promueva el inicio de una acción por competencia desleal, conforme lo establecido en el numeral 5 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado.

Para finalizar con el presente análisis, se puede concluir que en el Ecuador existe la acción de competencia desleal legalmente reconocida mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y su Reglamento, lo establecido en dichos cuerpos normativos cumple con los elementos que se desarrollaron en el análisis de qué es la acción, es decir se busca tutelar un derecho por parte del estado y de ser el caso establecer una sanción. Es de importancia, una vez conocida esta conclusión, continuar con el análisis de la presente ley y poder verificar si al existir la acción de competencia desleal también existen los mecanismos correctos de sanción como así lo indica el título de esta investigación.

Bajo estas consideraciones, se ha observado que en el ámbito de competencia desleal el derecho de acción no se constriñe en la petición que un ciudadano realiza de manera directa a una autoridad jurisdiccional, sino más bien en la petición que cualquier persona hace a la autoridad de competencia, misma que sin gozar de facultades jurisdiccionales, busca *“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”,* conforme lo ha señalado el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Continuando con el análisis al tema de investigación, se considera oportuna que una vez tratado la competencia desleal y reconociendo su existencia en la legislación ecuatoriana, se proceda con la investigación del tema de la presente tesis, las medidas cautelares.

## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS DE MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

#### 2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es importante explicar de dónde provienen las medidas cautelares y de qué manera se ha venido aplicando en nuestra legislación, para a partir de eso poder plantear cuáles serán las medidas cautelares correctas para aplicarlas en materia de competencia desleal.

El uso del término medida cautelar ha variado de acuerdo a los países donde se aplica. Chile reconoce en su Código de Procedimiento Civil las medidas prejudiciales y medidas precautorias. El Código de Procedimiento de la Republica de Argentina, así como el Código de Procedimiento Civil de México las denomina precautorias, mientras que, el Código Civil de Colombia las llama ya medidas cautelares, al igual que la legislación ecuatoriana (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 4-10). En la doctrina y definiciones también existe varios nombres para la misma idea, se las llama: medidas precautorias y de seguridad, medidas provisionales, medidas conservatoria, medida de instrucción. (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 4-10). Cabe indicar que la denominación no cambia la esencia de la situación a la que se deben aplicar las medidas; al contrario, se debería tomar en cuenta el fin que persigue y la naturaleza de las mismas, por lo tanto se puede definir como medidas cautelares:

De acuerdo al antiguo tratadista Carnelutti.- *“Aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”* (Francesco Carnelutti, 1971, pág. 425)

De acuerdo a un concepto más específico y relacionado a la legislación latinoamericana, se puede establecer que la finalidad de la medida cautelar “es

*la de contrarrestar los peligros de daño que pueden ocasionarse por la imperfección del proceso jurisdiccional” (Héctor E Quiroga Cubillos. 1983, pág. 123).*

Finalmente se puede conceptualizar ampliamente y de manera más detallada lo que para el presente siglo se entiende como medidas cautelares:

*“Medidas cautelares son, entonces, las que, ante el riesgo de perder derecho, toma el juez, por lo general a petición de parte, de manera rápida y de ordinario sin oír otra parte, e inclusive la medida que la parte toma ante el grave peligro que corre su derecho. La autodefensa ejercida desde luego como cautela excepcional y bajo los principios de ley” (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 10)*

De acuerdo a las definiciones, podemos concluir que las medidas cautelares buscan proteger un derecho o una situación que demuestra peligro, en la cual el juez debe detener dicha situación con las medidas establecidas en una ley y con el fin que al aplicarlas no continúe el acto antijurídico.

Una vez que se ha definido doctrinariamente a las medidas cautelares, cabe analizar cuál es su finalidad. Generalmente, se puede asegurar que “tienen por objeto proteger un derecho o una situación jurídica” (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 10). Estas medidas no protegen a un mismo derecho, en realidad depende de la situación para poder definir qué derecho pueden proteger, ya que existen varios tipos de medidas cautelares a aplicar. Por ejemplo, cuando pretende reconocer alimentos generalmente a niños, lo que se está buscando con la medida es proteger el derecho del alimentario, la prohibición de enajenar busca proteger derechos patrimoniales.

En base a estos ejemplos, se puede determinar que las medidas cautelares se aplican dependiendo de la necesidad del caso, es decir dependerá del derecho

que la medida tutele para determinar el ámbito de aplicación de la misma con la finalidad de proteger a una persona o prevenir un acto.

Se puede concluir que el fin de las medidas cautelares no siempre será el mismo para todo acto, lo que sí está ligado con el derecho a proteger ya que tampoco es el mismo en todos los casos, el fin puede asegurar un derecho, proteger a una persona o prevenir un efecto.

Una vez establecido el fin de las medidas cautelares es importante definir su naturaleza jurídica. De acuerdo a los autores Eduardo García Sarmiento y Jeannette García, las medidas cautelares tienen características peculiares que les permiten tener una naturaleza jurídica propia. Se considera que pertenecen a un derecho autónomo ya que tiene como fin la seguridad del derecho o situación que se pretende con la acción, es autónomo también porque busca “constituir un medio de garantizar la vigencia de un derecho o de un estado, permitiendo concebirlas como una unidad que sirve para cualquier proceso y no como accesorias de un específico” (García Sarmiento Eduardo- García Olaya Jeannette, 2005, pág. 12). El concepto dado por el autor nos puede llevar a concluir que la autonomía de una medida cautelar proviene desde que se la solicita. Está relacionada con una acción previa y en base a ésta se busca proteger un derecho o una situación, como se observa al solicitar esta protección dentro de un proceso se puede entender que aunque esté ligada a un hecho mayor, la solicitud de la medida cautelar es autónoma, cumple con un proceso específico ante el juez o tribunal y busca evitar que se continúe con la situación o violación del derecho. Es importante mencionar, de acuerdo a lo ya analizado en el capítulo anterior, que si al existir una acción que se busca sea autónoma, esta acción será como se la definió anteriormente de carácter subjetivo público. En el caso de la solicitud de la medida cautelar, será una acción con características particulares que podría ser presentada antes del reclamo, o dentro del desarrollo del mismo ante el juez o tribunal, pero que tiene como finalidad solicitar al Estado que no se permita continuar con la situación que podría causar la violación de un derecho. Por lo tanto, con este

análisis se concluye que los sujetos de derecho que consideren se está atentando contra aquellos, tiene el derecho subjetivo público de exigir al Estado su intervención y protección ante dicho derecho que se puede perder o violar.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de las medidas cautelares, se puede concluir que son de carácter autónomo y pertenecen al ámbito del derecho subjetivo público que se presentan mediante una acción y buscan mediante el Estado tutelar un derecho que aparentemente ha sido violado.

En este sentido las medidas cautelares para ser reconocidas ante el órgano competente, antes de su presentación deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Presumible derecho o *fumus boni iuris*: con este requisito se pretende que el solicitante de la medida cautelar fundamente y compruebe el derecho con el que basa su petición; ya que en base a la pretensión y la “verosímil existencia del derecho alegado” se podrá dar la resolución de adoptar o no la petición de la medida cautelar. La declaración de la verosimilitud del derecho en el que se fundamenta la medida está bajo la competencia del juez quien será el encargado de analizar la aplicación de la medida. Cabe mencionar que ésta no será una etapa en la que se emite sentencia, pero que si servirá de apoyo para la decisión final que tome el juez. (López Martínez Adriana, 1997, pág. 133-134).
- Peligro actual y urgencia de la medida o *periculum in mora*. El autor Calamandrei afirma:

*“El periculum in mora no es genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario”.* (Calamandrei, 1936, pág. 18).

En base a este concepto de la doctrina, lo que se puede establecer es que a más de que exista un derecho a proteger, este debe correr peligro que no pueda ser protegido inmediatamente de otra forma, ya que hay retraso en el órgano jurisdiccional para tomar una decisión. *Se puede concluir que este requisito esta unido con la finalidad de las medidas cautelares que se ha mencionado en párrafos anteriores ya que se busca proteger un derecho que se encuentra en peligro.* (López Martínez Adriana, 1997, pág. 135)

Una vez establecidos los requisitos, se analizara las características que deben tener las medidas cautelares. Es importante determinar cómo se caracterizan para encontrar el lazo que les permite tener una naturaleza con “características peculiares”, como se ha mencionado en párrafos anteriores. Los autores que consultados, Eduardo García Sarmiento y Jeannette García, nos explican las características que permiten identificar a las medidas cautelares son:

- a) **Protegen un derecho sustancial o una situación jurídica:** las medidas cautelares buscan prevenir y evitar el daño que se dé a causa de un retraso en el reconocimiento, declaración, o constitución de un derecho. “La cautela está destinada, más que hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra” (García Sarmiento Eduardo- García Olaya Jeannette, 2005, pág. 15).
- b) **Provisionalidad mientras la jurisdicción protege definitivamente el derecho sustancial o la situación jurídica:** si tanto el derecho o la situación son reconocidos pasa a ser una medida definitiva; la duración de la medida dependerá de la duración derecho cautelado.
- c) **Casi siempre son pedidas sin oír a la otra parte:** mediante esta característica se busca obrar inmediatamente para poder asegurar lo que se está solicitando.

d) **Son taxativas:** La legislación se encarga de tipificar las medidas cautelares y establecer el ámbito de su aplicación. Existen ciertas legislaciones que no establecen claramente qué medidas se pueden adoptar; por lo tanto, queda a la discreción y responsabilidad de la función pública que administra justicia, establecer cuál es la medida más eficaz para tutelar el derecho que está en peligro. Esta situación no quiere decir que la medida deja de ser taxativa, ya que aun hay una norma previa que permite solicitar la medida.(García Sarmiento Eduardo- García Olaya Jeannette, 2005, pág. 16)- (Lopez Martinez Adriana, 1997, pag 140)

Dentro de las características expuestas, se encuentra necesario agregar una característica que como resultado de la investigación también se presenta dentro de las medidas cautelares y que de acuerdo al autor Calamandrei tiene un valor de importancia trascendental, esta es:

- ❖ **Instrumentalidad:** “las resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución ulterior definitiva a cuya fructuosidad practica aseguran previamente” (Calamandrei, 1936, pág. 21 y 22).

En base a estas características, se puede concluir que las medidas cautelares solo existen jurídicamente con la existencia de un procedimiento judicial que pretenda un resultado definitivo. Como en el caso de la legislación ecuatoriana, hay medidas que se solicitan previo al inicio de proceso, pero no por ello pierden su instrumentalidad, ya que esta medida se relacionará después con un proceso principal. Con la instrumentalidad se aspira que con la aplicación de las medidas cautelares se pueda ejecutar la sentencia al final del proceso.

Por lo tanto de acuerdo a las características investigadas y al análisis antes mencionado, las medidas cautelares buscan la protección de un derecho o de una situación jurídica, que a través de actuación judicial el accionante busca que el Estado reconozca el derecho vulnerado y lo proteja. Las medidas

cautelares no tienen un momento específico para ser presentadas, ya que por su autonomía lo que interesa es evitar que el daño que se está cometiendo al afectado, siga creciendo. Éstas se podrán presentar previo a la demanda, una vez admitida la demanda, en el proceso en curso o como parte de la solicitud de la sentencia. Lo importante de solicitar la medida cautelar es que en cualquier momento que se la presente, el juez mantendrá protegido el derecho que pueda ser vulnerado hasta que se pueda tener una sentencia de protección definitiva y con ello el cumplimiento efectivo de la medida cautelar.

Dentro de la legislación ecuatoriana se ha podido establecer que las medidas cautelares en el caso específico de la competencia desleal fueron reguladas por la Ley de Propiedad Intelectual, sin embargo las Disposiciones Regulatorias y Derogatorias de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en su parte pertinente señala:

*“Décimo Segunda.- Deróguense los artículos 183 al 193 y 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006.”*

En este sentido, las medidas cautelares aplicadas en materia de propiedad intelectual fueron utilizadas de manera supletoria en materia de competencia desleal, sin embargo dada la naturaleza del Derecho de Competencia y el abuso de posición de dominio de los diferentes operadores económicos, la aplicación de las medidas cautelares reguladas en la Ley de Propiedad Intelectual resultan insuficientes puesto que no responden a las necesidades de la competencia desleal.

En este sentido se ha observado que la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha enlistado los casos de competencia desleal, los cuales como se señaló en el capítulo anterior fueron considerados como cuasidelitos que al ser regulados por la Ley de Propiedad Intelectual provocaba que el accionante de un acto desleal recurra en primera instancia a las

sanciones establecidas en dicha ley, sin que para ello se hayan creado juzgados de Propiedad Intelectual, por lo que en el lapsus de creación de dichos juzgados la Disposición Transitoria QUINTA de esta ley indica que hasta la creación de los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual (...) “a excepción de las diligencias cautelares, que serán conocidas por los jueces de lo civil”.

Es decir que la falta de creación de los Juzgados de Propiedad Intelectual impedían la correcta aplicación de las medidas cautelares, ya que al ser antes un tema de Propiedad Intelectual, pero al poder ser conocido por jueces de lo civil las diligencias cautelares, permitía que se pueda aplicar las medidas cautelares civiles o a la vez permitir al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual –IEPI- que ordene la aplicación de las medidas cautelares de propiedad intelectual.

A continuación un cuadro de resumen de las medidas aplicadas anteriormente:

<b>MEDIDAS CAUTELARES CIVILES</b>	<b>ANALISIS</b>	<b>MEDIDAS CAUTELARES DE PROPIEDAD INTELECTUAL</b>	<b>ANALISIS</b>
<b><u>Prohibición de enajenar</u></b>	Esta medida solo recae sobre bienes inmuebles, se celebra entre deudor y acreedor con el fin de prohibir la venta del bien en caso de que exista deuda. Aquí estamos hablando de prohibición de enajenar como medida impuesta por un juez o autoridad; no como un acuerdo. Mira el 421 CPC.	<b><u>Retención de los valores debidos</u></b>	Se aplica en concepto de remuneración o explotación

<b><u>Secuestro</u></b>	Conforme lo establecido en el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil el secuestro tiene lugar en el caso de bienes inmuebles y en el fruto de los raíces, y se verificarán mediante depósito. <i>“La entrega se hará por inventario, con expresión e calidad, cantidad, número de peso y medida”.</i>	<b><u>Cese de la actividad ilícita</u></b>	De acuerdo al Art.309 de la Ley de Propiedad Intelectual, comprende la clausura provisional del local, suspensión de actividad infractora, retiro de bienes en disputa.
<b><u>Embargo</u></b>	La finalidad de esta medida es hacer cumplir una sentencia con la incautación de un bien para venderlo en subasta al mejor postor.	<b><u>Prohibición de salir del país</u></b>	Esto solo se aplica en el caso que el demandado que violo los derecho de propiedad intelectual no tiene domicilio en Ecuador
<b><u>Retención</u></b>	Esta medida busca guardar bienes mueble o dinero con el fin de que el deudor cumpla la obligación y serán devueltos a él.	<b><u>Cierre de establecimiento</u></b>	Se aplica con el fin de evitar que continúe la comercialización de la actividad ilícita, con ello es decir venta, importación, reproducción de los bienes.
<b><u>Prohibición de salir del país</u></b>	Art. 912 CPC, establece que para que el acreedor solicite que no se ausente del país el deudor, debe justificar que hay un crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces.	<b><u>Secuestro</u></b>	De acuerdo al Art. 308 de la Ley de Propiedad Intelectual, es el secuestro de bienes, productos, mercancías, equipos, ejemplares y “sobre los ingresos que se obtuvo por la actividad infractora”.

## 2.2. MEDIDAS PREVENTIVAS

Con la creación y publicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, el 13 de octubre del 2011 se dio por derogado los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual en los que se trataba la competencia desleal.

En este sentido, esta nueva ley establece la regulación y sanción de los actos desleales bajo otra naturaleza debido al ámbito de aplicación del Derecho de Competencia, lo que ha entablado un nuevo alcance jurídico de las medidas preventivas.

La denominación de *“medidas preventivas”* proviene de la palabra prevención y tienen como finalidad prevenir o evitar aquellos actos que pueden causar daños, por lo que se busca el *“arreglo provisional de la situación”* ya antes que el proceso jurisdiccional o proceso ejecutivo comience o durante el proceso mismo. (Carnelutti Francisco, 1998, pág. 243).

Como se puede constatar, hay dos etapas del proceso judicial: la de jurisdicción y la de ejecución y entre estas dos se presenta una tercera etapa que se le denominara prevención, cuyo objetivo es *“prevenir los daños del litigio, que ni el proceso jurisdiccional ni el ejecutivo son aptos para eliminar, a causa de su duración, sobre todo”* (Carnelutti Francisco, 1998, pág. 243).

Bajo esta perspectiva se entendería que la medida preventiva busca un arreglo que no equivale a una solución dentro del proceso judicial, hasta que se pueda emitir una sentencia final, ya que se espera impedir la continuación de los hechos o que se cambie la situación de los daños que se están causando. Es por ello que para la aplicación de estos arreglos es también necesario que existan una serie de actos por los cuales la parte interesada debe acudir a un órgano del Estado para que le conceda la medida y ordene que se ejecute. Con

ello le dan legalidad a lo que puede ser un arreglo provisional y que tendrá gran semejanza también con los actos del proceso. (Carnelutti Francisco, 1998, pág. 244).

Se puede tomar en cuenta una breve definición de los autores García: *“las medidas preventivas buscan prever un específico resultado, ya para que ocurra, o para que no suceda, como la citación del litis consorte necesario”* (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 10). Este concepto nos amplía más la visión de las medidas preventivas, en especial para llegar a su naturaleza. Como se puede verificar, para estos autores contemporáneos, estas medidas son más aplicables al resultado del proceso y buscarán que no se dé el resultado, o se dé de manera que favorezca a quien lo solicitó.

Una vez realizado el análisis de la doctrina sobre la prevención, podremos entrar a investigar cómo se presenta esta figura en la legislación ecuatoriana. Por muchos años, se han conocido solo las medidas cautelares aplicables al campo constitucional, civil, penal y de propiedad intelectual; es a partir de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que para el Ecuador se propone la aplicación de medidas preventivas dentro de todos los actos contrarios a la mencionada ley.

El artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado establece como medidas preventivas:

*“El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la*

*finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar”.*

Dentro del anterior artículo cabe analizar qué características de las analizadas en las medidas cautelares, están cumpliendo las medidas preventivas y que se acoplen a nuestra legislación y a lo analizado a lo largo de este capítulo:

El artículo nos menciona que a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien denuncia se podrá adoptar estas medidas preventivas, con ello cumple un elemento que se ha mencionado en la investigación y es la necesidad de que una de las partes solicite la aplicación de la medida, por lo general será aquella titular de un derecho que se encuentre en peligro.

Se establece que la solicitud de medida se realizará al órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Relacionado a este aspecto cumple con la característica que se debe solicitar la medida ante un órgano jurisdiccional quien será el que dé trámite y ordene la aplicación de la misma. En este caso, la doctrina estudiada señala que la medida siempre deberá ser presentada ante un juez o tribunal, mientras que la ley menciona que la interposición de dicha medida se lo realizará ante un órgano de investigación, por lo que se evidencia que la diferencia entre la doctrina y la ley es el órgano a quien se solicitará la medida cautelar.

En este sentido la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en sus artículo 38, sobre las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado da la facultad para que pueda conocer y suspender las prácticas y conductas prohibidas en la ley a la Superintendencia, quien será la encargada de expedir las resoluciones de aplicación de medidas

ya que el órgano de sustanciación tal cual lo determina el Art. 36 de la Ley en su último inciso, estará creado por el Superintendente y adscrito a la Superintendencia. El Art. 42 de la misma ley establece: “*El Superintendente es la máxima autoridad administrativa, resolutive y sancionadora...*”, lo que nos permite concluir y observar que para que las medidas tengan carácter de aplicables y por su naturaleza de ser inmediatas, dicha resolución debe emitirla el Superintendente de Control del Poder del Mercado; el proceso para la aplicación será analizado en el próximo capítulo.

- De acuerdo al artículo 62 las medidas preventivas se las podrá presentar antes o durante el proceso de investigación del hecho que pueda causar daño. Se puede constatar que cumple con una característica más de las medidas cautelares, al permitir que se solicite antes de iniciado el proceso o en el transcurso de éste; siguiendo la finalidad y naturaleza de evitar y proteger un derecho que esté en peligro, en menor tiempo que la duración de un juicio.
- A su vez se cumple con lo que ya se había mencionado a inicios del presente capítulo acerca de la finalidad de las medidas, que es evitar el daño que en este caso son aquellas conductas contrarias al normal desenvolvimiento del mercado. Cumpliendo con esta prevención, se busca que al aplicar las medidas, éstas puedan tener un nexo con la decisión final, emitida por la Superintendencia y se pueda aplicar dicha resolución con la eficacia.

Una vez analizadas las características de las medidas cautelares y la similitud que guarda con las medidas preventivas, es preciso señalar que la autoridad encargada de la aplicación de éstas últimas analice previamente el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El órgano que emita la decisión final sobre la aplicación de las medidas, deberá tomar en cuenta que el interesado sustente el derecho con el que basa la petición y que a su vez este derecho corra peligro y sea necesario su protección en el menor tiempo posible, en base a la aplicación de estos dos requisitos fundamentales lo que se permitirá es que

tanto el órgano jurisdiccional, como el afectado, tengan el sustento para que la medida pueda ser aplicada dentro del derecho.

Concluida la explicación acerca de cómo se deberá aplicar las medidas, es importante desglosar y analizar las medidas preventivas que se podrán aplicar de acuerdo a lo establecido en el Art. 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

- **Orden de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la ley:** esta medida preventiva tiene relación con la medida cautelar de propiedad intelectual detallada en el Art. 309 de la Ley de Propiedad Intelectual la cual ordena el cese de la actividad ilícita; pero dichas medidas establecidas para propiedad intelectual buscan impedir que continúe la actividad que está causando daño, a lo que las medidas establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado buscan prevenir el posible daño.
- **Imposición de condiciones:** Éste es un nuevo tipo de medida para la legislación ecuatoriana. Se puede entender que se busca con esta medida prevenir el peligro del futuro daño del acto que se esta cometiendo, para lo cual se deberá imponer a las partes implicadas ciertas condiciones para su participación en el mercado; y con ello evitar siga creciendo el daño. Al ser una figura nueva, la ley no detalla las condiciones, las cuales quedan a discreción del órgano sustanciador de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Se debe tomar en cuenta que, posiblemente, de los actos que detalla la ley en contra del mercado, muchos de ellos deben tener medidas que se apliquen en concreto como puede ser tomando de ejemplo de la Ley de Propiedad Intelectua el aplicar ciertas medidas específicas como clausura provisional del local, suspensión de actividad infractora, retiro de bienes en disputa. Tal es el caso de la competencia desleal, tema a tratar en

nuestra investigación, que por su carácter de urgente se deberá aplicar medidas preventivas en el menor tiempo posible y que permita terminar con el acto desleal que está causando o podrá causar problemas dentro del mercado. En este tipo de medida preventiva nueva, la ley pudo ser más clara al explicar cuáles son las condiciones para poder entender el espíritu de la ley y la voluntad del legislador para aplicarlas a favor de una mejor competencia en el mercado.

- **La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida:** para explicar esta medida se puede utilizar de ejemplo la celebración de un contrato en el que una parte sea aquella que está cometiendo el hecho que está atentando a un derecho o situación de otro o que ocasionará daño en el mercado. La medida busca suspender los efectos del contrato que han celebrado las partes para que el daño no sea mayor y no exista afectación al resto de operadores económicos.
- **La adopción de comportamientos positivos:** al igual que la segunda medida preventiva analizada, ésta es una nueva medida aplicable a nuestra legislación. Como se puede ver, también es subjetiva y queda a criterio del órgano sancionador determinar la aplicación de los comportamientos.
- **Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva:** como lo explica la medida preventiva, dentro de esta estarán otras medidas que el órgano de sanción considere son pertinente aplicar y que busquen terminar con el acto que causa daño. Como en todas las anteriores medidas explicadas, ésta también buscará que lo aplicado durante el proceso tenga nexo directo con la resolución definitiva.

Como se puede verificar, y continuando con la definición de medidas preventivas establecidas en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, el primer inciso del mencionado artículo indica lo siguiente: *“Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar”*, y junto a los tipos de medidas preventivas analizados anteriormente, le permiten al órgano sancionador que tenga la facultad de utilizar su criterio para ver qué medida es la que mejor se puede aplicar, tomando en cuenta el daño que se pretende evitar. A su vez, se puede verificar que lo que le diferencia a las medidas preventivas planteadas para aplicar, con las medidas cautelares utilizadas anteriormente, está en el carácter sancionador de las medidas preventivas; siendo que las cautelares más buscan la suspensión momentánea hasta que exista sentencia y se aplique, junto con la sentencia, la medida en forma de sanción. Finalmente, las medidas preventivas tendrán el mismo fin que las cautelares, pero la presente ley aplicada en el Ecuador busca que a más de evitar el crecimiento del posible daño, al momento de aplicar las medidas también se pueda sancionar en el caso de ser necesario para detener el peligro sobre el derecho o situación.

### **2.3. MEDIDAS CORRECTIVAS**

Continuando con el nuevo proceso que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido para poder intervenir en los actos contrarios al normal desenvolvimiento del mercado, después de analizar las medidas preventivas, la ley establece que se aplicará otra forma de proceso previo a la sanción definitiva para ello habla de las medidas correctivas.

De acuerdo al nombre, las medidas correctivas nos pueden llevar a deducir que buscan ser aplicadas una vez que ya existe sanciones con el fin de restablecer las condiciones del mercado, podemos identificar a las medidas correctivas como:

*“La naturaleza jurídica de las medidas correctivas esta en mejorar, equilibrar y optimizar el normal funcionamiento del mercado, corrigiendo, revirtiendo, previniendo y eliminado aquellas conductas económicas negativas. La medida correctiva no debe ser interpretada y aplicada como sanción administrativa”.*(<http://www.monografias.com/trabajos39/medidas-correctivasmercado/medidas-correctivas-mercado2.shtml>)

Del análisis de la naturaleza de las medidas correctivas se desprende que su fin especial es que, una vez existente una resolución que aplique una sanción, se puede solicitar la aplicación de estas medidas, con el objetivo de eliminar las conductas anticompetitivas en el mercado y por ende restablecer la competencia de éste. . En otras palabras, el fin de las medidas correctivas es restablecer la correcta competencia en el mercado, aun cuando exista una sanción previa emitida por órgano competente. El mismo órgano podrá establecer las medidas correctivas de acuerdo al daño cometido, a fin de restaurar la igualdad de competencia entre las empresas participantes en el mercado.

Una vez establecida la naturaleza de las medidas correctivas, es oportuno encontrar los nexos con la aplicación de las medidas correctivas a nuestra legislación para poder concluir si nuestra legislación se está basando en la finalidad de lo que es la facultad correctiva. El artículo 73 de la Ley Organica de Regulacion y Control del Poder del Mercado establece como medidas correctivas:

*“Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente”.*

Como se puede concluir la ley se acoge a lo establecido en la naturaleza ya que previo a las medidas correctivas debe haberse ya aplicado una sanción y a pesar de la sanción, estas medidas buscarán restablecer la competencia en el mercado, se puede aplicar estas medidas con el fin de evitar que la conducta siga causando el daño y se repita de nuevo. En este caso de las medidas correctivas también cabe aclarar lo mencionado en el tema anterior de las medidas preventivas, en el que se explica detalladamente porque la Superintendencia de Control del Poder del Mercado tiene la facultad para emitir las sanciones de acuerdo a lo que la doctrina nombra a jueces, tribunales o fiscales; la ley le otorga la facultad sancionadora y de control de las prácticas anticompetitivas.

Al igual que en las medidas preventivas se explicará y analizará las medidas correctivas que señala la ley se podrá aplicar, de acuerdo al Art. 73 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, son medidas correctivas:

- **El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos:** esta medida correctiva tiene igual relación con el Art. 309 de la Ley de Propiedad Intelectual, que plantean aplicar ciertas medidas que ayuden a dar fin en este caso de nuestra ley analizada a las prácticas anticompetitivas; una vez analizada la finalidad de las medidas correctivas anteriormente, se puede verificar que son aplicables una vez que exista sanción, es por ello que se recomienda que la ley sea explicativa de las medidas a aplicar ya que se generaría confusión con las de Propiedad Intelectual que son aplicables más al caso de medidas preventivas que al caso de correctivas.
- **La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos:** de acuerdo al artículo en análisis se puede constatar que esta medida busca “*corregir o revertir*

*una conducta contraria a la presente Ley*”, se puede concluir que el objetivo esta en que una vez generada la sancion, en bien del mercado, las partes restablezcan la competencia y se aspira que este proceso sea de acuerdo a lo que la Superintendencia de Control del Mercado considere mejor siempre buscando la estabilidad del mercado.

- **La inoponibilidad de las clausulas o disposiciones anticompetitivas de actos juridicos:** la presente medida correctiva no esta establecida con claridad para su aplicaci3n, pero se puede entender que busca imponer la medida por medio de una clausula o disposicion la cual no sera suseptible de oposicion, esto con el fin de que no se vuelva a cometer el acto que ha generado dano

Una vez analizada las medidas correctivas que la ley establece, se puede concluir que estas medidas se aplicarán mediante el 3rgano sancionador, junto a una sanción, en concordancia al fin de la ley estas medidas tambien buscan impedir, suspender, evitar que la conducta que ya causó un daño se vuelva a cometer. Para el caso de la competencia desleal se aspira que estas medidas sean aplicadas con el objetivo de dar fin al acto anticompetitivo en el menor tiempo posible, tema que será tratado y analizado en el próximo capítulo.

Se puede tomar en cuenta del presente artículo 73 lo siguiente: “... *la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley...*”, analizando si es prudente que la palabra PREVENIR continúe dentro del artículo siendo que debe estar acoplada a la naturaleza de las medidas correctivas. Con lo analizado y las observaciones acerca de la aplicación de las medidas correctivas se puede finalizar estableciendo que la ley no es clara en mucho de lo que establece y se podrá sugerir cambios como recomendaciones de la presente investigación, pero previo a ello cabe concluir después del análisis de las nuevas medidas en la legislación ecuatoriana, cuál será su naturaleza para aplicar.

## 2.4. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y MEDIDAS CORRECTIVAS

Para finalizar el presente capítulo es importante que, una vez explicado al detalle cada una de las medidas a aplicar con la nueva ley, se haga un análisis de la naturaleza de estas medidas y el porqué se las aplica en la legislación ecuatoriana. Basado en lo desarrollado a lo largo del capítulo se puede concluir lo siguiente:

Tomando lo más importante de las definiciones de los autores que se mencionaron en el desarrollo de las medidas preventivas, podemos indicar que estas medidas buscan el “arreglo provisional de la situación” o en un concepto más específico se puede entender como que busca *“prevenir los daños del litigio, que ni el proceso jurisdiccional ni el ejecutivo son aptos para eliminar, a causa de su duración, sobre todo”* (Carnelutti Francisco, 1998, pág. 243). Es por ello que la naturaleza de las medidas preventivas de acuerdo a como su nombre lo dice es la prevención. Estas medidas se aplicarán durante el proceso judicial con el objetivo de lograr un arreglo provisional. Estas medidas, al igual que las cautelares, por su gran similitud, está en su naturaleza jurídica prevenir el daño que puede causar la violación a un derecho de una de las partes involucradas. Lo que le diferencia a las medidas preventivas de las medidas cautelares y por lo tanto le da su naturaleza especial esta en que estas medidas preventivas *“buscan prever un específico resultado, ya para que ocurra, o para que no suceda”* (García Sarmiento Eduardo-García Olaya Jeannette, 2005, pág. 10). Es basado en esta parte específica de la definición de los autores García, que podemos concluir, finalmente, que las medidas preventivas, por naturaleza, estarán enfocadas en preveer una situación pero que tenga relación con la resolución final; es decir, actuarán durante el proceso evitando el daño, pero al final buscarán que esta medida tenga influencia en el resultado final.

Con relación a las medidas correctivas que se define en el Art. 73 de la Ley Organica de Regulacion y Control del Poder de Mercado, se puede extraer lo siguiente : *“Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas...”* , basado en lo que establece la ley que a más de las sanciones que se interponga se podrá imponer medidas correctivas y destacando de la definición del autor Monroy Cabra, en el que explica que las medidas correctivas se las puede aplicar bajo la facultad que tienen los jueces de sancionar a particulares si se ha incumplido un mandato previo realizado en su labor de juzgar y sancionar (Monroy Cabra Marco Gerardo, 1996, pag. 179); de acuerdo a lo que establece la ley y el autor se puede concluir que las medidas correctivas son aplicables una vez que ya existe sanción por parte de una juez u órgano sancionador en el caso de nuestra legislación, estas medidas buscan también impedir que el acto anticompetitivo se vuelva a repetir; por lo tanto las medidas correctivas por su naturaleza actuarán posterior a una sanción y se las aplicará para evitar que los actos que generan peligro en el mercado se vuelvan a cometer.

Una vez establecido la naturaleza de las medidas, tanto preventivas como correctivas, cabe realizar un nuevo cuadro que resuma las medidas a aplicar de acuerdo a nuestra nueva ley:

<b>MEDIDAS PREVENTIVAS</b>	<b>ANALISIS</b>	<b>MEDIDAS CORRECTIVAS</b>	<b>ANALISIS</b>
Cese de la Conducta	Medidas que se aplicarán antes o durante el proceso judicial con el fin de evitar que el daño continúe. Su objetivo es buscar un “arreglo provisional” y su naturaleza es que las medidas tengan nexo con la solución final, es decir con el resultado.	Cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos	Medidas que se aplicarán posterior a la sanción que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y tendrán como fin impedir que se cometa el mismo acto anticompetitivo y ayudar a restablecer la correcta competencia en el mercado.
Imposición de condiciones		Realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos	
Suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida		Inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos	
Adopción de comportamientos positivos			
Otras que se considere pertinente para evitar el daño			

En relación a las medidas analizadas a lo largo de este capítulo se puede establecer que las medidas, tanto preventivas como correctivas, no son lo suficientemente claras dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, ya que al momento de la aplicación de éstas, queda más al criterio del órgano encargado de sancionar que a lo que la ley expresamente manda.

Es por ello que se debe considerar que una de las características de las medidas cautelares es su taxatividad, es decir su aplicación se basa en los que expresamente se encuentra explícito en la ley, por lo que la autoridad

competente podrá sancionar o aplicar la medida, al momento que exista una restricción a un derecho.

Bajo esta consideración la norma restrictiva debe ser lo más clara posible para de esta forma no incurrir en arbitrariedades o subjetividades que impliquen abuso de su poder de la autoridad y sobre todo impida que la parte afectada que recibe la medida pueda cuestionar la legalidad de la misma.

Por lo tanto se puede concluir que ley no puede ir en contra del principio de taxatividad por lo que la norma debe ser clara en establecer el mecanismo de aplicación de las sanciones y las que ayudan a evitar cometer un acto que genera peligro, evitando así generar confusiones entre las partes y quien impone las medidas.

### CAPITULO III

#### **ANALISIS A LOS PROBLEMAS PRESENTADOS EN LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER Y SU REGLAMENTO, CON RELACION A LA APLICACION DE MEDIDAS PREVENTIVAS**

##### **3.1. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS**

Una vez concluido el análisis de las medidas preventivas y correctivas reguladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder el Mercado y su Reglamento, se ha podido identificar los siguientes problemas:

**3.1.1. FALTA DE DEFINICION DE AUTORIDAD COMPETENTE:** El artículo 30 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece en su parte pertinente lo siguiente:

*“ (...) Presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, dicha autoridad consultará a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado si existen indicios del cometimiento de dichas prácticas, y si tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios.*

*La autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual correrá traslado al presunto responsable con la denuncia para que presente explicaciones en el término de quince (15) días, e informará al denunciante y al denunciado sobre la consulta realizada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*

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

*A efectos de absolver la consulta descrita en el párrafo anterior, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ejercer todas sus facultades de investigación y en particular recabar toda la información que estime necesaria, tanto del denunciado como de cualquier otra persona o entidad pública o privada, de conformidad con la Ley, este reglamento y el ordenamiento jurídico. La Superintendencia absolverá la consulta en el término de sesenta (60) días de haberla recibido. La absolución de la consulta tendrá efecto vinculante para la autoridad consultante”.*

Por lo establecido en el artículo citado se puede verificar que las denuncias de competencia desleal están supeditadas a la decisión del IEPI quien es el organismo que discrecionalmente decide si el caso del que se le ha solicitado informe de investigación es una cuestión de su competencia.

Sin embargo, en caso de que exista competencia del IEPI para dar paso a dicho informe, la ley no le ha otorgado competencia para conocer y pronunciarse sobre el tema que esté analizando ya que la misma Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en su Disposición Reformatoria y Derogatoria Decimo Segunda establece: *“Deróguense los artículos 183 al 193 y 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006”*, así mismo la Primera Disposición Reformatoria y Derogatoria de esta misma ley deja sin autoridad al organismo de propiedad intelectual puesto que señala:

*“Deróguense todas las disposiciones contrarias a esta Ley que se encuentren vigentes, así como toda atribución de autoridad nacional en materia de competencia entregada a otros organismos y entes públicos para juzgar y sancionar los asuntos regulados bajo esta Ley”.*

En este sentido el problema con relación a la aplicación de las medidas preventivas o cautelares recae en que no existe una autoridad definida para

conocer y resolver los actos cometidos por competencia desleal. La falta de resolución genera pérdidas y daños en el mercado puesto que el tiempo que decurre entre definir si lo conoce y resuelve el órgano de propiedad intelectual o la Superintendencia de Control del Poder del Mercado no impide la cesación del daño causado.

**3.1.2. TIPOS DE MEDIDAS A SOLICITAR:** Del artículo 30 analizado en el punto anterior se desprende que al no haber una autoridad definida, que se encarga de conocer las medidas solicitadas, tampoco se podrá solicitar las medidas correctas. Si el órgano aparentemente competente es el IEPI, el accionante solicitará las medidas que la Ley de Propiedad Intelectual describe como medidas cautelares. Pero si el órgano que investigará y sancionará la actuación desleal de una conducta será la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, el accionante deberá solicitar aplicación de medidas preventivas establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

**3.1.3. CONFUSIÓN DE TERMINOS:** El Reglamento a la Ley de Control del Poder del Mercado nos presenta otro problema, al final del artículo 74 establece:

*“La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las **medidas cautelares**.”*

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

Como se puede constatar la ley equipara los términos medidas cautelares y medidas preventivas como sinónimos.

Sin embargo, por lo analizado en el Capítulo II de la presente investigación se ha concluido que las medidas cautelares y medidas preventivas tienen un ámbito de aplicación diferente, es por ello que las medidas preventivas actúan como su nombre lo indica previniendo el peligro de el posible “daño *jurídico*” ( Calamandrei Piero,1984, pag 40) es decir puede actuar antes de que el “*derecho haya sido efectivamente lesionado*”, mientras que las medidas cautelares se las aplica como consecuencia del daño jurídico, es decir existe ya “*el peligro del ulterior daño marginal*” ( Calamandrei Piero,1984, pag 42).

Esto nos lleva a establecer que el problema en la confusión de términos puede generar la errónea aplicación de la norma puesto que no es lo mismo la aplicación de la medida antes de que exista el daño, que aplicarla con la existencia de este daño.

En este sentido se ha observado que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que en su parte específica nos establece:

*“...adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva”.*

Como se puede evidenciar el artículo 62 de ésta ley agrupa en una misma norma jurídica las medidas preventivas y las cautelares sin distinguir diferencias ni el grado de aplicabilidad de las mismas.

**3.1.4. PLAZO DE APLICACIÓN:** El Reglamento a la Ley de Control del Poder del Mercado en el artículo 74 establece:

*“El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.*

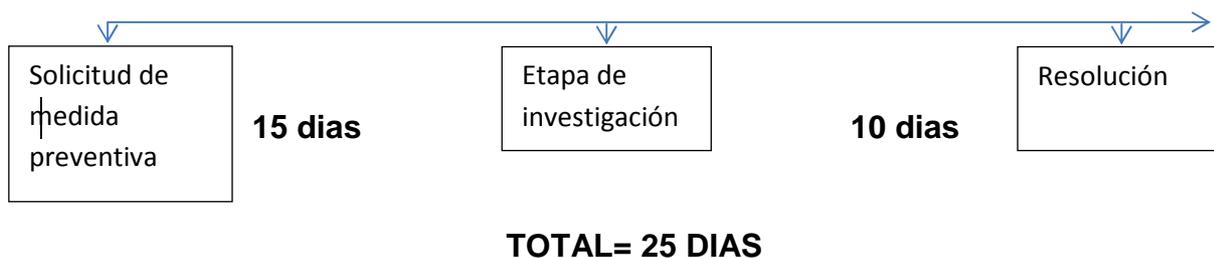
*Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.*

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

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

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

Del artículo citado se puede observar que el problema radica en que el plazo que el reglamento determina para la aplicación de las medidas preventivas es extenso, ya que una vez que se interpone la denuncia por parte del afectado, hay un plazo de 15 días para la investigación y posterior 10 días para emitir resolución, siendo un plazo total de 25 días como se puede observar en esta línea del tiempo:



Por lo tanto con esta observación podemos concluir que para la correcta aplicación de las medidas el legislador debió considerar los siguientes aspectos, mismos que serán analizados en el numeral a continuación así tenemos:

- a) El plazo de duración de la resolución de la medida, y;
- b) La urgencia de la aplicabilidad de la medida pues se busca evitar la propagación de un daño.

### **3.2. PROPUESTA PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA COMPETENCIA DESLEAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 62 DE LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.**

De conformidad con lo expuesto en el capítulo anterior se ha podido concluir que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado junto con su reglamento no establecen distinción alguna respecto de los términos medidas cautelares y medidas preventivas, lo que produce una errónea aplicación de las mismas al momento de impedir la ejecución de un acto nocivo para la competencia.

Es así que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado hace referencia a las medidas preventivas, mientras que el artículo 74 de su reglamento menciona las medidas cautelares y preventivas sin determinar alguna diferencia.

El artículo 62 de la mencionada ley establece:

**“Art. 62.- Medidas preventivas.-** *El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.”*

De la norma citada se puede observar que se entiende por medidas preventivas las siguientes:

- *La orden de cese de la conducta,*
- *La imposición de condiciones, y;*
- *La adopción de comportamientos positivos.*

Mientras que se considera como medidas cautelares:

- *La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.*

Por lo tanto, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece más medidas preventivas antes que cautelares; sin perjuicio de que

el artículo 62 de esta norma faculta a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a adoptar las medidas “(...) *que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva (...).*”

En este sentido el espíritu de la norma es precautelar el daño que puede ser causado por un operador económico en perjuicio de otro, el cual busca constituir un estado de competencia desleal, es decir **actos realizados por los participantes u operadores del mercado, cuyas prácticas van contra la buena fe, los usos honestos y las buenas costumbres dentro de un determinado sector económico con la finalidad de que dichas prácticas deshonestas puedan confundir a los consumidores y sacar provecho de dicha situación, para obtener ganancias y reconocimiento afectando en general a la política social y económica del mercado.**

Sin embargo, el tiempo que tarda la resolución expedida por el órgano competente respecto de la aplicación de una medida “cautelar o preventiva”, esto es 25 días, pone en perjuicio a aquel operador económico afectado por un acto de competencia desleal, puesto que mientras se resuelve la procedencia de la “medida cautelar o preventiva”, no existe cese de la conducta anticompetitiva.

Ahora bien, entiéndase como conducta anticompetitiva al género y a la competencia desleal como su especie, dentro de la cual se encuentra:

- Publicidad falsa y publicidad engañosa entendida como la divulgación de información que induce a los consumidores a tomar decisiones erróneas al momento de realizar sus compras. Mientras que concibe a la publicidad falsa como: “aquella que está sustentada por información o datos inciertos, y que por ende tiene el mismo efecto que la publicidad engañosa.

- Imitación de productos dentro del cual se encuentra la simulación de signos distintivos, y; simulación del producto como se analizó en el capítulos anteriores.
- Denigración comercial entendida como la *“aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo”* (Dr. David Sperber, Dr. Fausto Alvarado, 2009-2010, pág. 128).
- Robo de secretos industriales.

Por todo lo expuesto, se propone que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado diferencie el ámbito de aplicación de una medida cautelar y una medida preventiva entendiéndose a la medida cautelar como la que se aplica en consecuencia al daño jurídico, es decir existe ya *“el peligro del ulterior daño marginal”* (Calamandrei Piero, 1984, pág. 42); y, la medida preventiva, como su nombre lo indica, previniendo el peligro del posible *“daño jurídico”* (Calamandrei Piero, 1984, pág. 40). Es decir, puede actuar antes de que el *“derecho haya sido efectivamente lesionado”*, con la finalidad de que la propia norma establezca la posibilidad de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, una vez que conoce de un acto de competencia desleal pueda ordenar la aplicación de una medida preventiva previa la interposición de una medida cautelar definitiva con la finalidad de que el operador económico, aparentemente afectado por dicha conducta, sienta tutelado su derecho a la participación libre en el mercado y que su actividad no sea afectada por los usos deshonestos y las malas costumbres mercantiles de otro operador económico.

## CONCLUSIONES

- La Competencia Desleal en el Ecuador esta legislada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en su artículo 25.
- Las medidas cautelares buscan la protección de un derecho o de una situación jurídica, que a través de actuación judicial el accionante busca que el Estado reconozca el derecho vulnerado y lo proteja.
- Las medidas preventivas buscan un arreglo que no equivale a una solución dentro del proceso judicial, hasta que se pueda emitir una sentencia final, ya que se espera impedir la continuación de los hechos o que se cambie la situación de los daños que están causando.
- Se puede establecer que las medidas, tanto preventivas como correctivas, no son lo suficientemente claras dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, ya que al momento de la aplicación de éstas, queda más al criterio del órgano encargado de sancionar que a lo que la ley expresamente manda.
- La ley no puede ir en contra del principio de taxatividad por lo que la norma debe ser clara en establecer el mecanismo de aplicación de las sanciones y las que ayudan a evitar cometer un acto que genera peligro, evitando así generar confusiones entre las partes y quien impone las medidas.
- No existe una autoridad definida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado para conocer y resolver los actos cometidos por competencia desleal vinculados a la propiedad industrial. La falta de resolución genera pérdidas y daños en el mercado puesto que el tiempo que recurre entre definir si lo conoce y resuelve el órgano de propiedad intelectual o la Superintendencia de Control del Poder del Mercado.

- Existe una confusión de términos en la ley, se menciona medidas cautelares y medidas preventivas en un mismo artículo, el problema en la confusión de términos puede generar la errónea aplicación de la norma, puesto que no es lo mismo la aplicación de la medida antes de que exista el daño, que aplicarla con la existencia de este daño.
  
- El artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado agrupa en una misma norma jurídica las medidas preventivas y las cautelares sin distinguir diferencias ni el grado de aplicabilidad de las mismas.
  
- El plazo que el reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, determina para la aplicación de las medidas preventivas es extenso, ya que una vez que se interpone la denuncia por parte del afectado, hay un plazo de 15 días para la investigación y posterior 10 días para emitir resolución, siendo un plazo total de 25 días.
  
- Para la correcta aplicación de las medidas se debe considerar:
  - El plazo de duración de la resolución de la medida, y;
  - La urgencia de la aplicabilidad de la medida pues se busca evitar la propagación de un daño.

## RECOMENDACIONES

- Tanto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado como su Reglamento deben establecer los términos claros de medidas preventivas y medidas cautelares, deben indicar cuales serán los tipos de medidas preventivas y cuales los de cautelares para aplicar dependiendo el caso a ser necesario.
- Dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en su estructura orgánica se debería crear un organismo que sea el conozca los casos de Propiedad Intelectual, para con ello evitar que las denuncias que plantea la ley las conozca el IEPI y se pueda resolver directamente en la Superintendencia.
- La aplicación de medidas preventivas, de acuerdo a la propuesta de la presente investigación, se sugiere que se tome en consideración que como son de carácter urgente y al inicio, el tiempo prudencial sea de 5 días máximo.
- La aplicación de medidas cautelares deberán ser una vez que se ha cumplido los 15 días de plazo que la ley determina se utilizara para investigar. Estas medidas deberán tener el carácter de definitivas ya que cuentan con una investigación previa y un carácter ya de sancionar el daño causado.

## REFERENCIAS

### Cuerpo Normativo:

1. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre (2008).
2. Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
3. Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005.
4. Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial Suplemento No. 426 de 28 de diciembre de 2006.
5. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.
6. Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

### Libros:

1. Barona, S. (1999). *Competencia Desleal*. Valencia: Tirant lo blanch.
2. Calamandrei, P. (1984). *Providencia Cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina.
3. Carnelutti, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Temis.
4. Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Cárdenas Editor y Distribuidor.

5. García, S. (2001). *Competencia Desleal-Actos de Desorganización del Competidor*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A.
6. García Sarmiento y E. García Olaya, J. (2005). *Medidas Cautelares*, Colombia: Editorial Temis S.A.
7. López, A. (1997). *La acción de competencia desleal como mecanismo de protección de la propiedad industrial y en especial del régimen de medidas cautelares*. Bogotá: Cargraphics S.A.
8. Pellicer, R. (1986), *Derecho Comunitario de la Competencia*. Madrid: Trivium S.A.
9. Quiroga, H. (1983). *Procesos y Medidas Cautelares*, Bogotá: Librería el Profesional.
10. Robles, A. (2001). *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley S.A.
11. Sperber, D y Alvarado, F. (2009-2010). *Derecho de Competencia*. Ecuador.

#### **Revista Judicial:**

1. Ponce, A, Andrade, P, Ponce C, (2009). La Competencia Desleal en Ecuador. *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual*.

#### **Diccionarios Jurídicos:**

1. Diccionario Jurídico ESPASA, (1999) Editorial: Espasa Calpe S.A. Madrid.

2. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Cabanellas Guillermo, Editorial Heliasta S.R.L 1997, Edición 25, Tomo I.

**Páginas web:**

1. <http://www.monografias.com/trabajos39/medidas-correctivasmercado/medidas-correctivas-mercado2.shtml>.
2. <http://www.lexis.com.ec/lexis/default.aspx>