



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**“LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SECRETO EMPRESARIAL COMO
ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL
ECUADOR”**

**Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Leonidas Rojas Salazar**

**Autor
Mario José Ruiz Fernández**

**Año
2015**

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Leonidas Rojas Salazar
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 170961798-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“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.”

Mario José Ruiz Fernández

C.C. 1716566755

AGRADECIMIENTO

Agradezco el presente trabajo de titulación a Dios. A mis padres y abuelos por su apoyo incondicional, esfuerzo y compromiso que ha llevado a que pueda terminar mis estudios. A Emilia por estar a mi lado y ser el motor que me ha impulsado siempre a ser mejor.

A la Universidad de las Américas y sus profesores por darme los conocimientos que he requerido para mi desarrollo como estudiante. Al Dr. Leonidas Rojas por su dedicación y apoyo absoluto en el desarrollo de esta tesis.

A todos en Falconi Puig Abogados por la oportunidad y formación que me han dado en el transcurso de mi carrera.

A mis compañeros y amigos que han sido el estímulo para mejorar día a día.

DEDICATORIA

Para mis padres y hermana, por ser siempre ellos el ejemplo de amor, carácter, energía y dedicación.

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 283 establece la necesidad de mantener un mercado equilibrado con el afán de garantizar una equidad y armonía perfecta que beneficie a los productores y consumidores. El artículo 52 del mismo cuerpo legal garantiza la salud de los consumidores por medio de la entrega de información veraz y precisa referente a los productos que está consumiendo, pero además establece sanciones y oportunidades de reclamo de indemnizaciones en el evento de que la información que se provea no sea real. Por otro lado, los agentes económicos responsables de la producción de bienes y provisión de servicios que ofrecen en el mercado, se encuentran siempre pendientes de guardar sus secretos empresariales de sus competidores a fin de ser compañías que en efecto compitan unos entre otros manteniendo un equilibrio en el mercado. La protección del secreto empresarial ha sido establecida en la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado a fin de que esta sea un tipo de información cuya obtención ilícita y no autorizada ha sido prohibida expresamente en afán de que otros agentes económicos ajenos al dueño de esta información y que se encuentren dentro de un mismo mercado no puedan obtenerla. Si el secreto empresarial de un agente económico es revelado u obtenido por otro agente, entonces existiría una descomposición en el mercado que afectaría no solo a las compañías sino al orden social, a los consumidores y también al Estado. Como eje del presente estudio, se analizará cómo la obligatoriedad de revelar información clara y precisa según lo que manda la Constitución de la República como norma de jerarquía superior, afectaría al secreto empresarial de los productores de bienes y servicios.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador in its article 283 establishes the need to maintain a balanced market in an effort to ensure fairness and harmony that benefits producers and consumers. Article 52 of the Constitution ensures the health of consumers by delivering accurate and precise information concerning the products they are consuming, but also establishes sanctions and opportunities to claim compensation in the event that the information provided it's not real. On the other hand, operators responsible for the production of goods and provision of services offered in the market are always aware of keeping their trade secrets from competitors to be operating effectively and assuring fair competition among each other while maintaining a balanced market. Trade secret protection has been established in the Organic Unfair Competition Protection Law, so that this is a type of information whose unauthorized and unlawful acquisition has been explicitly forbidden in pursuit of other economic competitors other than the owner of this information and that are within the same market cannot obtain it. If the trade secret of an economic agent is disclosed or obtained by another agent, then there would be a breakdown in the market that affect not only companies but to the social order, consumers and the State. As focus of this study, we will examine how the obligation to disclose clear and accurate information as mandated by the Constitution of the Republic as a norm of higher rank, affect the trade secret of producers of goods and services.

ÍNDICE

Introducción.....	1
1 Capítulo I: El secreto empresarial y otros componentes del derecho de la competencia	5
1.1 Definición, objeto e implicaciones del secreto empresarial y su tratamiento doctrinario	5
1.2 Protección del secreto empresarial en leyes de otras materias	12
1.3 Anterior y nueva regulación para resguardo del secreto empresarial y su relación actual con el Derecho de la Competencia en el Ecuador.....	15
1.4 Ejes primordiales del secreto empresarial de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado	19
1.5 Libre competencia.....	22
1.6 Análisis de la posibilidad de afectación del secreto empresarial en base a la protección al consumidor.....	24
2 Capítulo II: Derecho del consumidor y derecho al consumo, definición, tratamiento, reglamentación técnica y requerimientos para conformidad, su relación con el secreto empresarial	28
2.1 Protección constitucional de los derechos del consumidor.....	28
2.2 Definición de derecho del consumidor y sus componentes	32
2.3 Calidad de productos o servicios ofrecidos al consumidor	37
2.4 Reglamentación técnica y nuevos requerimientos para conformidad	40
2.5 La relación del derecho del consumidor y el secreto empresarial.....	45
3 Capítulo III: Acercamiento al problema jurídico: ¿Cómo se podría actuar conforme a la legislación vigente?	51
3.1 Regulación previa del derecho de la competencia antes de la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y la importancia constitucional de esta nueva regulación	51

3.2	La debida protección del secreto empresarial frente al derecho de defensa del consumidor.....	56
3.3	El orden público frente al derecho de los consumidores y la afectación que se lleva al contrariar la competencia.....	63
3.4	Interpretación de normas	64
4	Capítulo IV. Método interpretativo: ponderación de derechos y aplicación de la ponderación de derechos para el caso concreto y en relación a garantías constitucionales	73
4.1	Método interpretativo a ser utilizado y vinculado al caso concreto	73
4.2	Ponderación de derechos	75
4.3	Casos concretos de aplicación de la ponderación de derechos en principios y garantías constitucionales.....	81
5	Conclusiones y recomendaciones.....	86
5.1	Conclusiones	86
5.2	Recomendaciones	90
	Referencias	92

Introducción

Desde que se comenzó con la comercialización de bienes y servicios que han sido demandados por los consumidores, las compañías han buscado formas para hacer que sus productos sean siempre los primeros a ser escogidos por sobre los otros que ofrecen los competidores. Estas formas y técnicas que caracterizan a los productos o servicios de una determinada compañía son conocidos como secretos empresariales. Antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM), la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) protegía al secreto empresarial como información no divulgada.

Conforme lo anterior, vemos que en el Ecuador ya existía una protección al secreto empresarial de productores a fin de amparar su información de cualquier persona que de manera mal intencionada opte por tomar cualquiera de sus destrezas y utilizarlas en beneficio propio. No obstante, con la expedición de la LORCPM esta protección fue trasladada a este cuerpo legal, no por el hecho de ser considerada algo sumamente beneficioso para los productores, sino por el hecho de que el Estado ha tomado la política de proteger no al productor ni tampoco al consumidor sino directamente al mercado y al equilibrio económico.

En vista de que el legislador ha cambiado la perspectiva referente al secreto empresarial tras derogar una parte expresa de una ley que protegía esta figura y ubicarla en otra de diferente materia y que tiene otro objeto por cumplir, es importante establecer la importancia que tienen los secretos empresariales. Esta clase de información genera un derecho del cual goza su titular o propietario. Si una persona trata de obtener esta información que es considerada un secreto, estaría frente a la violación de un derecho del cual su titular quiere proteger. Además, si se le dificulta de cualquier manera a otra persona encontrar esta información, pues es claro que es porque su titular no quiere entregarla y por ende esto le da un valor adicional al secreto empresarial pues de alguna manera esta información está dando una ventaja comercial a su titular.

Como bien se ha demostrado con lo dicho anteriormente, el secreto empresarial debe necesariamente estar protegido de alguna manera, más aun si esto es un derecho que no puede ser transgredido por otra persona. En razón de que la LORCPM derogó la disposición en donde se encontraba la información no divulgada y sus elementos para considerar a esta como confidencial, ha establecido una disposición expresa en su artículo 26 en donde de manera clara prohíbe la obtención ilegítima de información, dando el carácter de una práctica anticompetitiva que puede llegar a ser sancionada.

Por esto, un secreto empresarial es de suma importancia para un operador económico toda vez que esta es información que le da una ventaja particular por sobre otros operadores dentro de un mismo mercado. Si esta información es de fácil acceso y no cuenta con el carácter de confidencial es porque así su titular no quiso hacerlo, pero si por otro lado la información esta resguardada y no quiere ser revelada por parte de su titular entonces mal haría otro operador intentar conseguirla ya que claramente vemos que de acuerdo a la LORCPM esto sería considerado como un acto anti competitivo.

Una vez que ya hemos visto y analizado de manera breve lo que es el secreto empresarial y los cuerpos normativos que la abarcan, es fundamental establecer la problemática que ha permitido llegar a la hipótesis principal del trabajo a ser realizado. El artículo 52 de la Constitución de la República garantiza la salud de los consumidores por medio de la entrega de información veraz y precisa referente a los productos que está consumiendo, pero además establece sanciones y oportunidades de reclamo de indemnizaciones en el evento de que la información que se provea no sea real.

Por motivos lógicos y legales, los consumidores de un determinado bien o servicio, tienen derecho pleno a recibir bienes o servicios de óptima calidad que cuenten con información precisa de su contenido y características. Sin embargo, ¿es preciso que este requerimiento de dar información veraz y precisa puede ir en contra de los principios del secreto comercial e industrial y de la información confidencial de un operador económico? En este caso, el derecho de los productores de resguardar el secreto que hace que su producto o servicio sea escogido de primera mano por los consumidores, no debería ser

revelado ante nadie ya que esto haría que cualquier persona pueda comenzar a producir este bien o servicio y por ende el operador económico que ha investigado y concluido con información que lo hace competitivo respecto de cualquier otro, se queda sin nada para poder caracterizarse y por ende se queda sin negocio.

De la misma manera, los individuos que contribuyan a la producción de este bien o servicio y que tienen la obligación de no difundir la información que ellos conocen sobre la producción de este, se encuentra mermados por una garantía constitucional que protege evidentemente a los consumidores sin perjuicio de que la información que puede ser veraz para el consumidor sea información protegida.

Todo lo que hemos visto anteriormente se concluye en una controversia que debería ser resuelta pronto; por un lado tenemos al titular de una información que desea se mantenga secreta pues se trata del producto o servicio que está ofertando y por otro lado, está la garantía constitucional de un ciudadano a obtener información precisa sobre el contenido del producto. En este caso, ¿Cómo se debería abordar la problemática y saber cómo ponderar para resolver este cuestionamiento?

De la mano de la norma constitucional, el artículo 4 de la Ley de Defensa al Consumidor ha establecido el derecho de los usuarios a acceder a la información completa, veraz y oportuna de las características, precio y demás información relacionada con el producto o servicio ofrecido. No obstante, podemos permitir que estos derechos del consumidor sobrepasen al secreto empresarial en todos los casos y haciendo que un mercado caiga.

Además, es sumamente importante considerar que la Constitución de la República del Ecuador busca una economía justa y equivalente que se debe lograr mediante un mercado equitativo y que esté compitiendo de manera poco regulada. Si se toma la garantía constitucional que se ha venido enunciando, no se puede mantener las políticas competitivas que busca el Estado toda vez que poco a poco los productores irían derrumbándose y por ende serán miles los que ofrecerán un mismo producto en un mismo mercado ya que contarán con la información necesaria para tenerlo.

El tema de la garantía antes invocada se puede decir que no debería alcanzar a los secretos comerciales e industriales, o al menos no a todos, esto dependerá de cómo se encuentre caracterizada esta información también a la luz de la legislación comunitaria. Evidentemente, si se procede conforme manda el precepto constitucional, nos veríamos abarcados plenamente en un tema de salud pública antes que de defensa del consumidor, pero una vez más se presenta la disyuntiva de proteger en exceso al consumidor e inclusive establecer sanciones y oportunidades indemnizatorias para este o permitir que el mercado sea de libre competencia.

1 Capítulo I: El secreto empresarial y otros componentes del derecho de la competencia

1.1 Definición, objeto e implicaciones del secreto empresarial y su tratamiento doctrinario

La comercialización de bienes y servicios que han sido demandados por los consumidores, acarrea la necesidad de que las compañías busquen formas para hacer que sus productos sean siempre los primeros a ser escogidos por sobre los otros que ofrecen los competidores. Estas formas y técnicas que caracterizan a los productos o servicios de una determinada compañía, son conocidos como secretos empresariales. Se puede decir que en el secreto empresarial se encuentra estrechamente ligado con la parte productiva de una compañía, especialmente con la parte técnico-industrial. Si bien no existe una definición puntual al respecto, la doctrina lo ha definido de la siguiente manera: “Todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto” (Gómez, 1974, p. 54).

De lo anterior, claramente se desprende que el secreto empresarial es cualquier proceso o procedimiento que una compañía desea tener escondido de sus competidores, en razón de que esto da un valor agregado al producto o servicio que oferta la empresa, haciendo que su producto o servicio sea diferente o se destaque respecto de sus competidores. Naturalmente, no todos los servicios o instrucciones existentes en una compañía se mantienen secretas, solo aquellas que hacen que la empresa obtenga un beneficio primordial y hace que los consumidores escojan su producto o servicio en lugar de los otros productores en un mismo mercado.

La Ley Orgánica de Regulación del Control de Poder de Mercado (LORCPM), ha hecho un avance en cuanto a la definición de lo que es el secreto empresarial y principalmente en cómo este se encuentra enmarcado. En el numeral 7 del artículo 27 de dicho cuerpo legal, se menciona lo siguiente:

“7. Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

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;

b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya *adoptado medidas razonables* para mantenerla secreta” (LORCPM, Art. 27 #7).

Como vemos, la Ley nos está dando no solo una definición sino también todo lo que engloba el secreto empresarial en aras de saber cuándo la información de una empresa puede ser considerada un secreto empresarial porque, lógicamente, no todo lo que una empresa crea o conoce puede ser considerado información de suma trascendencia y puede ser tachada como secreta. Es necesario que se tomen las medidas respectivas para que esta se encuentre perfectamente resguardada. Para entender de mejor manera pasaremos a analizar los puntos que detalla este artículo a fin de dejar en suma precisión lo que es el secreto empresarial.

En un principio se dice que la información es considerada secreta cuando por la “composición precisa de sus elementos no sea conocida general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate”. Indiscutiblemente, este es el elemento que más se debe considerar al momento de clasificar a la información de la empresa como secreta, toda vez que si la información es de cómodo acceso para cualquier persona que se encuentre

trabajando dentro de una empresa entonces no puede aducir que esta sea secreta si la misma puede ser alcanzada por cualquier individuo en el cual se despierte la curiosidad de conocer algo. Además, sería inviable considerar a la información que está a la mano como secreta si es que la compañía permita que alguien conozca sus secretos sin siquiera utilizar medios impropios para hacerlo.

Respecto de los medios impropios y haciendo énfasis en lo dicho anteriormente, es necesario establecer qué significan los medios impropios, ya que es algo enteramente subjetivo cuando se trata de secretos empresariales ya que no se puede comparar la obtención de información por la fuerza como el descubrimiento de información a causa de un descuido de la compañía. El *Restatement of Torts* § 757, de Estados Unidos de Norteamérica, en su comentario f señala lo siguiente:

“f. Improper means of discovery. The discovery of another's trade secret by improper means subjects the actor to liability independently of the harm to the interest in the secret. Thus, if one uses physical force to take a secret formula from another's pocket, or breaks into another's office to steal the formula, his conduct is wrongful and subjects him to liability apart from the rule stated in this Section. Such conduct is also an improper means of procuring the secret under this rule. But means may be improper under this rule even though they do not cause any other harm than that to the interest in the trade secret. Examples of such means are fraudulent misrepresentations to induce disclosure, tapping of telephone wires, eavesdropping or other espionage. A complete catalogue of improper means is not possible. In general they are means which fall below the generally accepted standards of commercial morality and reasonable conduct.” (*Restatement of Torts* § 757, 1939).

Lo anterior nos indica algo que es importante considerar, toda vez que un medio impropio de descubrimiento de información no solo es el uso de la fuerza o de algún acto similar que derive en la obtención de información

cuidadosamente resguardada, sino también cualquier método que resulte en un daño a los intereses del dueño de la información y por ende un perjuicio económico real. Los medios impropios pueden ser varios, pero son calificados de esta manera cuando estos vayan en contra de la moral comercial y de la conducta razonable de cualquier operador económico. Por este motivo, un secreto empresarial es tachado como tal cuando su contenido no sea de fácil acceso, menos aún para las personas que se encuentren dentro de un mismo círculo en donde se maneja este tipo de información. Este punto es importante ya que también nos lleva a analizar la situación de los secretos empresariales respecto de los trabajadores de una empresa, escenario que será contemplado posteriormente.

Siguiendo con el análisis específico del secreto empresarial respecto de lo que manda la LORCPM, señalaremos el siguiente elemento que se debe considerar. La Ley establece que “La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta [...]” (LORCPM, Art. 27 #7 literal a). Este elemento es de gran relevancia, pero que poco se puede analizar considerando que si una empresa guarda información por considerarla secreta, es porque indudablemente esta información tiene un valor comercial, efectivo o potencial alto sino puede no ser considerada secreta. Es trascendental traer a colación que al tratarse de secretos empresariales, se está hablando de compañías que realizan actos de comercio que derivan en una ganancia para ellos y considerando lo que es el Derecho Mercantil, siempre debe existir una ganancia para que el “vendedor” pueda ser considerado como comerciante. Ergo, si la empresa es un comerciante, toda la información que obtenga y que la guarde porque es considerada importante ya sea para vender un producto o para producirlo, necesariamente acarrea que la misma tenga un valor para esta compañía. En razón de esto, podríamos llegar a concluir que toda la información que una empresa caracterice como secreta, tendrá un coste para la empresa y por ende el coste será tomado como elemento para que la información constituya un secreto empresarial.

Finalmente, la LORCPM respecto de lo que constituye un secreto empresarial, manda que en las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga

bajo control “haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta”. Este es un punto que debe ser plenamente considerado al hablar de secretos empresariales. Al momento de resguardar un secreto empresarial, se pueden tomar incontables medidas para hacer que la misma se mantenga como un secreto. Sin embargo, puede que todas las medidas tomadas no sean suficientes para que otros operadores económicos finalmente descubran un secreto empresarial pero las mismas sí han sido razonables. Sobre qué tan razonable puede ser una medida, nos remitiremos a la sentencia del 20 de Julio de 1970 de E.I. duPONT deNEMOURS &COMPANY, Inc., Plaintiff-Appellee, v. Rolfe CHRISTOPHER et al., Defendants- Appellants, en la cual se hace una clara consideración de cuando una medida es entendida como razonable para guardar un secreto empresarial:

“In the instant case DuPont was in the midst of constructing a plant. Although after construction the finished plant would have protected much of the process from view, during the period of construction the trade secret was exposed to view from the air. To require DuPont to put a roof over the unfinished plant to guard its secret would impose an enormous expense to prevent nothing more than a school boy's trick. We introduce here no new or radical ethic since our ethos has never given moral sanction to piracy. The market place must not deviate far from our mores. We should not require a person or corporation to take unreasonable precautions to prevent another from doing that which he ought not to do in the first place. Reasonable precautions against predatory eyes we may require, but an impenetrable fortress is an unreasonable requirement, and we are not disposed to burden industrial inventors with such a duty in order to protect the fruits of their efforts. "Improper" will always be a word of many nuances, determined by time, place, and circumstances. We therefore need not proclaim a catalogue of commercial improprieties. Clearly, however, one of its commandments does say ‘thou shall not appropriate a trade secret through deviousness under circumstances

in which countervailing defenses are not reasonably available” (Corte Suprema de Apelaciones del Quinto Circuito, Caso No. 28254, p. 431)

El inciso de la sentencia antes enunciada brinda elementos importantes a ser considerados. Para comenzar, nos habla que en el tiempo en el cual se encontraba construyendo la planta para producir metanol, la misma que se consideraba como un secreto empresarial, estaba expuesta para ser vista solamente en el aire, pero al ser una construcción tan grande, difícilmente podría construir un techo como medida para salvaguardar su secreto empresarial. Por esto, entendemos que hay medidas que fácilmente pueden ser adoptadas para proteger un secreto, pero hay otras que son imposibles de realizar y más aun para evitar que se viole el secreto empresarial de una compañía, siendo esto lo que no debía ocurrir en ningún momento en el evento de encontrarse en un mercado leal. En tal sentido, y poniendo como ejemplo este caso tan drástico, podemos determinar que no se puede tomar defensas irracionales para evitar que no se descubra un secreto empresarial pero si son medidas suficientes y consideradas racionales pues entonces lo que se encuentra protegido por estas medidas sí tiene la facultad de ser considerado como un secreto a la luz de lo que enmarca la LORCPM.

Con lo que se ha venido analizando respecto de la normativa vigente, podemos darnos cuenta que el legislador ha buscado dar elementos precisos al secreto empresarial para considerarlo como tal. Además, se ha buscado enmarcar a este objeto en una Ley que trata sobre materia de competencia y de libertad de mercado, pese a que anteriormente era tratada de otra manera tal como lo veremos posteriormente.

Por otro lado, es necesario detallar ya no una definición y elementos del secreto empresarial sino que también es fundamental conocer qué implica el mismo. Principalmente, el secreto empresarial está compuesto por lo que se conoce por el *know-how* (saber-hacer). El *know-how* constituye el conocimiento de algo, ya sea un procedimiento, un trámite, un método, etc. que solo una compañía o persona lo conoce de tal manera que se matiza del conocimiento

de cualquier otra. Estos conocimientos se incorporan en un elemento corporal dándole un valor que va creciendo en razón de estos saberes y a la final resultan ser tan importantes que son celados a fin de constituirse en secretos empresariales. El know-how tiene como esencia una comprensión técnico-industrial de un objeto a tal punto que deben reunir el carácter de secretos por el valor competitivo que encierra el concepto mismo de saber-hacer o saber cómo, dándole un valor adicional y beneficio a la compañía.

“Como es natural, cada industria o fábrica, quiere ser la mejor en su rama; para ello realiza grandes inversiones y cualquier esfuerzo puede llegar a ser pequeño con relación a los beneficios que obtenga un momento dado.” (Márquez, 1985, p. 62)

Lo antes mencionado, evidentemente demuestra que siempre se ha buscado proteger el secreto empresarial de una compañía ya que se entiende que este es un complemento de mayor trascendencia para la situación de la compañía en un mercado y sobre todo para el mercado y la economía en sí.

Pues bien, en muchos casos las empresas competidoras en un mismo mercado tratan de descubrir los secretos empresariales de otras compañías a fin de descubrir por qué los consumidores prefieren ese producto respecto del que ofrece su compañía y de esta manera añadir algo adicional a su producto para que este sea preferido por el público consumidor, pero al hacerlo deben recordar que debe mantenerse una competencia y mantenerse dentro del marco de ser participativos lealmente en una actividad, utilizando medios admitidos y honrados. No obstante, no todas las formas de descubrir secretos empresariales de otras empresas son lícitas o permitidas por la legislación pertinente, pero en efecto existen formas que simplemente no pueden ser evitadas por nadie.

“Es así, que este acto puede ser realizado revestido de diferentes formas; puede consistir en la copia o fotocopia de un documento, el hurto de los mismos, o el apoderamiento de

escritos que le hayan sido confiados a la persona por su cargo, etc.” (Márquez, 1985, p. 79)

Como queda remarcado, existen actos que son considerados una violación del secreto empresarial de una empresa primordialmente por la forma en la que fueron obtenidos. No obstante, existen casos, tal como lo veremos posteriormente, en que la manera por la cual se revela un secreto empresarial no es objeto de una violación sino del ingenio aplicado legalmente en el que lamentablemente ha salido a la luz algo que una compañía venía ocultando en ventaja suya.

Para entrar al tema que nos ocupa y al conocer la disyuntiva primordial de la presente investigación, es necesario preguntarse si ¿Puede una norma hacer que una empresa revele tanta información, la misma que está amparada en una norma constitucional, a fin de llegar a causar que el secreto empresarial de esta sea descubierto con mayor facilidad? ¿Se encuentra el Estado tratando de proteger al consumidor de manera correcta? Lo anterior considerando que ¿El hacer que se despliegue tanta información hace que las compañías quiten su deseo de mantenerse en el mercado de tal manera que se estaría violentando con otra norma constitucional que provoca que el mercado, elemento que el Estado ha tratado de proteger, deje de circular de manera libre? En esencia principal eso es justamente lo que viene ocurriendo en el Ecuador, motivo por el cual el presente análisis demostrará que el mismo Estado está incursionando en actos anticompetitivos que logran que no exista una libertad de mercado y que por ende su idea de economía de mercado en donde se trata de proteger no al consumidor ni al productor sino al mercado ha quedado evidentemente destruida.

1.2 Protección del secreto empresarial en leyes de otras materias

Ahora bien, es importante señalar los casos que prevé la Ley en cuanto a la protección del secreto empresarial de una compañía, toda vez que hay

secretos empresariales de una compañía que no pueden ser fácilmente ocultos o que son ilegítimamente obtenidos por terceros no autorizados.

En un principio, nos referiremos al caso del secreto empresarial de una compañía respecto de sus trabajadores. Este escenario es un caso específico debido a que los mismos trabajadores deben conocer ciertos secretos empresariales para formar el producto o servicio que comercializa la compañía. Se puede entender que este sería un riesgo para el empleador, toda vez que estaría revelando información sensible que es el factor preponderante para su posición en el mercado; no obstante, la Ley ha optado por dar la protección necesaria en estos casos a favor del empleador. A saber, el artículo 45, literal h) del Código del Trabajo manda lo siguiente:

“Son obligaciones del trabajador:

h) Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta; [...].” (Código del Trabajo, Art. 45, literal h)

Como se puede apreciar de lo anterior, el Código de Trabajo establece como una obligación directa del trabajador el cubrir los secretos del establecimiento en donde presta sus servicios lícitos y personales en razón de que esto es lo que permite que la empresa siga llevando con cabalidad su objeto social y dando empleo a la gente. Lógicamente, en el evento de que estos secretos sean revelados por el trabajador, habría un conflicto mayor y un motivo justificado para terminar la relación laboral; no obstante, la afectación para la compañía sería mucho mayor ya que su secreto ha sido revelado quitándole el componente que destaca el producto que ofrece y por ende causándole un grave perjuicio económico. En este sentido, y dado a que la revelación de un secreto empresarial afecta a la libre competencia, se han promulgado leyes mucho más específicas en el tema a fin de proteger no solo al operador económico sino también al mercado y a la economía del Estado.

Por otro lado, en razón de que la norma que proteja la información considerada confidencial en una compañía ha sido cambiada en cuanto a perspectiva, se ha

buscado otras maneras de dar esta protección de manera expresa. En afán de lo anterior, para que la información sea confidencial en conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes de acuerdo a su anterior definición y asumiendo que un conocimiento reservado de ideas, productos o procedimientos industriales ahora puede estar materializado en instrumentos digitales como un correo electrónico, la información plasmada en él debe gozar de protección legal. De esta manera, el artículo 5 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos nos da una nueva definición de cuál es la información protegida de la cual goza un operador económico al mandar:

“Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley y demás normas que rigen la materia.”(Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Art. 5)

En razón de lo anterior, si bien el secreto empresarial ya no es protegido expresamente por una sección de una Ley específica vinculado a información no divulgada sino a temas de competencia leal, sus diferentes variaciones son protegidas de acuerdo a la ley de cada materia. En el ejemplo anterior, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos en esencia protege un secreto empresarial contenido en un mensaje de datos sin tener que hacerlo expresamente, pero lo hace en razón de la importancia de mantener esta información en suma cautela por parte de cualquier persona que quiera levantar el carácter de confidencialidad que caracteriza un secreto empresarial.

1.3 Anterior y nueva regulación para resguardo del secreto empresarial y su relación actual con el Derecho de la Competencia en el Ecuador

Por la forma en la que un secreto empresarial nace, es decir cómo se crea un proceso o un determinado bien, este puede ser interpretado como una creación del ingenio humano que puede estar inmersa dentro de lo que abarca la propiedad intelectual. Volviendo al tema de los secretos empresariales con los trabajadores de una compañía, cuando un secreto empresarial nace, principalmente por parte de un empleado de la empresa que se encuentra trabajando en relación de dependencia, es importante considerar hasta qué punto se encuentra involucrado el derecho de autor y sobretodo la libertad de divulgar la información creada o descubierta por este trabajador.

A saber:

“[...] la adquisición de los derechos de propiedad intelectual por parte del empleador sería a título originario, ya que en estos casos el objeto del contrato es constituido por el propio resultado del trabajo del empleado y por tal razón surge como cosa de éste para el cual ha sido creado, sin necesidad de cesión o traslación material, aunque solo dentro de los límites establecidos en el contrato de empleo.” (Pérez de Ontiveros, 2010, p. 267)

Como bien ha quedado enunciado, cuando un trabajador en relación de dependencia crea un nuevo procedimiento o invención, la misma que es dada el carácter de secreto empresarial, este no puede decidir sobre su titularidad patrimonial ni por su divulgación ya que esto le corresponde directamente al empleador por la relación trabajador-empleador existente, porque esto nació por el trabajo que se encontraba realizando y para el que fue contratado y finalmente porque así puede llegar a estar establecido en el contrato individual de trabajo o en algún instrumento parecido que hayan suscrito mutuamente.

En vista de las consideraciones previamente realizadas y antes de la promulgación de la LORCPM, la Ley de Propiedad Intelectual protegía al

secreto empresarial dándole el nombre de información no divulgada en su artículo 183, el cual mandaba:

“Se protege la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales, industriales o cualquier otro tipo de información confidencial contra su adquisición, utilización o divulgación no autorizada del titular, en la medida que:

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;

b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

La información no divulgada puede referirse, en especial, a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

También son susceptibles de protección como información no divulgada el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general; y, el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual, que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita mantener u obtener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.

Se considera titular para los efectos de este capítulo, a la persona natural o jurídica que tenga el control legítimo de la información no divulgada. (LPI, Art. 183)

El artículo antes mencionado fue derogado por la Disposición Reformativa Décimo Segunda de la LORCPM, lo que nos enseña que el legislador consideraba que el secreto empresarial no debía estar enmarcado en una Ley referente a la Propiedad Intelectual y que por ende el mismo debía ser incluido textualmente en una Ley respecto del tema que acoge. Como consecuencia de lo anterior, es claro que en nuestro país ya existía una protección al secreto empresarial de los productores a fin de amparar su información de cualquier persona que de manera mal intencionada opte por tomar cualquiera de sus destrezas y utilizarlas en beneficio ilícito propio. No obstante, con la expedición de la LORCPM, esta protección fue trasladada no por el hecho de ser considerada algo sumamente beneficioso para los productores, sino por el hecho de que el Estado ha tomado la política de proteger no al productor ni tampoco al consumidor sino directamente al mercado y al equilibrio económico. En vista de que el legislador ha cambiado la perspectiva referente al secreto empresarial tras derogar una parte expresa de una ley que protegía esta figura y ubicarla en otra de otra materia y que tiene otro objeto por cumplir, es importante establecer la importancia que tienen los secretos empresariales. Esta clase de información genera un derecho del cual goza su titular o propietario. Si una persona trata de obtener información que es considerada un secreto, estaría frente a la violación de un derecho real del cual su titular quiere proteger. Además si se le dificulta de cualquier manera a otra persona encontrar esta información, pues es claro que es porque su titular no quiere entregarla y por ende esto le da un valor adicional al secreto empresarial, pues de alguna manera esta información está dando una ventaja comercial a su titular.

Como bien se ha demostrado con lo dicho anteriormente, el secreto empresarial debe necesariamente estar protegido de forma adicional, más aún si esto es un derecho que no puede ser transgredido por otra persona. En razón de que la LORCPM derogó la disposición en donde se encontraba la información no divulgada y sus elementos para considerar a esta como confidencial, ha establecido una disposición expresa en su artículo 26 en donde

de manera clara prohíbe la obtención ilegítima de información, dando el carácter de una práctica anticompetitiva que puede llegar a ser sancionada.

A saber:

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

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.”(LORCPM, Art.26)

Finalmente la misma ley define entre uno de los actos o prácticas desleales a:

“En otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

7. Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

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;

b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Se considera desleal, en particular:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente [...]

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

1. el espionaje industrial o comercial; [...]” (LORCPM, Art. 27, #7)

Como demuestra lo antes citado, un secreto empresarial es de suma importancia para un operador económico toda vez que esta es información que le da una ventaja particular por sobre otros operadores dentro de un mismo mercado. Si esta información es de fácil acceso y no cuenta con el carácter de confidencial es porque así su titular no quiso hacerlo, pero si por otro lado la información está resguardada y no quiere ser revelada por parte de su titular entonces mal haría otro operador intentar conseguirla ya que claramente vemos que de acuerdo a la LORCPM esto sería considerado como un acto anti competitivo.

El titular del derecho sobre esa información goza de una ventaja comercial empresarial o industrial que es directamente atribuida por el carácter de secreto de la información. Como se mencionó en párrafos anteriores, el valor de la información recae en que aquella es secreta. Debido a esto, se otorga una ventaja competitiva al titular por sobre el resto de operadores económicos.

1.4 Ejes primordiales del secreto empresarial de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

Ahora bien, resulta interesante determinar la razón por la cual el legislador no solo ha decidido cambiar el lugar en donde se situaba la protección del secreto empresarial, sino que también el por qué lo ha puesto como un elemento que se debe considerar dentro de la práctica anticompetitiva de la competencia

desleal. El Derecho de competencia y puntualmente la LORCPM cubre cuatro campos principales con el fin de regular un mercado competitivo. Estos cuatro temas esenciales son: el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica y finalmente la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales. Como se mencionó anteriormente, la violación del secreto empresarial ha sido enmarcada dentro de lo que es la sanción de las prácticas desleales pues la violación del mismo constituiría una medida que esencialmente es desleal dentro de un mercado que debería ser equilibradamente competitivo, entonces sin duda hay una lógica al enmarcar esta conducta en donde se encuentra señalada.

Continuando con la decisión de enmarcar al secreto empresarial dentro de lo que abarca la competencia desleal, es fundamental entender lo que constituye la competencia en sí. Existen varios tipos de competencia comercial, pero nos centraremos principalmente en lo que es la competencia perfecta e imperfecta a fin de delimitar el tema que nos encontramos analizando. En este sentido, la competencia perfecta se da cuando hay factores tales como la existencia de varios operadores económicos sin poder de mercado y el establecimiento de un número considerable de vendedores y compradores, factores que concatenados entre sí crea una armonía competitiva en un mercado toda vez que ni consumidores ni operadores económicos puedan utilizar maniobras individuales que afecten al resto de competidores en un mismo mercado. Además debe haber una homogeneidad de productos en pos de lograr que estos sean indiferentes de los que ofrece otro competidor. Adicionalmente, debe existir una movilidad de los recursos económicos para garantizar barreras de ingreso al mercado y libertad para retirarse del mercado. Finalmente, es inmensamente importante que en este tipo de competencia, los operadores económicos tengan conocimiento pleno del mercado relevante en el que se sitúan, caso contrario podría cometer actos anticompetitivos sin darse cuenta. Con todos estos elementos juntos en un mismo mercado, la competencia del mismo se convierte sin lugar a dudas en una competencia perfecta. Por otro

lado, la competencia imperfecta se da cuando hay actuaciones tales como la determinación unilateral de precios, la supresión de libertad de los consumidores y la elección de políticas industriales de administración y ventas, al punto en el que el mercado comienza a sufrir de monopolios u oligopolios que perjudican al mercado en sí.

Si bien se han visto los dos extremos de lo que es la competencia comercial, podemos decir que es sumamente improbable que se viva en un mercado que se encuentre en un estado de competencia perfecta o imperfecta, siempre estará en un punto medio, salvo casos extremos. Hemos dicho que para que exista competencia perfecta debe haber principalmente factores relacionados entre sí de tal manera para que ni los consumidores ni los operadores económicos puedan utilizar maniobras individuales que afecten a los otros competidores del mercado. Si en el caso que nos ocupa, vemos que un operador económico decide violar el secreto empresarial de otro para beneficiarse por sí mismo, pues entonces hay un perjuicio al interés del operador económico cuyo secreto empresarial está siendo afectado y por ende no solo este sino otros competidores están afectados. Además, la competencia perfecta requiere de una homogeneidad de productos para que no haya un conflicto entre lo que ofrece el uno y el otro, pero si un operador económico viola un secreto empresarial, lo hace con el afán de conocer algo que pueda aportar para el producto que ofrece o llegaría a ofrecer.

En este sentido, entenderíamos que quien comete el acto anticompetitivo busca ofertar productos idénticos o similares y por ende necesita de los secretos empresariales de otros para saber cómo producir este bien, quitando esta diferenciación de productos requerida para una competencia perfecta. Haciendo este análisis en cuanto a las bases y principios de lo que implica una competencia perfecta y el hecho de que el secreto empresarial se encuentre focalizado en el campo de la competencia desleal, vamos entendiendo la razón por la cual el legislados han decidido ubicarlo en tal parte de la ley.

Posteriormente, veremos cómo la violación del secreto empresarial volcaría totalmente la economía que el Estado busca proteger y lo que resulta más

irónico, es que el mismo Estado está causando este perjuicio en la misma economía que ha buscado proteger.

1.5 Libre competencia

Hemos ya identificado lo que es la competencia comercial y además hemos visto cuando la misma puede ser perfecta o imperfecta; no obstante, no hemos establecido algo primordial para que en un principio haya competencia, esto es, la libertad de competir. Podemos decir que la libertad de competencia implica la soltura que tienen los operadores económicos de ejercer su actividad y ofrecer sus productos en la forma que ellos decidan, pero siempre respetando los parámetros de Ley. Por esto la libertad de competencia es la destreza y protección jurídica que otorga el Estado a los comerciantes para garantizar que estos utilicen medios lícitos de competencia propios para ejercer una actividad mercantil que implique competencia y dentro de este competir diario, se le pueda asegurar la defensa de sus derechos contra posibles prácticas desleales de otros competidores.

Como se ha dejado identificado, para que exista una libertad de competencia en donde los operadores económicos puedan competir de manera autónoma y sentirse amparados por la protección jurídica en el evento en que sus contrapartes comentan actos ilícitos, es necesario que exista una regulación que proteja más que al consumidor a la libertad en sí y con esto a la economía de un mercado.

“Pero para que la libertad sea posible, es preciso que se regule su ejercicio, lo que vale tanto como decir que hace falta determinar sus linderos. En este sentido, todo derecho de la competencia podría concebirse como un derecho de las limitaciones a la libertad de competir.

Es por eso, que podemos decir, que el derecho a la competencia es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que no se quebrante en el mercado el principio de competencia

comercial libre y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección” (Márquez, 1985, p. 58)

Consecuentemente con lo dicho previamente, es necesario que exista una regulación que determine ciertos límites a los operadores económicos a fin de que no malversen de la libre competencia al punto de causar competencia desleal dentro de un mercado determinado. Gracias al Derecho de la Competencia, estas reglas de juego han quedado expresamente sentadas y es de esta manera como la competencia pueda aún mantenerse independiente salvo casos excepcionales que son sancionados de acuerdo a la Ley.

Consiguientemente, es preciso que se verifique cómo la libre competencia tiene incidencia en lo que es el secreto empresarial. Pues esto es sumamente claro, si el Derecho de la Competencia da las reglas de juego para que haya una libertad competitiva y por ende se pueda mantener una especie de competencia perfecta entonces también se debe establecer esquemas a fin de reconocer lo que es el secreto empresarial y cuándo se está violando el mismo. En párrafos anteriores hemos ya analizado cuáles son los elementos para que información sea considerada un secreto empresarial y también hemos visto como este estaba regulado por leyes de otras materias y ahora está focalizado en una Ley relacionada con el derecho de la competencia. No obstante, ahora es necesario que nos comencemos a enfocar en el estudio que se va a realizar en este trabajo. En muchas ocasiones puede parecer que un operador económico está tratando de proteger información que es considerada de mucha importancia; no obstante, si la forma de resguardar este secreto es inadecuada pues entonces difícilmente podría ser sancionado un operador económico que poco o nada tuvo que hacer para tener acceso al secreto de una compañía.

Como hemos visto anteriormente, la Ley ha puesto los elementos que considera importantes para identificar un secreto empresarial, pero la doctrina ha establecido la necesidad de que existan otros presupuestos los cuales deben *“concurrir para que se active la consecuencia jurídica en el ámbito de la*

revelación de la información secreta” a fin de identificar un secreto empresarial. Estos presupuestos deben ser los siguientes:

- “1. La divulgación de esta información se la debe hacer sin haber obtenido una autorización expresa o tácita por parte del titular de la información.
2. La difusión de la información debe estar estrictamente relacionada con modelos comerciales o industriales. [...]
3. Cuando la persona tiene la obligación de guardar el secreto que lo ha conocido debido a sus labores diarias dentro de una empresa.
4. Al momento que haya espionaje comercial. Es decir, que una persona tenga el objetivo de apropiarse de determinada información para obtener beneficios propios [...].” (Barona, 1999, p. 130)

Si los presupuestos antes citados se configuran de tal manera que causa una afectación de competencia evidente, pues entonces estaremos en la necesidad de que la autoridad competente sancione a quien tomó la información. En caso de no ser así, habría que estar claros en que no toda información que es considerada secreta puede ser caracterizada como tal si lamentablemente su titular no ha permitido que ésta, en efecto, sea secreta.

1.6 Análisis de la posibilidad de afectación del secreto empresarial en base a la protección al consumidor.

Una vez que ya identificado nuevamente con exactitud lo que es el secreto empresarial, los cuerpos normativos que la abarcan y el tratamiento que busca dar la doctrina, es fundamental establecer la problemática que ha permitido llegar a la hipótesis principal del trabajo a ser realizado. El artículo 52 de la Constitución de la República en su tenor literal manda lo siguiente:

“**Art. 52-** Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una

información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”(Constitución de la República del Ecuador, Art. 52)

Es sumamente curioso lo que se encuentra citado anteriormente, más que nada por todo lo que se analizó en líneas anteriores. Por motivos lógicos y legales, los consumidores de un determinado bien o servicio, tienen derecho pleno a recibir bienes o servicios de óptima calidad que cuenten con información precisa de su contenido y características, todo con el fin de mantener una competencia perfecta y evitar un abuso de los operadores económicos. Sin embargo, ¿Es preciso que este requerimiento de dar información veraz y precisa puede ir en contra de los principios del secreto empresarial y de la información confidencial de un operador económico? En este caso, el derecho de los productores de resguardar el secreto que hace que su producto o servicio sea escogido de primera mano por los consumidores, no debería ser revelado ante nadie ya que esto haría que cualquier persona pueda comenzar a producir este bien o servicio y por ende el operador económico que ha investigado y concluido con información que lo hace competitivo respecto de cualquier otro, se queda sin nada para poder caracterizarse y por ende quedarse sin negocio.

De la misma manera, los trabajadores que contribuyan a la producción de este bien o servicio y que tienen la obligación de no difundir la información que ellos conocen sobre la producción de este, se encuentran mermados por una garantía constitucional que protege evidentemente a los consumidores sin perjuicio de que la información que puede ser veraz para el consumidor sea información protegida.

Todo lo que hemos visto anteriormente se concluye en una controversia que debería ser resuelta. Por un lado tenemos al titular de una información que desea se mantenga secreta pues se trata del producto o servicio que está ofertando y por otro lado, está la garantía constitucional de un ciudadano a obtener información precisa sobre el contenido del producto. En este caso, ¿Cómo se debería abordar la problemática y saber cómo ponderar para resolver este cuestionamiento?

De la mano de la norma constitucional, el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor ha establecido el Derecho de los usuarios a acceder a la información completa, veraz y oportuna de las características, precio y demás información relacionada con el producto o servicio ofrecido. No obstante, podemos permitir que estos derechos del consumidor sobrepasen al secreto empresarial en todos los casos y haciendo que un mercado caiga. Además, es sumamente importante considerar que la Constitución de la República del Ecuador busca una economía justa y equivalente que se debe lograr mediante un mercado equitativo y que esté compitiendo de manera poco regulada. Si se toma la garantía constitucional que se ha venido enunciando, no se puede mantener las políticas competitivas que busca el Estado toda vez que poco a poco los productores irían derrumbándose y por ende serán miles los que ofrecerán un mismo producto en un mismo mercado ya que contarán con la información necesaria para tenerlo.

El tema de la garantía antes invocada se puede decir que no debería alcanzar a los secretos empresariales, o al menos no a todos, esto dependerá de cómo este caracterizada esta información también a la luz de la legislación comunitaria. Evidentemente, si se procede conforme manda el precepto constitucional, nos veríamos abarcados plenamente en un tema de salud pública antes que de defensa del consumidor, pero una vez más se presenta la disyuntiva de proteger en exceso al consumidor e inclusive establecer sanciones y oportunidades indemnizatorias para este o permitir que el mercado sea de libre competencia.

Para lograr este fin, es importante analizar como el revelar información de manera detallada en virtud de que los secretos empresariales de una compañía

podrían verse revelados en contra de cualquier norma jurídica que los proteja, causando así un perjuicio a la libre competencia y sobre todo al equilibrio del mercado toda vez que con esta información otras compañías podrán realizar productos similares a los que caracterizan a una compañía como se verá más adelante.

2 Capítulo II: Derecho del consumidor y derecho al consumo, definición, tratamiento, reglamentación técnica y requerimientos para conformidad, su relación con el secreto empresarial

2.1 Protección constitucional de los derechos del consumidor

La Constitución de la República del Ecuador hace una división de derechos de acuerdo a como el Legislador Constituyente ha considerado que los mismos deben estar divididos y de acuerdo al tema que se relaciona. En el caso de los derechos del consumidor, el legislador ha ubicado a los mismos dentro del capítulo de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Esta división de derechos se la ha realizado con el afán de procurar una mejor organización de los derechos promulgados en la Constitución y las garantías que promueve el Estado, una técnica sumamente distinta en comparación a Constituciones de otros países de América Latina y que hasta cierto punto resulta innovadora pues promueve una aplicación más efectiva de los derechos constitucionales.

“La Constitución del Ecuador rompe con esta concepción, enfatiza el carácter integral de los derechos, al reconocerlos como interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11, numeral 6) y *los organiza en: derechos del Buen Vivir; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza y derechos de protección.*”
(Larrea, 2010, p.15)

Como se puede observar, la Constitución prevé una independencia de derechos, pero los mantiene dentro de una misma jerarquía a fin de mantener su integralidad. Partiendo de lo que se refieren los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos varios que están enmarcados dentro de esa prerrogativa, es fundamental señalar que uno de los elementos claves

en la concepción de los derechos de las personas es la integralidad. Sujetándose a lo antes citado, es preciso decir que la integralidad solo puede llegar a ser efectiva en la Constitución del Ecuador al no establecer jerarquías entre los derechos, para así superar la visión de establecer derechos en derechos de distintas generaciones.

Ahora bien, enfocándonos en lo que respecta a lo que nos corresponde, los autores que han analizado esta temática señalan que lo primordial en estos derechos es el hecho de que los mismos sean garantías que puedan ser aplicados de manera directa. A saber:

“Las innovaciones fundamentales en el campo de los derechos, desde la perspectiva en la nueva Constitución del Ecuador, parten del reconocimiento del Estado como "constitucional de derechos y justicia" (Art. 1), frente a la noción tradicional de Estado social de derecho. Este cambio implica el establecimiento de garantías constitucionales que permiten aplicar directa e inmediatamente los derechos, sin necesidad de que exista una legislación secundaria. La Constitución ecuatoriana amplía además las garantías, sin restringirlas a lo judicial. Existen tres tipos de garantías: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales” (Ávila, 2008, p. 3-4)

Esta aplicación de estos derechos resulta fundamental y un eje primordial para el Estado pues obedece a su política de Socialismo único que se orienta solo en los derechos de las personas y que ha sido definido en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017 de la siguiente manera:

“El Socialismo del Buen Vivir cuestiona el patrón de acumulación hegemónico, es decir, la forma neoliberal de producir, crecer y distribuir. Proponemos la transición hacia una sociedad en la que la vida sea el bien supremo. Implica una democracia profunda con participación popular permanente en la vida pública del país. Se identifica con la consecución del bien común y la felicidad individual,

alejados de la acumulación y el consumo excesivos.” (Plan Nacional del Buen Vivir, 2013, p. 20)

Una vez que se ha entendido la nueva tendencia y política que busca seguir el país, entraremos a ver la razón por la cual los derechos del consumidor se engloban como un derecho de esta característica. El artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, en donde están enunciados los consumidores y su protección, manda:

“Artículo 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”(CRE, Art. 52)

Al ver la protección constitucional del consumidor, entendemos que esta sea un derecho de las personas pues se establece la garantía que tienen las personas de recibir información precisa y no engañosa para evitar una afectación a su salud y de esta manera cuidar el bien supremo que es la vida, tal como lo señala el Plan Nacional del Buen Vivir. Así también, este mismo artículo señala como el propio Estado señalará los instrumentos que puede utilizar el consumidor para protegerse, determinando así su aplicabilidad directa.

Tras esta nueva perspectiva del Estado que revela estas garantías que promueve el mismo, es importante señalar que las mismas han sido incorporadas en la Constitución a fin de reivindicar y reforzar la necesidad de un enfoque amplio en la aplicación del modelo económico neoliberal. Dentro del tema que nos ocupa, esta nueva perspectiva estatal es de suma importancia en vista de que el sistema social que ha adoptado el Estado y que

utiliza como base para garantizar el derecho de las personas, promueve un modelo económico incluyente, lo que quiere decir que en el mercado se deben incluir procesos necesarios para dar mayor importancia a las personas antes que al mercado y de ahí el nuevo mercado que promueve nuestra Constitución. Esto es:

“No obstante, el Buen Vivir es una apuesta de cambio que se construye continuamente desde esas reivindicaciones por reforzar la necesidad de una visión más amplia, la cual supere los estrechos márgenes cuantitativos del economicismo, que permita la aplicación de un nuevo modelo económico cuyo fin no se concentre en los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva un modelo económico incluyente; es decir, que incorpore a los procesos de acumulación y re-distribución, a los actores que históricamente han sido excluidos de las lógicas del mercado capitalista, así como a aquellas formas de producción y reproducción que se fundamentan en principios diferentes a dicha lógica de mercado.” (Larrea, 2010, p. 27)

Puede parecer que en realidad este derecho es parte de los derechos del Buen Vivir que también proclama la Constitución; no obstante, el hecho de este neo-constitucionalismo tenga un enfoque tan grande en la vida de las personas y siendo el derecho del consumidor un derecho de las personas, finalmente estos son parte del idealismo del Buen Vivir y por ende la necesidad de darle un enfoque tan grande a esta prerrogativa. Respecto de lo anterior, es importante decir que el Buen Vivir se ha constituido a partir de las exigencias que buscan la igualdad y por sobre todo la justicia social productiva y distributiva para el reconocimiento de los modos de vida e información que las personas no solo pueden dar por sus costumbres y culturas sino las que se brinda a estas, por esto la necesidad de un cambio en el andamiaje económico y por sobre todo al tipo de mercado que se aplica para llegar al llamado *sumak kawsay* o Buen Vivir.

“En la Constitución del Ecuador se supera la visión reduccionista del desarrollo como crecimiento económico y se establece una nueva visión en la que el centro del desarrollo es el ser humano y el objetivo final es el alcanzar el *sumak kawsay* o Buen Vivir. Frente a la falsa dicotomía entre Estado y mercado, impulsada por el pensamiento neoliberal, la Constitución ecuatoriana formula una relación entre Estado, mercado, sociedad y naturaleza. El mercado deja de ser el motor que impulsa el desarrollo y comparte una serie de interacciones con el Estado, la sociedad y la naturaleza.” (Larrea, 2010, p. 38)

En tal sentido y viendo precisamente como el derecho a la protección del consumidor constituye un derecho de las personas, entendemos la razón por la cual el legislador Constituyente lo ha enmarcado de esta manera, a fin de que sea una garantía que pueda ser aplicada por las personas en afán de protegerse y atenerse a las nuevas políticas y tendencias que promueve el Estado hoy por hoy. Por otro lado, resultan fundamental señalar como el Buen Vivir es un elemento primordial para el nuevo enfoque de protección de las personas y de mercado, los cuales promueve el Estado. No obstante, como analizaremos posteriormente, tanto el derecho a la protección del consumidor, visto como la obligatoriedad de dar información real y precisa, puede llegar a causar una distorsión con otra garantía constitucional que enmarca la Constitución y que además es también un eje fundamental de la protección a las personas y del Buen Vivir.

2.2 Definición de derecho del consumidor y sus componentes

Entendida la protección del consumidor dentro del campo Constitucional, pasaremos a discutir como el derecho del consumidor en el Ecuador se ha ido desarrollando y de qué maneras. El progreso de esta temática ha sido de manera paulatina pero no tan avanzada, en razón de que anteriormente las leyes buscaban dar una protección más enfocada a la empresa como parte

fundamental del andamiaje de la economía de un país. No obstante, desde hace unos años la normativa se ha volcado a dar un mayor enfoque en el mercado en sí, con miras a la protección y defensa del consumidor. Para esto se han promulgado leyes como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad. La expedición de este tipo de leyes es fundamental, toda vez que la falta de regulación conllevaría a un abuso por parte de grandes compañías, tal como lo señala la doctrina:

“El libre juego de las fuerzas económicas, sin limitaciones legales y sin intervención alguna del Estado, pueden crear un abuso de poder de la grande corporaciones, crear monopolios y generar prácticas inconvenientes a la salud social, a la economía o a cierto sector de ésta y al interés de la colectividad.” (Lorenzetti, 2009, p. 82)

En razón de lo anterior, la necesidad de una regulación para defensa del consumidor es sumamente necesaria; sin embargo, la misma no debe sobrepasarse al punto de causar un perjuicio al mercado y economía de un Estado. Estas leyes han sido promulgadas, en lo principal, para regir la actividad económica de los particulares y del Estado o de organismos estatales que también realizan actividades económicas con los particulares. En un principio, estas leyes rigen relaciones de Derecho Privado; no obstante, las mismas son de orden público e irrenunciables.

Previo a comenzar el análisis correspondiente a la nueva protección que está dando el derecho del consumidor, es necesario examinar los componentes más importantes de esta materia. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al consumidor en su artículo 2 de la siguiente manera:

“Art. 2.- Definiciones.

Para efectos de la presente Ley, se entenderá por:

Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor,

dicha denominación incluirá al usuario.” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 2)

Evidentemente, la Ley ha hecho una descripción clara de lo que implica ser un consumidor y particularmente cuando una persona es considerada como tal. A efectos de la importancia de los consumidores para el comercio y la economía, la doctrina ha establecido que este a raíz de la presencia del consumidor se desarrolla una sociedad de consumo que afecta varios componentes de mercado. A saber:

“La *economía moderna* se caracteriza por la aparición de nuevos sistemas de producción masiva y a gran escala; el avance tecnológico para la fabricación y venta de productos y servicios; la existencia y aparición de productos estándar; *la publicidad y mercadotecnia en grandes cantidades; y, sobre todo, el gran poder económico de grandes empresas productoras y distribuidoras*. A esto debe sumarse la aparición de muchos consumidores individuales que se ven inmersos en un mundo de múltiples mercancías y servicios, que son empujados a la mercadotecnia y la publicidad para que adquieran esos bienes y servicios, muchas veces innecesarios.

El término de sociedad de consumo, con implicaciones económicas, sociológicas y filosóficas, describe la situación actual de la economía y la sociedad en algunos países.” (Lorenzetti, 2009, p. 83)

Sobre la sociedad de consumo, se ha dicho lo siguiente:

“La sociedad de consumo se caracteriza por: la mayoría de las familias amplía y sustituye constantemente su stock de bienes; [...] el índice de crecimiento de la economía, depende, en la actualidad, en gran parte del consumidor; la demanda del consumidor no es ya sólo en función del dinero, sino que se ve afectada, y a veces

determinada, por la disposición del consumidor hacia la compra.”
(Katona, año 1968, p. 51)

A raíz de esta nueva sociedad, se ha desarrollado el fenómeno del consumismo, el mismo que consiste en el consumo acelerado de bienes y servicios. Pero, a raíz de este problema de adquirir bienes y servicios en algunos casos innecesarios, ha nacido también el “*consumerismo*” como un movimiento y esfuerzo para contrarrestar los elementos perjudiciales derivados del consumismo, pero a veces estas medidas resultan factores que perjudican la economía.

En algunas ocasiones resulta más productivo que los temas de defensa del consumidor sean solucionados desde abajo, es decir, desde los propios beneficiarios y consumidores. No obstante, en ocasiones es mejor que se regulen los derechos y obligaciones de las partes involucradas en los temas de comercio, por ende la promulgación de normas para la defensa del consumidor deben ser abarcadas. La defensa del consumidor y su regulación ha sido definida de la siguiente manera: “Es un ordenamiento que tiene por objeto promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.” (Lorenzetti, 2009, p. 88,)

Como se ve el proteger los derechos del consumidor es lo más importante, pero el mantener un equilibrio entre consumidores y productores y mantener una seguridad jurídica son elementos de mayor importancia y por ende si se ha decidido permitir al Estado la regulación de estos temas, es necesario que lo haga de manera justa y equitativa.

Para ir conociendo cómo se ha estructurado el tema de la defensa del consumidor, es fundamental entender cómo se va desarrollando la cadena entre este y el productor para establecer una relación comercial y todo inicia con la oferta. El tema de la oferta es un factor primordial al momento en el cual una compañía está vendiendo sus bienes y servicios ya que estos no solo deben satisfacer al consumidor y ser elaborados en cualquier forma sino que deben cumplir ciertos estándares para que los mismos sean aptos para oferta

del consumidor. En un principio cuando se hace una oferta, se la hace pensando directamente en la forma en la que se hará, dando al consumidor la información suficiente mas no completa del producto o servicio no solo por estrategia de ventas sino también por lo que la Ley manda y principalmente para proteger al consumidor que es considerado como la parte que podría verse afectada pero que debe tener todas las herramientas a su favor para una protección que ha venido previendo la Ley.

Como se dijo, en algunas ocasiones los consumidores adquieren bienes y servicios que pueden no ser de entera necesidad; sin embargo, la necesidad de fluctuar la economía para mantener un mercado equitativo es imperativa y por ende se utilizan métodos publicitarios para ofertar los bienes de un productor. El tema de la oferta es algo circunstancial, toda vez que es el elemento crucial para seducir al consumidor sobre la adquisición de un bien y además comienza la relación comercial entre consumidor y productor. Sobre la oferta se ha dicho lo siguiente:

“La Oferta o Propuesta es la declaración de la voluntad encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo. No es un negocio jurídico, sino una declaración de voluntad unilateral, y ya sabemos que lo característico de nuestro sistema es que la propuesta de contrato no vincula por si misma al que la hace, sino precisamente cuando deja de ser propuesta para convertirse en consentimiento; es decir, cuando es aceptada.

Y así como el destinatario de la propuesta no tiene obligación de contestar ni para aceptarla ni para rechazarla, así también el autor de la propuesta puede recovarla antes de ser aceptada. De esta suerte la voluntad de contratar, para ser vinculante, debe persistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona.” (Garrigues, 1987, p. 16)

Dicho lo anterior, comprendemos que la oferta es uno de los elementos más importantes al momento de la comercialización de un producto, pues desde ahí

se conocerá si el contrato se perfeccionaría o si esta declaración de voluntad unilateral quedaría rechazada. La oferta no debe ser declarada expresamente ni en persona, por eso las compañías han decidido utilizar métodos publicitarios para proponer sus productos a los consumidores y es ahí en donde el tema que nos ocupa se ve inmerso.

2.3 Calidad de productos o servicios ofrecidos al consumidor

Como lo dijimos previamente, el hecho de ofertar productos o servicios al consumidor no solo debe hacerse de una manera atractiva, comercial y de enganche para que el consumidor se vea atraído al producto o servicio ofrecido sino que también debe hacerse respetando los parámetros que ha fijado la ley en defensa del consumidor.

Las normas relativas a la defensa del consumidor han sido promulgadas en afán de proteger a este por ser considerado como la parte débil dentro de una relación comercial. En vista de dicha consideración, estas normas fueron expedidas obedeciendo a un carácter de orden público para que se proteja a una de las partes y de esta manera restableciendo un equilibrio contractual. Lógicamente, por ser normas de orden público que buscan un balance entre partes, las mismas deben tener características especiales y esenciales, que han sido formadas por la doctrina y las cuales son las siguientes:

1. “Se constata que hay una falla estructural en el mercado, y se ayuda a corregirla” (Reich, 1985, p. 81).
2. “Se debe tomar en cuenta no a un contratante, sino a una clase de ellos; en general a los consumidores” (Ibídem).
3. “Se pretende asegurar una igualdad de oportunidades para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económico-sociales” (Ibídem).
4. “La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria; tiende a durar aunque no sea inmutable.” (Ibídem).
5. “Interesan cuando hay situaciones de poder” (Santos Briz, 1992, p. 113).

6. “No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad.” (Ripert, 1950, p. 221)
7. “Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento.” (Reich, 1985, p. 81)

En vista de lo anterior y atendiendo a estas importantes características, tanto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como otras leyes relacionadas, han optado por fijar estándares que deben seguir las empresas para que puedan ofertar sus productos, toda vez que el consumidor no puede verse afectado sino tiene que estar siempre protegido. Lógicamente, esta protección que se da del consumidor no ha sido reciente, más bien siempre ha estado presente pero ahora se le da un mayor énfasis. No obstante, esta importancia no viene directamente del reclamo que puede hacer el consumidor, porque eso acarrearía el inicio de un posible proceso administrativo que demoraría mayor tiempo; por el contrario la Ley busca desde este momento velar por la mejor calidad de un producto o servicio para que el momento que este llegue a ser ofertado al consumidor, el mismo será excelente y por lo tanto no sería necesario un reclamo que a final de cuentas afecte al mercado. Tanto es así que los controles de calidad ahora no son solo previos a la comercialización sino que también son posteriores a fin de cumplir la Ley al pie de la letra y así soslayar problemas de mercado y sobretodo económicos.

En vista de que se ha topado el tema de la calidad de los productos previo a su comercialización y los mecanismos adoptados para contar con esta óptima calidad, pasaremos a analizar lo que manda la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad respecto del tema. El artículo 1 del mencionado cuerpo legal manda lo siguiente:

“**Art. 1.-** Esta Ley tiene como objetivo establecer el marco jurídico del sistema ecuatoriano de la calidad, destinado a: [...] ii) garantizar el cumplimiento de los derechos ciudadanos relacionados con la seguridad, *la protección de la vida y la salud humana*, animal y vegetal, la preservación del medio ambiente, *la protección del*

consumidor contra prácticas engañosas y la corrección y sanción de estas prácticas; y, iii) Promover e incentivar la cultura de la calidad y el mejoramiento de la competitividad en la sociedad ecuatoriana.”
(Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art.1)

Como se puede observar de lo antes citado, la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad ha sido expedida con el fin de salvaguardar al consumidor respecto de su salud y además de que este sea sometido a prácticas engañosas que distorsionen la calidad y composición de un producto. Adicionalmente, este sistema procura el mejoramiento de la competitividad dentro de la sociedad ecuatoriana, lo cual revela la estrecha relación entre la calidad de un producto, el derecho de defensa del consumidor y el derecho de la competencia.

Para continuar con la determinación de lo que ampara la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, es importante orientar unos de los objetivos de este cuerpo legal, el mismo que está enunciado en la letra f) del artículo 4 que reza:

“Art. 4.- Son objetivos de la presente Ley:

f) Garantizar seguridad, confianza y equidad en las relaciones de mercado en la comercialización de bienes y servicios, nacionales o importados; y, [...]” (Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art. 4)

Lo anterior resulta sumamente importante en razón de que nuevamente se está haciendo relación entre la necesidad de mantener una buena calidad de productos y servicios para que haya una seguridad en las relaciones de mercado. Ahora bien, al momento puede resultar un poco confusa la acotación que se está realizando respecto del sistema de la calidad con el tema que nos ocupa, que es la debida protección del secreto empresarial; no obstante, demostraremos como esta relación es sumamente trascendental al momento en el cual los productores comienzan a ofertar un bien que tuvo que pasar por un proceso de control previo a su comercialización.

2.4 Reglamentación técnica y nuevos requerimientos para conformidad

A fin de abarcar la disyuntiva que nos ocupa, pasamos a ver cómo comienza la inmersión de la calidad en el tema del secreto empresarial a fin de entender como esto puede resultar problemático. Como se indicó previamente, la verificación de la calidad de un producto o servicio ha estado en vigencia durante largo tiempo, simplemente antes se le daba otro enfoque final, toda vez que antes se verificaba la calidad para proteger al productor y no para proteger al mercado. Para regular la calidad se ha ido emitiendo los reglamentos y normativas técnicas INEN las cuales son específicas para cada producto y las mismas señalan los requisitos necesarios para que un producto pueda ser comercializado. A saber, el artículo 29 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad manda lo siguiente respecto de la reglamentación técnica:

“Art. 29.- La reglamentación técnica comprende la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos necesarios para precautelar los objetivos relacionados con la seguridad, la salud de la vida humana, animal y vegetal, la preservación del medio ambiente y la protección del consumidor contra prácticas engañosas.” (Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art. 29)

Así mismo, el artículo 30 del mismo cuerpo legal manda:

“Art. 30.- La elaboración y adopción de reglamentos técnicos es aplicable respecto de bienes y servicios, así como de los procesos relacionados con la fabricación de productos, nacionales o importados, incluyendo las medidas sanitarias, fitosanitarias e ictiosanitarias que les sean aplicables. Los reglamentos técnicos se regirán por los principios de trato nacional, no discriminación,

equivalencia y transparencia, establecidos en los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en el país.

Los reglamentos técnicos para lograr el cumplimiento de los objetivos legítimos nacionales, serán definidos exclusivamente en función de las propiedades de uso, empleo y desempeño de los productos y servicios a que hacen referencia y no respecto de sus características descriptivas o de diseño.

Los reglamentos técnicos estarán de acuerdo con los intereses de la economía nacional, el nivel existente de desarrollo de la ciencia y tecnología así como las particularidades climáticas y geográficas del país.” (Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art. 30)

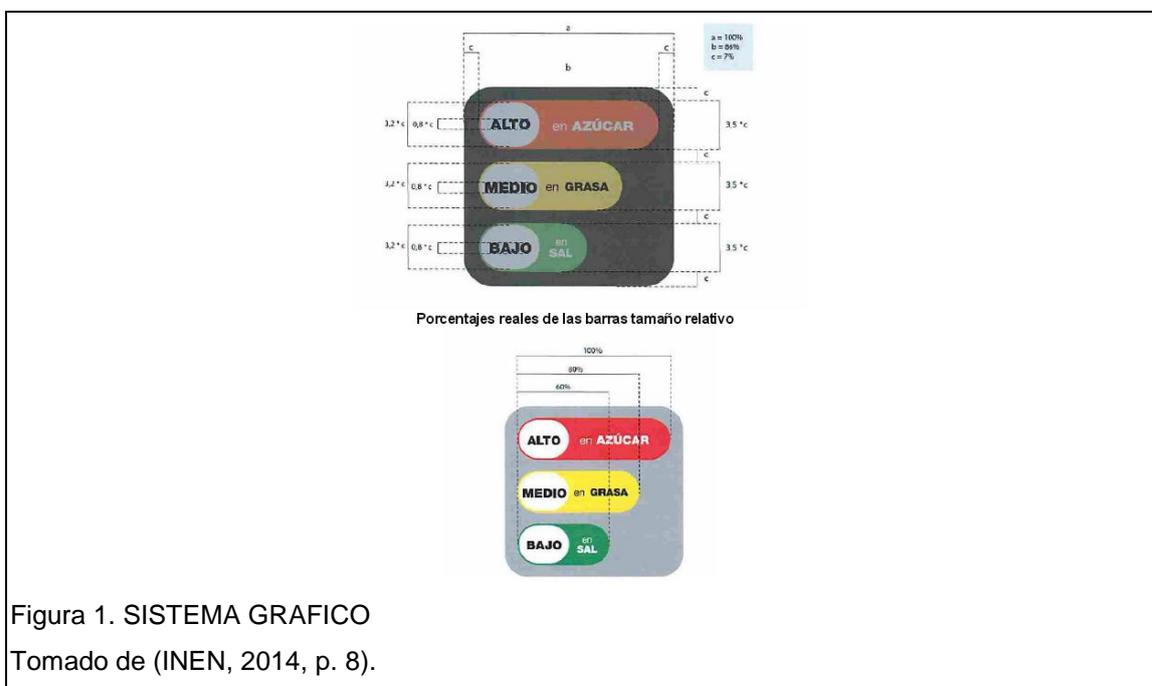
Tal como demuestran los artículos antes citados, la ley prevé la emisión de reglamentos técnicos determinados específicamente para ciertos productos y servicios a fin de salvaguardar, en lo principal, la salud de los consumidores. Estos reglamentos son definidos directamente en función de los distintos tipos de uso, empleo y desempeño de los productos y servicios que hace referencia la misma normativa técnica, con lo cual se debe atender a cierta normativa dependiendo del tipo de producto o servicio. Para ejemplificar la aplicación de las normativas técnicas para demostrar la conformidad y calidad de un determinado producto, a continuación observaremos los requisitos correspondientes para rotulado de productos alimenticios procesados y otros similares. El Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 022 (2R) sobre “Rotulado de productos alimenticios procesados, envasados y empaquetado” en el punto 5 referente a “Requisitos”, entre todos los existentes dispone lo siguiente:

“5.5.4 En la etiqueta se debe colocar un sistema gráfico con barras horizontales de colores rojo, amarillo y verde, según la concentración de los componentes.

a) La barra de color rojo está asignada para los componentes de alto contenido y tendrá la frase “ALTO EN ...”

b) La barra de color amarillo está asignada para los componentes de medio contenido y tendrá la frase: “MEDIO EN ...”

c) La barra de color verde está asignada para los componentes de bajo contenido y tendrá la frase: “BAJO EN ...”



Por otro lado, la disposición transitoria SEGUNDA de la norma antes referida manda lo siguiente:

TRANSITORIA SEGUNDA: Los requisitos establecidos en el numeral 5.5 de este Reglamento Técnico, serán de obligatorio cumplimiento a partir del 29 de agosto del 2014 para las medianas y grandes empresas que fabrican, importan o comercializan productos alimenticios procesados. A través de etiquetas adhesivas permanentes adicionales, sellos indelebles o impresos, mismos que pueden ser colocados en origen o en destino. (Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 022 (2R))

Como se puede ver, las normativas técnicas contienen requerimientos sumamente específicos y detallados, los mismos que en ocasiones son de

difícil cumplimiento. No obstante, el cumplimiento de estos requisitos garantiza un producto de óptima calidad que asegura la salud del consumidor y vela por el cumplimiento de los principios de las Leyes que se aplican a la materia.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo 14, hace mención a otros requisitos de etiquetado para productos de consumo humano los cuales son:

“Art. 14.- Rotulado Mínimo de Alimentos.- Sin perjuicio de lo que dispongan las normas técnicas al respecto, los proveedores de productos alimenticios de consumo humano deberán exhibir en el rotulado de los productos, obligatoriamente, la siguiente información:

- a) Nombre del producto;
- b) Marca comercial;
- c) Identificación del lote;
- d) Razón social de la empresa;
- e) Contenido neto;
- f) Número de registro sanitario;
- g) Valor nutricional;
- h) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo;
- i) Lista de ingredientes, con sus respectivas especificaciones;
- j) Precio de venta al público;
- k) País de origen; y,
- l) Indicación si se trata de alimento artificial, irradiado o genéticamente modificado.” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 14)

Finalmente, además de los requisitos que señalan las normativas técnicas INEN y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad requiere, de acuerdo a lo que manda el artículo 31 de este cuerpo legal, la emisión de un certificado de conformidad para productos nacionales e importados a fin de que se certifique que estos cumplen con la normativa técnica correspondiente, a saber:

“Art. 31.- Previamente a la comercialización de productos nacionales e importados sujetos a reglamentación técnica, deberá demostrarse su cumplimiento a través del certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado en el país, o por aquellos que se hayan emitido en relación a los acuerdos vigentes de reconocimiento mutuo con el país.” (Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art. 31)

Bajo el mismo criterio, el artículo 05 de la Resolución 001-2013-CIMC, publicada en el Registro Oficial No. 4 de 30 de mayo de 2013, modificada por la Resolución No. 005-2013-CIMC, publicada en el Registro Oficial No. 167 del 22 de enero de 2014 manda: “Las diferentes certificaciones exigidas en esta Resolución deben ser emitidas en origen por un organismo de certificación de producto, cuya acreditación sea emitida o reconocida por el OAE.” (Resolución No. 005-2013-CIMC, Art. 5)

Como se ha visto, existe normativa no solo técnica sino también de conformidad que obliga a las compañías a cumplir con estándares sumamente altos a fin de que se evite un riesgo para el consumidor en cuanto a la comercialización de productos. Si bien parecería que estos estándares son útiles a la hora de salvaguardar la salud del consumidor, los mismos ya tornan sumamente exagerados y además traban de sobremanera el comercio y con eso causan una gran afectación al mercado como se analizará posteriormente. En fin, pese a que las normas técnica y de conformidad causan un gran apoyo para salvaguardar al consumidor, las mismas están siendo utilizadas de manera exagerada al punto que están afectando al mercado, a la competencia y a la economía del país. Es lógico que el consumidor deba estar sumamente protegido de cualquier posible riesgo; sin embargo, es necesario que haya límites y no un exceso en cuanto al amparo cuando el tema podría ser más sencillo y promover una economía mucho más sólida y de mayor soltura que no necesite de mayor control.

2.5 La relación del derecho del consumidor y el secreto empresarial

Para finalmente entrar al tema que nos ocupa, nuevamente haremos mención a la norma constitucional dentro del tema que nos ocupa y nos referiremos al primer inciso del artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador el mismo que manda:

“Artículo 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.” (CRE, Art. 52)

El artículo antes citado, es fundamental al momento de analizar el tema del secreto empresarial, toda vez que esta es la norma que ampara la expedición de todas las normativas en defensa del consumidor. Es elemental que exista una norma constitucional que sea base para la expedición de leyes orgánicas, ordinarias, acuerdos, reglamentos y normativas; no obstante, esta norma ha causado que se dé una sobrerregulación en temas que fácilmente pueden ser amparados con normativa más sencilla. Los efectos de esta sobrerregulación han sido la disconformidad de varias empresas a seguir ofertando sus productos o de seguir importándolos, en función de que hoy en día se requiere de la entrega de mayor información al Estado para la previa comercialización de un producto.

Como dijimos previamente, es razonable que exista una necesidad de que se exijan requisitos mínimos para la comercialización de un producto, pero a esto hay que agregar exigencias adicionales que salen de leyes concordantes, de acuerdos que prevén proteger otros temas relacionados al consumidor pero que ya estaban cubiertos y finalmente para demostrar un tema subjetivo sobre la “conformidad”, todo con la excusa proveniente de una garantía constitucional que ha sido excesivamente utilizada e interpretada por las distintas carteras de Estado.

Para ejemplificar lo antes mencionado, se discutirá sobre la Resolución 116 del COMEX la cual fue expedida el 19 de noviembre de 2013 y que en lo principal manda lo siguiente:

“Artículo 1.- Reformar el Anexo 1 de la Resolución 450 del COMEXI, que contiene la Nómina de productos sujetos a controles previos a la Importación, incluyendo la presentación del “Certificado de Reconocimiento”, conforme el Anexo 1 de la presente Resolución.” (Comité de Comercio Exterior, Resolución 116, Art. 1)

Además, el siguiente artículo de dicha Resolución manda:

“Artículo 2.- El certificado de reconocimiento será exigible como documento de soporte a la Declaración Aduanera para todas las mercancías embarcadas a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución y del correspondiente Reglamento Técnico Ecuatoriano (RTE-INEN) y de sus posteriores reformas o modificaciones.” (Comité de Comercio Exterior, Resolución 116, Art. 1)

Si bien la norma antes mencionada tiene lógica, toda vez que es necesario que se certifique la calidad del producto conforme lo exige la Ley del Sistema Nacional de la Calidad y fundamentándose en el artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma revela como este es un documento adicional al Reglamento Técnico Ecuatoriano que ya señala los requisitos mínimos para comercializar un producto. Sin perjuicio de lo anterior, el otro desmán de esta Resolución se basa en su reforma para requerir el certificado referido a los productos establecidos en un Anexo específico, en virtud de que esta reforma obliga a que más de 290 productos importados obtengan este certificado. Esto quiere decir que al menos la misma cantidad de compañías que tratan de traer su producto al mercado y de esta manera fluctuar el mercado y mejorar la economía al ingresar productos que son atractivos al consumidor.

Tal es la irrazonable afectación que hace la Resolución antes mencionada al comercio exterior que la Secretaría de la Comunidad Andina, órgano de integración de países del cual el Ecuador forma parte, ha expedido la Resolución No. 1695 en la cual resuelve lo siguiente:

“Artículo 1.- Calificar como restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, la medida establecida por la República de Ecuador para la importación de las mercancías comprendidas en la Resolución 116 del 2013 (modificada a través de la Resolución 003-2014), así como en las Resoluciones 002-2014, y 006-2014 del COMEX.” (Comunidad Andina, Resolución No. 1695, Art. 1)

Así como lo hemos venido indicando, esta sobrerregulación que está haciendo el país ha provocado disconformidad con otros países, toda vez que en efecto se está causando una evidente restricción al comercio lo cual causa grandes afectaciones tal como lo hemos venido sosteniendo.

Pues bien, hasta este momento no está claro como esta defensa del consumidor está provocando una afectación al secreto empresarial lo cual deriva en la necesidad de una protección debida de este elemento del derecho de la competencia; sin embargo, en este punto se comenzará con dicho análisis. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor manda de manera expresa la prohibición de emitir publicidad engañosa. Ahora bien, ¿Qué podemos entender como publicidad engañosa? La Ley antes mencionada, define a la publicidad engañosa de la siguiente manera:

“Publicidad Engañosa.- Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, *cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios* ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e *incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a*

engaño, error o confusión al consumidor.” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 2)

Como bien señala la Ley, la publicidad engañosa es un tema que debe ser exhaustivamente evitado para procurar la defensa del consumidor de cualquier dato o contenido que pueda afectarlo. Sin duda, esta disposición tiene estrecha relación con el artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que ya hemos mencionado y que también vela la protección del consumidor por medio de la obligatoriedad de proporcionar toda la información necesaria en protección de la salud del consumidor. No obstante, ¿Qué pasaría si se utiliza esta disposición y una garantía constitucional para violar el secreto empresarial de una compañía de manera tácita? En este punto es necesario referirnos al ejemplo que se planteó anteriormente sobre la necesidad de una “semaforización” al momento del etiquetado de productos de consumo humano, requerimiento que vino en un principio de un Acuerdo Ministerial del Ministerio de Salud Pública del Ecuador (Acuerdo No. 4522 publicado en el Registro Oficial No. 134 del 29 de noviembre de 2013) y que posteriormente fue agregado a la segunda revisión del Reglamento Técnico Ecuatoriano INEN 022 sobre “Rotulado de productos alimenticios procesados, envasados y empaquetado”. Esta semaforización puede ser sumamente útil para el consumidor y que se considera necesario para la protección de su salud; sin embargo, esto no es calculado internamente por el productor del bien sino con parámetros fijados por la misma norma, los cuales son subjetivos y no dan una explicación de por qué son calculados como “Altos”, “Medios” o “Bajos”. Para mejor referencia a continuación los parámetros señalados por la normativa:

Tabla 1 CONTENIDO DE COMPONENTE Y CONCENTRACIONES PERMITIDAS

Nivel Componentes	CONCENTRACION “BAJA”	CONCENTRACION “MEDIA”	CONCENTRACION “ALTA”
Grasas Totales	Menor o igual a 3 gramos en 100 gramos	Mayor a 3 y menor a 20 gramos en 100 gramos	Igual o mayor a 20 gramos en 100 gramos
	Menor o igual a 1,5 gramos en 100 mililitros	Mayor a 1,5 y menor a 10 gramos en 100 mililitros	Igual o mayor a 10 gramos en 100 mililitros
Azúcares	Menor o igual a 5 gramos en 100 gramos	Mayor a 5 y menor a 15 gramos en 100 gramos	Igual o mayor a 15 gramos en 100 gramos.
	Menor o igual a 2,5 gramos en 100 mililitros	Mayor a 2,5 y menor a 7,5 gramos en 100 mililitros	Igual o mayor a 7,5 gramos en 100 mililitros
Sal	Menor o igual a 0,3 gramos en 100 gramos	Mayor a 0,3 menor a 1,5 gramos en 100 gramos	Igual o mayor a 1.5 gramos en 100 gramos.
	Menor o igual a 0,3 gramos en 100 mililitros	Mayor a 0,3 y menor a 1,5 gramos en 100 mililitros	Igual o mayor a 1.5 gramos en 100 mililitros.
	(0,3 gramos de sal contiene 120 miligramos de sodio)	(0.3 a 1,5 gramos de sal contiene entre 120 a 600 miligramos de sodio)	(1,5 gramos de sal contiene 600 miligramos de sodio)

Tomado de (INEN, 2014, p. 5).

El cálculo antes mencionado sin duda demuestra la subjetividad de la norma al establecer parámetros que no son obtenidos de manera clara, pero que sin embargo deben ser cumplidos a fin de comercializar los productos que ofrece, debido a que la norma es de obligatorio cumplimiento y finalmente porque de esta manera se evita dar publicidad engañosa al consumidor. Empero, vemos nuevamente como una norma está implícitamente revelando información de los productos de la compañía que en lo posterior puede resultar información sensible que el productor no puede revelar y que por ende causan su desatino al cumplimiento de una ley y su necesidad de salir del mercado al no cumplir con la normativa técnica o posiblemente por no cumplir con lo que requiere un certificado de conformidad.

En vista de lo anterior, nos quedamos con la incógnita de ¿Qué tipo de información debe ser revelada a fin de que la falta de esta no sea interpretada como publicidad engañosa? Sencillo, la información que requiere absolutamente todos los reglamentos técnicos, normas y leyes concordantes, que a pesar de ser demasiados, deben ser cumplidos para una correcta comercialización. Pero ¿Qué tal si está información no es contraria a la condición real del bien ofrecido pero su contenido no puede ser total ni parcial en vista de que es información que no puede divulgarse? O ¿Qué tal si su descripción es directa pero debe omitir datos que pueden ser o no considerados esenciales del producto y que no inducen engaño, error o

confusión al consumidor pero que son exigidos por una normativa técnica en pos del cumplimiento de la garantía constitucional? La respuesta a estas disyuntivas resulta complicada debido a que hemos descrito como toda la información exigida por normativa técnica y leyes concordantes debe ser obligatoriamente satisfecha, pero el problema fundamental es que estas exigencias pueden llegar a contraponerse en temas como el secreto industrial de una compañía, lo cual se inmersa en el derecho de la competencia que también tiene ampara constitucional.

Por lo anterior, en el evento de que se comience a discutir el tema de la necesidad de revelar toda la información obligatoria referente a normas técnicas en afán de evitar dar datos que puedan ser considerados publicidad engañosa y más importante para cumplir una garantía constitucional, mismo que podrían causar un perjuicio en temas de competencia, violar información no divulgada de productores y violentar otra garantía constitucional, nos vemos en la necesidad de ponderar derechos y analizar que sería más importante a fin de que se mantenga prevaleciente una economía fuerte en un Estado, tema que se analizará en lo posterior.

3 Capítulo III: Acercamiento al problema jurídico: ¿Cómo se podría actuar conforme a la legislación vigente?

3.1 Regulación previa del derecho de la competencia antes de la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y la importancia constitucional de esta nueva regulación

La regulación del derecho de la competencia en el Ecuador ha sido escasa y disminuida, hasta la LORCPM que fue promulgada en el año 2011 y que así ha permitido una orientación más precisa sobre los temas que trata el derecho de la competencia, entre ellos el secreto empresarial. Previo a la promulgación de la Ley antes mencionada, el Ecuador se acomodaba a tratar los asuntos relativos a la competencia con la asistencia de leyes de otras materias en donde se ubicaban los temas que ahora están singularizados en la LORCPM.

En un principio, a falta de normativa relacionada con la competencia en el Ecuador y tras la aprobación de la Decisión 285 de la Comunidad Andina de 21 de marzo de 1991, la Comisión buscaba la prevención o corrección de las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; razón por la cual cualquier país que forme parte de este sistema de integración debía estar a la par y fiel cumplimiento de dicha Decisión. En lo posterior, la aprobación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina en el año 2005, condujo a que el Ecuador deba estar a la par y cumplimiento de esta Decisión; no obstante, al no existir un organismo de control que estudie los casos de protección y promoción de la libre competencia, la aplicación de la Decisión 608 no era viable.

A raíz de lo anterior, y en aras de que el Ecuador pueda cumplir con el cumplimiento de la Decisión 608 de la CAN, se aprobó la Decisión 616 de la Comunidad Andina la misma que manda que la Decisión 608 de la CAN puede ser aplicada por el Ecuador en lo que resulte aplicable y fuera del ámbito descrito en uno de los artículos de la Decisión. De la misma manera, la norma

obligaba a que el país designe la Autoridad Nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608. Si bien la CAN aprobó dicha obligatoriedad, no fue sino hasta el año de 2009 que mediante Decreto Ejecutivo No. 1614 se crea la Subsecretaría de Competencia y Protección del Consumidor, entidad que estaba suscrita al Ministerio de Industrias y Productividad.

Desde el año 2009 el Ministerio de Industrias y Productividad, por medio de la Subsecretaría de Competencia y Protección del Consumidor fue el órgano rector encargado de velar por la competencia en el Ecuador, pero finalmente en el año 2011 se promulga la LORCPM y se crea la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, la cual toma las atribuciones de la Subsecretaría de Competencia y Protección del Consumidor y enmarca los temas relacionados a la competencia, incluido el tema del secreto empresarial, el mismo que antes estaba enmarcado en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana.

Ahora bien, es importante destacar que los cambios en la normativa referente a la competencia tienen un tema de suma trascendencia por detrás. La Constitución de la República de 1998 veía al mercado de una manera completamente distinta a la que ve la Constitución de la República que nos rige en el presente. A saber, el artículo 244 de la Constitución de 1998 señalaba lo siguiente:

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

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

[...]

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

4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio. [...]” (Constitución Política del Ecuador, 1998, Art. 244)

Lo importante del artículo antes citado, es el hecho de que anteriormente se hacía un enfoque en el impulso de la libre competencia y sanción de las prácticas contrarias. De la misma manera, se vigilan las actividades económicas que cumplan la ley y por sobretodo se garantiza el desarrollo de estas. Todo lo anterior, gracias a un sistema de economía social de mercado que da una importancia al desarrollo y protección del mercado. Por este motivo, la aplicabilidad de la Decisión 608 de la CAN podía llegar a ser mayor; sin embargo, no se procuraba la protección de otras medidas de protección de la competencia distinta a la libre competencia y sanción de los monopolios.

A diferencia de la Constitución de 1998, la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el año de 2008 cambió completamente el enfoque que tenía del mercado. El artículo 283 de la norma suprema manda lo siguiente:

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

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.” (CRE, Art. 283)

Como se puede apreciar, a diferencia del anterior sistema que tenía una mira principal respecto a la protección del mercado, la nueva constitución plantea la necesidad de un equilibrio entre la sociedad, el papel del Estado y el

funcionamiento del Mercado a fin de mantener un orden social óptimo y balanceado. En razón de lo anterior, la regulación relativa al derecho de la competencia debe seguir esta base constitucional al momento de dirigirse a las distintas conductas que prevé la Ley, caso contrario no se podrá mantener el equilibrio que busca el nuevo sistema económico social y solidario.

Para determinar cómo el nuevo sistema económico reconocido por la Constitución se ve sumamente relacionado con la protección del secreto empresarial pasaremos a analizar la incidencia de éste dentro de la economía. Como ya hemos analizado en capítulos anteriores, el secreto empresarial parte de la idea de ser un conocimiento no divulgado relativo a procesos, ideas o productos que el propio empresario desea mantener ocultos en razón del valor competitivo y económico que este representa. En este sentido, tenemos que dejar en claro el hecho de que la Ley no señala qué es lo que puede ser considerado como secreto empresarial sino que da la apertura de que cualquier información que una empresa considere importante, que le represente un valor económico y que no sea de fácil acceso será entonces un secreto empresarial. Ahora bien, además de que esta información tiene que ser obligatoriamente de difícil acceso, lo importante es que debe tener un valor económico para la empresa, caso contrario no entra en los presupuestos que señala la Ley para ser considerado un secreto empresarial.

“[...] la información secreta debe tener un valor patrimonial que se manifiesta en el hecho de reportar a su titular una ventaja económica, ya sea actual o potencial, en relación con terceros que no la conocen. Dos consideraciones merecen ser recordada. Por un lado, que los secretos empresariales pueden utilizarse en determinadas actividades económicas públicas o privadas, y que su titular puede ser asimismo empresario individual o social, así como profesionales cualesquiera otras formas jurídicas, como por ejemplo las sociedades civiles, las fundaciones, corporaciones, etc. Por otro lado, [...] al referirse a los secretos empresariales, no se distingue entre secretos explotados por su titular en el momento presente y

secretos que, si bien se encuentran en su patrimonio, no sean objeto de explotación económica actual pero sí potencial, Tal sería, por ejemplo, la hipótesis de que determinados conocimientos, necesarios para llegar a una invención susceptible de patentabilidad y perfectamente concretadas, estuvieran en fase de perfeccionamiento, bien para explotarlos en un futuro en régimen de secreto o para solicitar su patentabilidad.” (Llobregat, año 2007, p. 372)

La cita antes detallada, tiene importancia en el sentido de que el secreto empresarial siempre va a tener una incidencia económica en su titular, lo cual evidentemente llevará a una incidencia en el mercado en donde se está vendiendo un producto o aplicando un proceso considerado como secreto empresarial y que por tal razón dicho producto o proceso cargue un valor monetario mayor por la calidad del bien o un valor económico mayor que lo distingue de sus competidores. En este sentido, tenemos que pensar que el secreto empresarial hará que su titular pueda cobrar un poco más por su producto y por ende mover el mercado de tal manera que el consumidor preferirá adquirir el bien de este titular ya que su secreto empresarial ha hecho que este bien sea más atractivo para el consumidor, de ahí el valor patrimonial que adquiere un secreto empresarial.

Tomando en cuenta lo anterior, vamos a comenzar a hacer el vínculo entre el secreto empresarial, su protección y su relación con el sistema económico que nos rige actualmente. La LORCPM fue promulgada no solo como la herramienta que requería el Ecuador para abordar el tema de la competencia y sus elementos, sino que también para obedecer su base constitucional, esto es, el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador. El secreto empresarial es un elemento que la LORCPM busca abordar y proteger debido a que se relaciona principalmente con la empresas que son elementos importantes dentro de una economía, tanto es así que el legislador trasladó su protección desde la Ley de Propiedad Intelectual a la LORCPM. Al ser la LORCPM una norma jurídica que fue creada en base al artículo de la

Constitución que se refiere al sistema económico del Ecuador, el secreto empresarial ha adquirido una importancia constitucional completamente relacionada al mercado y desde esta perspectiva podemos ver que al referirnos a un secreto empresarial y considerando su elemento patrimonial que provoca un movimiento en la economía del país, este sin duda afecta al sistema económico al que estamos sometidos hoy por hoy.

Ahora bien, una vez que hemos determinado el vínculo entre el secreto empresarial y el sistema económico que está plasmado en nuestra Constitución, pasaremos a discutir posteriormente como entre este elemento del derecho de la competencia y el derecho a la defensa del consumidor existen situaciones en donde uno debe estar limitado para no afectar al otro derecho. Para hacer esto, vamos a ver cuál puede ser una buena protección que se debe dar al secreto empresarial, entendiendo bien al derecho de defensa del consumidor relacionado con la competencia, tal como lo haremos a continuación.

3.2 La debida protección del secreto empresarial frente al derecho de defensa del consumidor

A fin de ir identificando la relación entre los derechos de defensa del consumidor y el derecho de la competencia, entenderemos de manera excepcional como nace este vínculo y sobre todo como el uno puede llegar a afectar al otro. El derecho de defensa del consumidor nace principalmente del derecho de acceso al consumo. Este derecho ha sido identificado por parte de la doctrina de la siguiente manera:

“El derecho de acceso al consumo es una prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población, su participación en el mercado. Las Naciones Unidas enumeran, entre otras garantías de los

consumidores, la promoción de los intereses económicos y el denominado derecho de acceso al consumo.

En cuanto a las técnicas para hacer efectivas estas garantías, se pueden señalar aquellas que proponen una intervención en el mercado, mediante normativas de Derecho Público que regulan la oferta. (Stiglitz, 1994, p. 41)

Como se ha identificado, el derecho de acceso al consumo viene como un componente inherente al consumidor y que debe estar garantizado a los ciudadanos (entendidos como consumidores) a fin de que estos tengan una participación en el mercado. La Constitución de la República de 1998 hacía un énfasis directo a los consumidores en el artículo en donde también mandaba cuál era el sistema que debía obedecerse. Dicho artículo mandaba lo siguiente:

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

8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.” (Constitución Política del Ecuador, 1998, Art. 244)

En nuestra actual Constitución, no se hace referencia expresa a los consumidores cuando habla del sistema económico que es aplicable y que lógicamente es enteramente arraigado al mercado. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema económico actual reconoce al ser humano como sujeto y fin de la economía y propende en el hecho de que la sociedad debe estar equilibrada con los demás componentes del sistema para que este funcione. Esto nos hace ver que actualmente, el Estado no vincula directamente al derecho de acceso al consumo con el sistema económico; no obstante, ha optado por expedir normas más directas y amparadas con una base constitucional a fin de dar no solo una importancia más grande a los consumidores sino también para protegerlos de manera más eficaz.

Ahora bien, esta protección focalizada que realiza el Estado actualmente al consumidor, siempre amparado en normativa constitucional, tiene cierta justificación conforme lo señala la doctrina. Es importante decir que el derecho de defensa del consumidor es un área del derecho protectorio que nace de una base constitucional, que ahora es mejor conocido como una garantía constitucional. Pero ¿Por qué una protección tan focalizada sobre este derecho? La doctrina nos brinda la respuesta a esta duda de la siguiente manera:

“Existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente.

Veremos seguidamente algunas de sus características:

-La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección.

-Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y por ello necesita protección del Derecho. Es una situación de riesgo especial en la vida privada.

-La vulnerabilidad es una desigualdad específica: la noción de igualdad es genérica y no siempre requiere de normas protectorias, ya que el Derecho trata de eliminar solo algunas de las desigualdades existentes. La vulnerabilidad, por el contrario, es específica, y demanda protección.

-La vulnerabilidad es un aspecto de la desigualdad, y se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás.

-La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.” (Lorenzetti, 2009, p. 38)

En este sentido, vemos que la doctrina ha supuesto que el consumidor es sumamente vulnerable frente a todas las situaciones a las que se enfrente, de esta forma solamente de manera constitucional se puede llegar a un proteccionismo óptimo del consumidor a fin de que cualquier situación no lo

menoscabe. En el evento de que este derecho sea menoscabado causará un desorden que afectará al ordenamiento jurídico; no obstante, también hay consecuencias cuando este derecho es protegido de manera excepcional como pasa en este momento.

Como hemos visto durante el desarrollo de todo este trabajo, en el Ecuador se ha decidido establecer una cantidad de normas de defensa del consumidor a fin de que las compañías entreguen toda la información necesaria para los consumidores para que ellos no sean afectados, claro que todas estas normas tienen una base constitucional que es el artículo 52 de la Constitución. Lamentablemente, al haber este exceso de normas que implica la entrega de una gran cantidad de información sobre el producto de una compañía, los órganos reguladores no han considerado que este abuso de la norma constitucional haya ocasionado una posible violación al secreto empresarial de las compañías. Vamos a analizar esto de manera detallada, pero primero será necesario volver a ver la definición de violación de secretos empresariales que hace la Ley:

“Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

- 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;
- b) *La información tenga un valor comercial*, efectivo o potencial, por ser secreta; y,
- c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.” (LORCPM, Art. 27, #7)

Una vez visto esto vamos analizando como las normas actuales de defensa del consumidor han ido afectando al secreto empresarial. Primero, vemos que el artículo 52 de la Constitución garantiza al consumidor información precisa de los productos que va a adquirir, por lo que se siguen expidiendo normativas técnicas como las normas INEN con el fin de que se cumpla con varios presupuestos previo a la comercialización del producto. Si estas normas siguen expidiéndose bajo el amparo constitucional y si estas siguen requiriendo mayor información por parte de los productores respecto de sus productos, que tal si en un momento la información que requiere la autoridad es información que la empresa ha decidido no revelar ni dejar que sea de fácil acceso pues es su secreto empresarial. En este sentido, se verán obligados a revelar su secreto a fin de cumplir con el presupuesto de Ley para que comercialicen el producto, sin tener otra opción puesto que es justamente un elemento que debe ser cumplido a fin de tener el aval de la autoridad para que se pueda vender el bien.

En un segundo punto y siguiendo el análisis anterior, si la información requerida por la autoridad es un considerada un secreto empresarial por el consumidor, al revelarla perderá ese valor efectivo o potencial que lo mantiene en ventaja respecto de sus competidores y por ende ellos podrán utilizar esta información para su conveniencia, afectando directamente al productor que busco de sobremanera mantener una información secreta pero que no pudo en vista de que el propio Estado ha permitido la expedición de normas que tienen una base constitucional respecto de la defensa del consumidor. Finalmente, fijándonos en la última medida que prevé la LORCPM respecto del secreto empresarial, vemos que el productor ha adoptado todas las formas necesarias y tomado todos los controles del caso para mantener la información secreta, pero ahora ha venido el Estado y ha quebrado estas medidas, por lo que no ha importado la inversión que ha realizado el productor para mantener el secreto pues el Estado ha pasado sobre él.

De esta forma, vemos que el productor se enfrenta a dos realidades que debe considerar. La primera es cumplir con todos los requerimientos de Ley para comercializar su producto, pero considerando que la demanda que tiene de

este producto sea razón suficiente para que el productor renuncie a su secreto empresarial. Claro está que al tomar esta medida, permitirá a sus competidores conocer su secreto y de esta manera ellos se beneficiarán del único elemento que alguna vez diferenció a este productor. Esta diferencia podía haber sido la única razón por la cual los consumidores lo escogían por sobre sus competidores, pero al saber ellos de esto entonces puede que los consumidores ya no estén tan atraídos por su producto y entonces la demanda baje haciendo que el sacrificio que ha hecho esta empresa sea completamente en vano.

Por otro lado, se puede considerar que la forma en la que la competencia adquirió este elemento tan importante no fue de la forma en que debía por lo que podríamos pensar que esto es un ilícito que el mismo Estado no debería permitir que ocurra, pero si el mismo Estado es el que ha permitido la revelación del secreto empresarial, no sería lógico que este mismo sancione a los competidores que se aprovechen de esto. De esta situación se debe considerar que la decisión del operador económico radica enteramente por la demanda de su producto y la posición que tiene este en el mercado. Si su posición es pequeña pero con gran demanda, bien podría arriesgar su secreto e inclusive renunciar al mismo en afán de obedecer a un posible crecimiento de su empresa, pero si es pequeña y la demanda por su producto es mínima, al punto que esta compañía esta simplemente "sobreviviendo", pues entonces no valdría la pena que renuncie a un elemento que causa diferencia respecto de su competencia. Eso sí, si la compañía es una gran empresa que ha generado ingresos considerables sólo en base al producto que obedece a un secreto empresarial para destacarse, entonces eso lidera a que la compañía opte por la otra opción que se explica inmediatamente a continuación.

Claramente, vemos que esta situación difícilmente podría afectar a una pequeña o micro empresa que no tiene posición de dominio ni gran incidencia en el mercado, este fenómeno afecta a empresas a gran escala que de cierta manera puede no considerar que el mercado de nuestro país sea sumamente importante para sus ingresos.

La otra opción que tiene el productor es simplemente oponerse al cumplimiento de los requerimientos de Ley para proteger su secreto empresarial y de esta manera verse en la imposibilidad de vender sus productos. Salvo los casos de empresas nacionales, es lógico que las empresas internacionales que han buscado mercado en el país decidan no cumplir con los requerimientos de Ley y arriesgar su secreto empresarial, lo anterior en razón de que el Ecuador no es usualmente el mercado que más atrae a los grandes productores internacionales. Ahora la consecuencia de este suceso, es llevar a que el mercado deje de recibir capital y algunos bienes que en un principio vinieron desde afuera y que eran atractivos a los consumidores, lo que obviamente causará un gran impacto en la economía y de esta manera no existirá ese equilibrio que busca este nuevo sistema económico social y existirá una afectación también a formas de empleo y otros detalles.

“La economía social, plantea la generación de una economía plural en donde las lógicas de acumulación del capital y del poder estén subordinadas a la lógica de la reproducción ampliada. Para ello, el trabajo es una noción central. Se trata entonces de apoyar las iniciativas económicas de la población desde la perspectiva del trabajo y no desde la perspectiva del empleo, con el fin de garantizar que la riqueza quede directamente en manos de los trabajadores” (Coraggio, 2004, p. 67).

Como nos dice el autor antes citado, la economía social prevé una reproducción ampliada y por ende se enfoca en el trabajo; no obstante, que el trabajo se puede garantizar si lo que ha hecho el Estado con lo analizado es ahuyentar a empresas que generan trabajo para otros y así afectar la economía, bajo el capricho de que deben cumplir absolutamente todo lo que se les requiere con el fin de defender tan solo la salud del consumidor, pero sin perjuicio de que esto pueda llevar a la violación de un secreto empresarial. Al observar que lo anterior ha llevado a que dos derechos de carácter constitucional se vean contrapuestos, habrá un daño al orden público y esta consecuencia deberá ser corregida. Por este motivo, se deberá tomar las

medidas necesarias para ver qué derecho debe primar en este caso y sobretodo el porqué de esta decisión. Sin embargo, antes de ver que debe ocurrir entre ambos derechos y cual debería tener una mayor jerarquía, pasaremos a analizar algo más interno dentro del mercado y la economía social, lo cual es el orden social.

3.3 El orden público frente al derecho de los consumidores y la afectación que se lleva al contrariar la competencia

El tema del orden público es algo sumamente complejo en razón de que varias de sus definiciones se han contrariado unas a otras, por lo que sus límites no son conocidos de manera exacta; sin embargo, es fundamental que iniciemos dando una definición de este señalando que es:

“Aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. El orden público es sinónimo de un deber, que se supone general en los súbditos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública.”
(Parejo, 2009, p. 54)

De la cita se desprende el hecho de que el orden público busca mantener a un Estado en completa armonía sin la necesidad de que existan conflictos, ya sean individuales o colectivos, que se contrapongan con esta situación. De acuerdo con la doctrina, el orden social va sumamente relacionado con la defensa del consumidor, por lo tanto, se ha dicho lo siguiente:

“Hemos afirmado que el Derecho del consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos sobre la base de un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger como para ordenar la sociedad a partir de principios de socialidad.” (Lorenzetti, 2009, p. 26)

Evidenciado lo anterior, vemos que el dar una base constitucional a la defensa del consumidor es algo lógico para mantener el orden público, pero partiendo de la definición con la que iniciamos, no podemos considerar que esto permita una armonía en la sociedad cuando se está abusando de este derecho constitucional. Tal es el abuso de este derecho que se ha contrapuesto con uno que también es de suma importancia para mantener el orden público.

En este punto, debemos considerar que la doctrina relacionada con el consumidor ha dicho que este merece una base constitucional para no afectar el orden público; no obstante, esta base ha sido objeto para que se expida un exceso de normas que buscan hacer que productores entreguen gran cantidad de información. Esta gran cantidad de información ha hecho que los productores decidan no seguir en el mercado debido a que los obliga a revelar secretos empresariales. Al salir estos productores del mercado se reduce el empleo, se reducen los ingresos de las personas y se reduce una parte de la economía del país. Al verse el mercado afectado, el plan de llevar un sistema económico que busque armonía de sus integrantes va desapareciendo porque deja de existir uno de estos integrantes y por ende el sistema se quiebra.

De la anterior reflexión, podemos concluir que la base constitucional que se ha dado a la defensa del consumidor para mantener un orden público ha hecho justamente lo contrario, ha afectado al mercado de tal manera que más bien ha causado un desorden, uno que simplemente puede ser corregido mediante la superposición de un derecho sobre otro, corrección que detallaremos y que trataremos de dar posteriormente, siempre siguiendo las normas y actuaciones legales que correspondan.

3.4 Interpretación de normas

Como se viene diciendo, el tema de la base constitucional que se le da a la defensa del consumidor, no permite que se dé un ordenamiento público estático que permita una armonía y consistencia entre normas y lo que estas protegen. Al ser así, hemos precisado que es necesario realizar una transposición de normas para determinar cuál debe ser obedecida a fin de

mantener el ordenamiento público que se busca. A fin de lograr esta valoración, se debe realizar una interpretación de normas, siguiendo los parámetros legales que dicta nuestras normas. La interpretación normativa no es algo que todos pueden hacerlo y tampoco que sea algo sencillo que salga de un análisis escueto, este método debe ser llevado con el cuidado del caso y siguiendo los preceptos necesarios para que no se violen leyes ante un delicado caso en donde una norma puede llegar a sobreponerse sobre otra.

La Constitución de la República ha presentado una innovación en cuanto al tema de interpretaciones de normas con la llamada “acción de interpretación”, Si bien esta es una herramienta que pretende focalizar esta facultad directamente a un órgano competente, han existido críticas al respecto toda vez que la acción es algo que es practicado meramente por la Corte Constitucional, pero existe la disyuntiva sobre el hecho de que la Corte no necesita de una acción como tal, sino que a la vista de su actividad jurisdiccional, puede ejercer la interpretación y no realizarlo de manera autónoma. Respecto de lo anterior, la doctrina ha optado por señalar lo siguiente:

“Los argumentos de quienes promueven la acción pueden esbozarse en dos niveles. Uno, ubicado en el espacio teórico-filosófico intenta justificar el desarrollo normativo de esta acción en el paso del Estado legal al Estado constitucional, gracias a la nueva Constitución; plantea que como resultado de esto ha cambiado: a) el órgano que hace la interpretación auténtica del legislativo al constitucional, precisamente porque el constitucionalismo ecuatoriano ha reconocido de manera contundente la limitación constitucional al legislador, por medio del control constitucional de las leyes; b) la forma, los métodos y las reglas de interpretación, pues no bastan solamente las utilizadas para la interpretación legal ya que las constituciones están integradas por principios, valores y reglas y requieren, además, de los mecanismos interpretativos de superación de las antinomias, métodos que permitan aplicar normas que son

abiertas y generales para dotarles de contenido específico; c) el nuevo papel de la jurisprudencia y del juez, sobre todo constitucional, como creadores de derecho que abandona la noción del juez como simple “boca de la ley”.

El otro nivel de argumentación se sitúa en la normativa constitucional y legal. Al respecto, se plantea que la acción de interpretación se deriva directamente de los artículos 429 y 436, numeral 1 de la Constitución, que reconocen a la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación constitucional. En ese sentido, no solo que la interpretación se puede realizar por medio de la actividad jurisdiccional de la Corte que está reconocida en el artículo 436, numeral 1, cuando se refiere a sus dictámenes y sentencias, sino también con una acción autónoma que podría derivarse del 429 y 436, numeral 1.” (Porras y Romero, 2012, pp. 101-102)

Conforme lo anterior, se desprenden consideraciones importantes que deben ser tomadas en cuenta. En un principio, es fundamental ver que la Corte Constitucional sería el órgano encargado para ejecutar la acción de interpretación en virtud de que el Estado ha optado por dar esta facultad a una entidad independiente al legislativo con la nueva Constitución. Lo anterior, debido a que la interpretación debe hacerse no solo sobre leyes sino sobre principios y otras normas que prevé la Constitución y por ende solo el juez constitucional puede interpretarlas a fin de resolver antinomias en casos concretos y dar a normas abiertas un contenido específico. Finalmente, la cita precisa que la interpretación de normas y leyes no se da simplemente por medio de la acción de interpretación sino que las sentencias emitidas por el órgano competente también pueden llegar a dar interpretaciones, por lo tanto es necesario que este órgano tenga esta facultad.

En razón de que la cita de líneas anteriores enuncia los artículos 429 y 436, inciso 1 de la Constitución de la República como normativa constitucional y legal que sustenta la facultad interpretativa de la Corte Constitucional, a continuación nos permitimos enunciar dichos artículos:

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.” (CRE, Art. 429)

Por otro lado, el siguiente artículo menciona:

“Art. 436.- (...) 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.” (CRE, Art. 436)

De acuerdo con estos artículos se puede ver que en efecto la Corte Constitucional goza de la facultad de interpretación constitucional y que esto lo puede hacer por medio de sus dictámenes y sentencias. En este sentido, queda sustentada la posibilidad de realizar el ejercicio de interpretar normas y de librar el ordenamiento jurídico de antinomias que puedan afectar su correcto empleo.

Continuando con lo anterior, es necesario sacar a relucir el hecho de que la Constitución de la República no menciona la aplicación de una acción de interpretación, por el contrario, señala claramente que la función interpretativa de la Corte Constitucional recae precisamente en sus sentencias y dictámenes no en una acción independiente que, pese a que solo la Corte Constitucional pueda aplicarla, sea un método adicional para interpretar normas. Al respecto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“En la posición contraria están quienes se pronuncian en total desacuerdo con la acción de interpretación como autónoma, sostienen al respecto que la función interpretativa de la Corte recogida en el artículo 436, numeral 1, se ejerce mediante sus

dictámenes y sentencias; es decir, a través de su actividad jurisdiccional. Para sustentar esta afirmación encontramos al menos tres argumentos, uno de carácter histórico-constitucional, en el cual se estudia la superación de lo que Agustín Grijalva denomina el “anacronismo” y la “contradicción” con el constitucionalismo contemporáneo que se mantuvo incluso en la Constitución de 1998, al reconocer el control constitucional de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, pero al mismo tiempo la capacidad del Legislativo para interpretar de forma definitiva la Constitución.

El segundo es un argumento de tipo jurídico hermenéutico basado en el análisis del texto constitucional, así, considerando lo señalado en el artículo 436, numeral 1, aducen que no se desprende, ni de su literalidad ni de su finalidad, la existencia de una acción autónoma de interpretación. Esta conclusión se extrae de un análisis semántico del numeral 1 del artículo 436. En efecto, se sostiene que la tarea interpretativa encargada a la Corte se hace mediante sus dictámenes y sentencias conforme lo señala literalmente el artículo; es decir, por medio de todo el accionar de la Corte Constitucional en materia jurisdiccional. Llevando al extremo esta idea, se arguye que si se considera autónoma la acción de interpretación, en las demás acciones y procedimientos no se interpretaría lo que como es evidente resulta ilógico; así mismo, sostienen que de la redacción del artículo se puede observar que en ningún momento se refiere a “absolver” consultas, forma lingüística que utiliza para las otras acciones.

El segundo argumento sostiene que la consagración en la Ley de la Acción de Interpretación, trastoca los lineamientos del sistema de control constitucional porque puede ser utilizado como un sustituto de los procesos constitucionales y desconoce la lógica del precedente.

Según este pensamiento, podría suscitarse el problema de que solamente se convertiría en obligatoria la decisión derivada de la

acción de interpretación y no de todas las acciones y procesos de la Corte como es propio del *stare decisis* y el precedente.

Por último, un tercer planteamiento señala la incompatibilidad de la acción de interpretación autónoma con uno los principios fundamentales del Estado de derecho: la división de poderes, en la medida en que esta tarea encargada a la Corte Constitucional es — según sostienen sus defensores— en abstracto (sin casos concretos que les justifiquen) lo que supondría una sustitución del Legislativo, creando verdaderos actos normativos.

Lo interesante de esta postura es que acompaña una serie de análisis empíricos de cómo ha funcionado en la práctica esta institución. Las principales conclusiones que se obtienen de dicho estudio es que han sido utilizadas para resolver conflictos jurídicos o políticos específicos que podrían haber sido llevadas a otro tribunal o al mismo mediante los procesos constitucionales u ordinarios, y que se han utilizado —suponen— para evitar o eludir las garantías del debido proceso; la Corte Constitucional ha dictado a través de ellos verdaderas leyes que vienen a suplir el papel del Legislativo. En definitiva, hay una contraposición importante desde el punto de vista teórico; sin embargo, en la práctica esta acción ha venido funcionando y la Corte ha dictado varias sentencias.

Para medir su alcance y sobre todo la validez de las preocupaciones de quienes se muestran a favor o en contra, resulta ineludible hacer un análisis exhaustivo de dichos fallos y su real eficacia.” (Porras y Romero, 2012, p. 103-104)

Lo dicho anteriormente, señala que en efecto existe una contradicción en cuanto a lo que manda la Constitución respecto de la función interpretativa que tiene la Corte Constitucional versus la potestad de que no se hagan las cosas mediante fallos y dictámenes de la Corte sino mediante una acción interpretativa que este órgano asume sería lo más eficaz. Si bien se podría dar el supuesto de que estas interpretaciones sean obedecidas antes de cualquier

otro dictamen y de esta manera opacar la actuación de otra función como la legislativa que en efecto está encargada de emitir leyes y normas para evitar antinomias, la misma función legislativa ha optado por emitir una Ley en donde se establezcan las reglas necesarias para evitar cualquier sobrepaso de la Corte Constitucional y por ende la facultad interpretativa de este órgano está limitado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En vista de lo anterior, la facultad interpretativa de la Corte no es completamente libre y amplia. Para esto, el legislador ha optado por establecer reglas oportunas para el correcto funcionamiento de esta acción. La Ley antes enunciada, manda en su artículo 2, como principios de la justicia constitucional, la necesidad de aplicar interpretaciones para casos concretos a fin de proteger los derechos de la persona y además, promueve la interpretación como una forma de cumplir y optimizar principios constitucionales. El mencionado artículo manda lo siguiente:

“Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 2)

Además de lo enunciado, el artículo 3 del mismo cuerpo legal establece los métodos y reglas de interpretación constitucional a fin de eliminar posibles antinomias legales que no permitan la correcta aplicación de los derechos de

una persona en ciertos casos y además dando parámetros para la acción de interpretación de la Corte. El artículo antes mencionado manda lo siguiente:

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.
4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto

de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.”

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3)

Conforme el artículo antes citado, existe no solo reglas para limitar esta acción de interpretación propia solo de la Corte Constitucional, sino que se enuncian principios importantes que hacen que la interpretación sea más justa a casos concretos. De esta manera, y sin ahondar mucho en el tema, posteriormente analizaremos que tipo de interpretación se ajusta más al caso que nos ocupa y de esta manera conocer con precisión la solución a la disyuntiva planteada en este trabajo de interpretación.

4 Capítulo IV. Método interpretativo: ponderación de derechos y aplicación de la ponderación de derechos para el caso concreto y en relación a garantías constitucionales

4.1 Método interpretativo a ser utilizado y vinculado al caso concreto

Al final del capítulo anterior, vimos que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha dado ciertas limitaciones al tipo de interpretación que se puede dar en casos puntuales. Este cuerpo legal también ha señalado que en el evento de que no se puedan aplicar las reglas de solución de antinomias, se deberá aplicar los principios que reconoce la ley. En el tema que nos ocupa, es complicado que las reglas de solución de antinomias se apliquen, por esto se deberá en definitiva buscar un principio que se ajuste al caso y que sirva para solucionar la disyuntiva presentada.

Hemos visto que el problema fundamental para la protección del secreto empresarial es que existen normas que amparan la defensa de la salud del consumidor de tal manera que si necesitan violentar el mismo al punto de causar un daño en el mercado lo hacen directamente. No obstante, también existen normas de la misma jerarquía que buscan amparar la protección del mercado, siguiendo la economía popular y solidaria, a fin de que exista un movimiento de recursos por medio de la oferta y la demanda. En este sentido, vemos que existe una contraposición de normas que causa un grave perjuicio al no saber cuál es la que debe primar al momento de existir un conflicto.

Conforme lo señala la Ley, normalmente el tema de contraposición de normas es resuelto siguiendo las reglas de solución de antinomias, fundamentalmente por medio de la jerarquía normativa, conforme manda el artículo 424 de nuestra Constitución de la República, que reza:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del

poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (CRE, Art. 424)

Conjuntamente, el artículo 425 del mismo cuerpo legal manda:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” (CRE, Art. 425)

Siguiendo la misma tesis, la doctrina ha dicho lo siguiente:

“Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad.” (Prieto, 2001, p. 212)

De lo anterior, vemos que en casos de contradicciones entre normas, es posible que estas se resuelvan mediante la jerarquía normativa e incluso establece otras dos posibilidades que son la consideración de que norma es especial y además cual vino antes. Lo interesante de lo antes citado es que se habla de la ponderación como un método para resolución de estas mentises normativas. Pero en este caso, ¿De qué trata la ponderación y como se aplicaría este método en nuestra legislación? Este método es sumamente importante y además completamente veraz cuando la cronología o la especialidad no son suficientes, considerando también que este método es el último que se puede aplicar pero el mismo que siempre obtendrá una respuesta que ponga fin a la antinomia normativa como la que está planteada en nuestro trabajo y que se verá aplicado a continuación

4.2 Ponderación de derechos

En nuestro caso, hay que entender que el secreto empresarial se encuentra protegido por una Ley Orgánica que finalmente fue promulgada bajo el amparo constitucional de tener una competencia leal y justa, basándose en la garantía constitucional del artículo 238 de la norma suprema. Por otro lado, las leyes, acuerdos, decretos y reglamentos que protegen al consumidor, como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, también tienen una base constitucional como lo hemos visto repetidamente en el desarrollo del presente trabajo. Lógicamente, es imposible que una ley, reglamento, acuerdo, decreto o resolución sea promulgada sin seguir principios fundamentales reconocidos en la Constitución de la República y sin contraponer los mismos, toda vez que se busca que haya una armonía entre las normas expedidas, con el fin de seguir los lineamientos con los que se ha “constituido” el país. Pero visto los métodos de solución de contradicciones normativas, ¿Cómo se debe actuar cuando normas de la misma jerarquía se confrontan? Y peor aún, ¿Qué pasa si estas normas son garantías constitucionales que están reconocidas en el instrumento que mayor jerarquía tiene dentro del ordenamiento jurídico de un país? Pues

en este caso y como se actúa en casos similares, se debe aplicar la ponderación de derechos.

La ponderación de derechos se puede entender como el mejor método para considerar de manera imparcial los aspectos confrontados de un asunto en pugna o un método para buscar el balance entre dos vicisitudes. El reconocido autor Luis Prieto Sanchís considera a la ponderación de la siguiente manera:

“En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues, de otro modo, no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.” (Prieto, 2001, p. 212)

De la cita antes enunciada, es importante destacar que el autor hace énfasis en que al momento de aplicar la ponderación muchas veces no se busca un equilibrio, sino el triunfo de una de las normas (o garantías en este caso) para que esta sea aplicada en un evento en concreto. No obstante, es importante señalar que al establecer el “triunfo” de una de estas normas a raíz de la ponderación no quiere decir que esto ha marcado un precedente en cuanto a que norma debe ser siempre aplicada antes que la otra, sino que estudia el caso particular y de manera razonable y justificada hace que una de las normas prime en el mismo.

En ciertas ocasiones, se confunde el hecho de que una norma siempre y en toda ocasión va a estar por sobre otra de la misma jerarquía en función de que

en un tema se utilizó la ponderación de derecho y ese fue el resultado. Más bien lo importante de que se estudie, utilice y justifique la ponderación es debido a que ante el caso concreto en donde se hallen normas de sentido opuesto; no se busca declarar la invalidez de alguna de esas normas, que en un principio resultan ser válidas y plenamente constitucionales. Tampoco se debe aseverar que una de estas ha de condescender siempre al estar su opuesta presente, pues esto involucraría el establecimiento de una especie de jerarquización no reconocida en nuestra norma fundamental.

Ante esta situación, es de suma importancia destacar que se deben establecer preferencias condicionadas a eventos particulares para así dar una jerarquía momentánea y casuística para que en un caso concreto deba, necesariamente, “triunfar” una de las normas en conflicto, pero sin que esto lleve a que la otra norma no deba derrotar a la primera en otras ocasiones.

Al respecto, el autor Robert Alexy señala lo siguiente:

“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro»” (Alexy, 1993, p. 161).

De forma más clara, el Tribunal Constitucional Español en su sentencia STC 320/1994 señala: “No se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.” (Tribunal Constitucional Español, Causa STC 320/1994, p. 9)

Conforme estas dos aseveraciones, vemos que el ponderar no quiere decir dar una jerarquía constante y total en todos los casos, sino la de establecer un grado de prevalencia en algo concreto a fin de que en esta situación el conflicto de normas llegue a su fin y se precautele el que se considera más importante.

Si bien la ponderación de derechos es, como hemos visto, una herramienta única, de carácter final y sumamente útil a la hora de una antinomia de normas que no puede ser resuelta de otra manera, existen críticas de este método cuando se trata de normas constitucionales. A saber, el filósofo Alemán Jürgen Habermas señala:

“El modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “primacía estricta” que debería ser característica de los puntos de vista normativos.”(Habermas, 1994, p. 312)

Pese a que la aseveración antes enunciada tiene total sentido, hay que considerar que cuando se trata de conflictos normativos que pueden ser resueltos mediante la jerarquización de normas o la aplicación del principio de especialidad, no se hará uso de la ponderación si existen derechos fundamentales en juego. En aquellos casos, siempre primará el derecho reconocido en la Constitución antes que cualquier otro. No obstante, al tratarse de un conflicto de dos garantías constitucionales, como el caso que nos ocupa, la ponderación será la única forma de establecer una primacía, considerando siempre que sea en un caso concreto y que exista la justificación que corresponde. De esta manera la primacía estricta que nos dibuja Habermas se verá siempre reflejada y tomada como lo principal.

Por otro lado, y buscando adentrar al tema que nos ocupa, es preciso señalar que en cierto sentido la ponderación de derechos puede resultar un tanto decepcionante en el sentido en el que peso que tiene un principio se ve completamente disminuido pese a su posición dentro del escalafón normativo (considerando que nuestro tema trata de garantías constitucionales). Es así que, se puede observar como en determinadas situaciones una norma o garantía, cualquiera que sea su carácter, puede llegar a causar una lesión a un derecho que puede ser considerado mucho más importante o también puede ser que entre las normas en pugna el peso de una ellas se basa en función de la lesión que se está haciendo de la otra.

“Y, ciertamente, si lo que se espera de ella (la ponderación) es que resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, el juego de la ponderación puede parecer decepcionante; la «cantidad» de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna, y, a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto.” (Prieto, 2001, p. 219)

Como pasaremos a ver en un momento, el tema de la ponderación en temas de normas constitucionales resulta un tanto más complejo, toda vez que se está poniendo en juego una garantía que es utilizada como base de varios temas o leyes subsiguientes que en ciertos casos quedarán totalmente inadecuadas por una ponderación respecto a otra garantía constitucional. En este tipo de situaciones, no se busca en ningún momento quitar jerarquía a otra norma sino de causar efectos en determinadas situaciones a fin de que se justifique y precautele los derechos fundamentales que causarían otro tipo de efectos más importantes posteriormente.

Finalmente, a fin de acentuar el hecho de que la ponderación conduce a tomar la mejor decisión en un caso y no a minimizar totalmente el efecto de un derecho frente a otro, nos permitimos citar al autor Luis Prieto Sanchis quien señala lo siguiente:

“Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye

una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro” (Prieto, 2001, p. 221)

En este sentido, vemos que en efecto la ponderación trata de un tema directo de proporcionalidad en donde se logra una distinción en un caso concreto sin tener que excluir otra solución en una situación diferente. Más aun en el caso de normas constituyentes, esta es la herramienta clave pues no se está dando a una de ellas una atención especial sino que simplemente se está dando una “jerarquía móvil” para que en la situación que merece se aplique el más favorable, sin darle una invalidez a la otra.

Una vez que se ha hecho esta clara explicación de lo que trata la ponderación de derechos hay que considerar cual debería primar en nuestro caso. Considerando que si bien el derecho de defensa del consumidor debe tener sin duda una base constitucional, vemos que este ha sido sumamente abusado por parte de los órganos administrativos de control y de esta manera se ha violado un elemento contemplado en la LORCPM. Parecer que el tema se torna sencillo y claramente la base constitucional de la defensa del consumidor debe primar por sobre una ley orgánica, pero lo que se debe tomar en cuenta es como fue creada esta ley orgánica. Como vimos, la LORCPM nace como un elemento que necesitaba el Ecuador para defender un derecho que antes solo tenía una base en decisiones de sistemas de integración; pero además, nace con el fin de defender este nuevo sistema económico social y solidario que no le da gran enfoque al mercado sino al ser humano y además prevé que este tenga un trabajo digno y que éste completamente equilibrado con los otros componentes del sistema económico. Si quebrantamos instrumentos contemplados en la Ley que busca llevar el sistema económico, sostener el mercado y más importante sostener todo el andamiaje de la económica de un

país, este debería primar por sobre cualquier cosa sino el sistema se vería destruido.

De esta manera, se considera que en la ponderación entre estos dos derechos, quien debería tener esa jerarquía móvil en el caso de dar información precisa y veraz contra violar el secreto empresarial y quebrantar un sistema económico, debería sin duda ser el segundo. Por esto el derecho de defensa del consumidor debería tener una limitación, no decimos una desaparición en el caso sino simplemente una limitación a fin de no propender afectar al productor y así causar que el equilibrio del sistema económico, social y solidario se mantenga.

4.3 Casos concretos de aplicación de la ponderación de derechos en principios y garantías constitucionales

Una vez que se ha determinado que la ponderación de derechos sería el principio más apto a ser utilizado por el Juez Constitucional para el caso que nos ocupa a fin de que el derecho a la defensa del consumidor tenga sus limitaciones para no afectar el sistema económico aplicado en nuestro Estado actualmente, resalta la duda de si en el caso de ponderación de derechos existe la posibilidad de ponderar sobre garantías y principios consagrados en la Constitución y no solo sobre derechos.

Tal como señala su nombre, la ponderación de derechos debería versar justamente sobre derechos. En el presente trabajo vemos que lo que se vendría a ponderar sería el derecho a la defensa del consumidor en cuanto a su excesiva protección y como esta llegaría a afectar el secreto empresarial versus el sistema económico social y solidario que prevé nuestra Constitución como sistema que debe ser obedecido por las leyes a fin de cumplir con esta garantía que ofrece el Estado. Como podemos ver la comparación que se viene a dar recae sobre un derecho y sobre una garantía constitucional, con lo cual se despierta la duda de si la ponderación de derechos puede aplicarse en el caso que tenemos presente.

A primera mano puede parecer que en efecto la ponderación no puede ser aplicada porque es difícil entender que se puede ponderar entre un derecho y una garantía; no obstante, tal como se dijo anteriormente la ponderación de derechos es una manera de dar a los derechos y garantías su estado y efectos y mantenerlos de esta forma pero simplemente dar prioridad a uno de ellos para un caso concreto y simplemente dar una jerarquía móvil a este caso para que en él se aplique un derecho o garantía que sea más proporcional para el tema en el cual existe la antinomia. En razón de esto, podemos inferir a primera mano que en efecto la ponderación se puede dar en el caso de la presente investigación y además en casos similares. Para no estar induciendo esta aplicación de este principio de alta jerarquía, a continuación pasaremos a analizar dictámenes del órgano competente para ejercer este principio, en donde vemos que la ponderación es aplicada mediante la acción de interpretación y sobre casos que no solo implican derechos sino también garantías.

La sentencia 001-09-SIC-CC del 13 de marzo de 2009, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 549 del 16 de marzo de 2009, se pronuncia sobre la Acción de interpretación No. 0005-09-IC que fue promovida por el Secretario General Jurídico de la Presidencia. En dicha solicitud se pide la interpretación entre el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador referente a que para los casos relacionados con controversias respecto con deuda externa, promoción de soluciones arbitrales con sujeción a principios de transparencia, equidad y justicia internacional y el artículo 190 del mismo cuerpo legal que trata sobre el hecho de que en materia de contratación pública se debe proceder con arbitraje en derecho en caso de controversia, previo pronunciamiento de la Procuraduría. En la parte resolutoria de la sentencia, la Corte Constitucional señala lo siguiente:

“Interpretar, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es

aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución.” (Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 001-09-SIC-CC, 2009, p. 4)

De conformidad con lo anterior, vemos que la Corte Constitucional ha operado utilizando la ponderación de derechos sobre dos normas que no tratan de derechos en sí, sino de normas constitucionales que se refieren a aplicabilidad de cláusulas de controversia en temas puntuales referente al manejo del presupuesto del Estado sobre sus necesidades.

En el mismo sentido sobre la aplicabilidad de la ponderación de derechos, nos referimos a la sentencia 005-09-SIC-CC del 01 de octubre de 2009 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 43 del 08 de octubre de 2009 en donde el Presidente del CONARTEL y vocales del Consejo de la Judicatura solicitan la interpretación del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador referente a las funciones del Consejo de la Judicatura en la dirección de los procesos de selección de jueces, servidores judiciales, así como su evaluación, ascensos y sanción y el artículo 232 de la Carta Magna que prohíbe a miembros de organismos directivos de entidades con potestad de control quienes tengan intereses o represente a quien los tenga en áreas que vayan a ser controladas.

La parte resolutoria de dicha sentencia señala lo siguiente:

“El Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno y administración de la Función Judicial, en virtud del numeral 3 del art. 181 de la Constitución y del art. 254 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para designar como servidores de la Función Judicial a aquellos que cumplan con los requisitos correspondientes.

De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia, la adecuada interpretación del art. 232 de la Constitución de la República y su correcta aplicación determina que los Doctores Xavier Arosemena Camacho y Rosa Encarnación Cotacachi Narváez, así como sus respectivos alternos o suplentes, se

encuentran incursos en la prohibición de continuar desempeñando sus funciones como vocales del Consejo de la Judicatura en Período de Transición, debiendo ser reemplazados por quienes conforman la lista de elegibles establecida por el Pleno de la ex Corte Suprema de Justicia en sesión del 22 de febrero del 2006.” (Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 005-09-SIC-CC, 2009, p. 3)

Una vez más, la sentencia antes citada en efecto demuestra que al momento de que la Corte Constitucional aplica la acción de interpretación utilizando el principio de ponderación de derechos, esta puede ser aplicada para ponderar sobre las potestades que tiene un órgano estatal contra una prohibición constitucional.

En virtud de todo lo anterior, vemos que los casos concretos previamente detallados demuestran plenamente que la ponderación puede ser aplicada no solo en derechos sino también en garantías, prohibiciones, decisiones sobre controversias, entre otros. Por tal razón, la aplicación del principio de ponderación de derechos respecto de la limitación de la defensa del consumidor con respecto a la protección del sistema económico social y solidario que garantiza nuestra Constitución de la República, es completamente válido y por ende se debe aplicar el mismo en casos concretos.

Finalmente, llegamos a la conclusión del presente tema viendo la situación de la manera en que se ha analizado. El secreto empresarial es un elemento cuya protección fue cambiada de ser un tema de propiedad intelectual a un tema de la defensa de competencia y al ser la competencia el elemento clave para la protección de la economía y por ser la economía regulada constitucionalmente por un sistema previsto en la Carta Suprema, el tema debe tener mayor atención.

Por otro lado, la defensa del consumidor se ha previsto de manera exhaustiva hoy por hoy, por lo que en base a la protección constitucional que tiene este derecho, se han expedido varias leyes, reglamentos y disposiciones que exigen el cumplimiento de varias metas para los productores a fin de que estos puedan comercializar sus productos en el Ecuador. Si en algún momento, tanta

exigencia para proteger la salud del consumidor obliga a los productores a tener que entregar una gran cantidad de información a la autoridad competente a fin de que esta pueda evaluar el producto a comercializar causa que el productor ponga en riesgo su secreto empresarial, lo más probable es que esta información no sea entregada y por ende causa que el producto no sea comercializado, alterando el orden social pues la empresa tendrá que cerrar o buscar otro mercado con lo cual ingresos, trabajos, la economía y otros factores se verán afectados. Al alterar el orden social y la economía, no se podrá cumplir con la armonía que busca el Estado con su política y sistema social y solidario, por ende existirá un gran impacto y afectación a la economía. En tal virtud, se deberá poner el problema en una balanza y determinar si es preferible contar con tanta exigencia y obligatoriedad para comercializar productos con la excusa constitucional de proteger al consumidor, pese a existir varias medidas que ya lo protegen, causando un daño a la economía o si es preferible proteger con más cuidado al secreto empresarial a fin de cumplir con una garantía constitucional y guardar un orden social estable. Para esto, será necesario optar por interpretar que derecho o garantía tiene mayor peso en este caso concreto y la mejor manera de hacerlo es por medio de la ponderación, principio que debe ser utilizado por el órgano competente, es decir la Corte Constitucional, mediante la acción de interpretación, para que se emita un fallo concreto que establezca la razón entre estos dos.

De acuerdo con lo analizado en el presente trabajo de investigación, sería oportuno que la ponderación se vuelque por la protección del secreto empresarial al ser este un elemento de la competencia que busca guardar el sistema económico estatal y el orden social por medio de un equilibrio armónico. De tal manera, se deberá limitar al derecho constitucional de la defensa del consumidor evitando que se promulguen nuevas leyes y normas que den más exigencias al productor con la excusa de que se quiere proteger la salud del consumidor.

5 Conclusiones y recomendaciones

5.1 Conclusiones

En función a la investigación realizada en el presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

1. El secreto empresarial, que también es conocido como el *know-how* (saber-hacer), es el conocimiento de un procedimiento, un trámite, un método, entre otros, que solo una compañía o persona lo conoce de tal manera que se matiza del conocimiento de cualquier otra. Este elemento se incorpora físicamente para darle un valor que va incrementando en razón de estos saberes y a la final resultan ser tan importantes que son celados a fin de constituirse en secretos empresariales.
2. Un secreto empresarial es un elemento esencial que todas las compañías tienen, elemento que da una ventaja competitiva de esta por sobre cualquier otra, al punto de que esta característica le da un valor agregado al producto o servicio que la empresa da. Tal es esta ventaja, que el secreto empresarial debe ser resguardado y además amparado jurídicamente para evitar actos que afecten a la competencia de un mercado.
3. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) en el numeral 7 del artículo 27, da no solo una definición sino también todo lo que engloba el secreto empresarial en aras de saber cuándo la información de una empresa puede ser considerada un secreto empresarial. Bajo dicha definición, es necesario que se tomen las medidas respectivas para que esta se encuentre perfectamente resguardada. Pese a que se deben cumplir ciertas características determinadas para que información sea considerada un secreto empresarial, el factor más importante es evitar de cualquier forma que la información no sea conocida por un tercero ni que esta sea fácilmente accesible por personas ajenas a la compañía e inclusive por personas dentro de esta, toda vez que si es de fácil acceso entonces no puede ser amparada por la figura del secreto empresarial.

4. Pese a la prohibición y características que prevé la LORCPM, existen ocasiones en las cuales una norma hace que una empresa revele tanta información, en razón de una protección constitucional referente a otro derecho, que causa que el secreto empresarial de una compañía sea descubierto o revelado con mayor facilidad causando una afectación en la libre competencia de un mercado debidamente regulado.
5. En el caso de los derechos del consumidor, el legislador ha ubicado a los mismos dentro del capítulo de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Esta división de derechos se la ha realizado en afán de procurar una mejor organización de los derechos promulgados en la Constitución y las garantías que promueve el Estado.
6. Anteriormente, las leyes buscaban dar una protección más enfocada a la empresa como parte fundamental del andamiaje de la economía de un país. No obstante, desde hace unos años la normativa se ha volcado a dar un mayor enfoque en el mercado en sí, con miras a la protección y defensa del consumidor.
7. Por la nueva visión que tiene el Estado respecto del tipo de sistema económico que se lleva en el país, hay una necesidad de una regulación para defensa del consumidor; sin embargo, la misma no debe sobrepasarse al punto de causar un perjuicio al mercado y economía de un Estado.
8. Las normas para la verificación de la calidad de un producto o servicio se enfocaba en la calidad como tal, con el fin de proteger al productor y no para proteger al mercado. A fin de normar la calidad, se ha ido emitiendo reglamentos y normativas técnicas específicas para cada producto para que este pueda ser comercializado. Estas especificidades en ocasiones son de difícil cumplimiento, son rígidas en razón de que deben garantizar un producto de óptima calidad que asegura la salud del consumidor y vela por el cumplimiento de los principios de las Leyes que se aplican a la materia. Si bien parecería que estos estándares son útiles a la hora de salvaguardar la salud del consumidor, los mismos se tornan sumamente exagerados y además traban de sobremanera el comercio y con eso causan una gran afectación al mercado como se analizará posteriormente. Si bien las normas técnicas y de

conformidad causan un gran apoyo para salvaguardar al consumidor, las mismas están siendo utilizadas de manera exagerada al punto que están afectando al mercado, a la competencia y a la economía del país.

9. El artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador es fundamental al momento de analizar el tema del secreto empresarial, toda vez que esta es la norma que ampara la expedición de todas las normativas en defensa del consumidor. Es elemental que exista una norma constitucional que sea base para la expedición de leyes orgánicas, ordinarias, acuerdos, reglamentos y normativas; no obstante, esta norma ha causado que se dé una sobrerregulación en temas que fácilmente pueden ser amparados con normativa más sencilla. Los efectos de esta sobrerregulación han sido la disconformidad de varias empresas a seguir ofertando sus productos o de seguir importándolos, en función de que hoy en día se requiere de la entrega de mayor información al Estado para la previa comercialización de un producto.

10. En la actualidad el Ecuador vive un sistema económico social y solidario, que ha sido la causa por la cual se han promulgado leyes, como la LORCPM, por medio de las cuales no solo se abordan temas relacionados con la competencia y sus elementos, sino que también para obedecer su base constitucional, esto es, el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador. El secreto empresarial es un elemento que la LORCPM busca abordar y proteger debido a que se relaciona principalmente con la empresas que son elementos importantes dentro de una economía, tanto es así que el legislador trasladó su protección desde la Ley de Propiedad Intelectual a la LORCPM. Al ser la LORCPM una norma jurídica que fue creada en base al artículo de la Constitución que se refiere al sistema económico del Ecuador, el secreto empresarial ha adquirido una importancia constitucional completamente relacionada al mercado y desde esta perspectiva podemos ver que al referirnos a un secreto empresarial y considerando su elemento patrimonial que provoca un movimiento en la economía del país, este sin duda afecta al sistema económico al que estamos sometidos hoy por hoy.

11. En nuestra actual Constitución, no se hace referencia expresa a los consumidores cuando habla del sistema económico; sin perjuicio de lo anterior,

el sistema económico actual reconoce al ser humano como sujeto y fin de la economía y propende en el hecho de que la sociedad debe estar equilibrada con los demás componentes del sistema para que este funcione. Esto nos hace ver que actualmente, el Estado no vincula directamente al derecho de acceso al consumo con el sistema económico; no obstante, ha optado por expedir normas más directas y amparadas con una base constitucional a fin de dar no solo una importancia más grande a los consumidores sino también para protegerlos de manera más eficaz. Esta protección focalizada que realiza el Estado actualmente al consumidor, siempre amparado en normativa constitucional tiene cierta justificación, ya que el derecho de defensa del consumidor es un área del derecho protectorio que nace de una base constitucional, que ahora es mejor conocido como una garantía constitucional. En este sentido, se ha supuesto que el consumidor es sumamente vulnerable frente a todas las situaciones a las que se enfrente, de esta forma solamente de manera constitucional se puede llegar a un proteccionismo óptimo del consumidor a fin de que cualquier situación no lo menoscabe. En el evento de que este derecho sea menoscabado causará un desorden que afectará al ordenamiento jurídico; no obstante, también hay consecuencias cuando este derecho es protegido de manera excepcional como pasa en este momento.

12. En el Ecuador se ha decidido establecer una cantidad de normas de defensa del consumidor a fin de que las compañías entreguen toda la información necesaria para los consumidores a fin de que estos no sean afectados, claro que todas estas normas tienen una base constitucional que es el artículo 52 de la Constitución. Lamentablemente, al haber este exceso de normas que implica la entrega de una gran cantidad de información sobre el producto de una compañía, los órganos reguladores no han considerado que este abuso de la norma constitucional haya ocasionado una posible violación al secreto empresarial de las compañías.

13. La doctrina ha señalado que la defensa al consumidor merece una base constitucional para no afectar el orden público; no obstante, en nuestro país esta base ha sido objeto para que se expida un exceso de normas que buscan hacer que productores entreguen gran cantidad de información. Esta gran

cantidad de información ha hecho que los productores decidan no seguir en el mercado debido a que los obliga a revelar secretos empresariales. Al salir estos productores del mercado se reduce el empleo, se reducen los ingresos de las personas y se reduce una parte de la economía del país. Al verse el mercado afectado, el plan de llevar un sistema económico que busque armonía de sus integrantes va desapareciendo porque deja de existir uno de estos integrantes y por ende el sistema se quiebra.

14. Como consecuencia del exceso de normas, podemos concluir que la base constitucional que se ha dado a la defensa del consumidor para mantener un orden público ha hecho justamente lo contrario, ha afectado al mercado de tal manera que más bien ha causado un desorden, uno que simplemente puede ser corregido mediante la superposición de un derecho sobre otro.

16. La superposición de normas es algo que puede ser dado solamente por un órgano competente para aquello como lo es la Corte Constitucional, que mediante sus dictámenes y sentencias puede interpretar normas. Esta interpretación puede darse mediante la acción de interpretación, facultad que solo tiene este órgano Estatal, que si bien no ha sido aceptada por muchos doctrinarios es una herramienta que ha sido entregada constitucionalmente pero limitada a fin de evitar un abuso de esta facultad. Dichas limitaciones se basan en principios de interpretación de normas que pueden ser obedecidos por la Corte, examinando cual sería el que mejor se aplica.

17. Al momento de examinar si el derecho a la defensa del consumidor o la garantía de un sistema económico social y solidario armónico tienen mayor peso en el caso de violación al secreto empresarial, se debe utilizar la ponderación de derechos, que es un sistema de jerarquía móvil que analiza un caso puntual a fin de llegar a la conclusión determinante de la antinomia normativa, a fin de resolver el inconveniente.

5.2 Recomendaciones

Considerando las conclusiones previamente plasmadas, se llegan a realizar las siguientes recomendaciones:

1. Que el uso de una base constitucional para la expedición normas de defensa del consumidor, se dé únicamente cuando pueda llegar a existir una eminente afectación a la salud del consumidor y no como base para cualquier norma de defensa del consumidor, toda vez que el exceso de normas causa una inconformidad en los productores de bienes y servicios y traba el mercado competitivo en el que nos encontramos.
2. Es necesario realizar una determinación de todas las leyes, reglamentos, normas y demás normativa referente a los requerimientos para comercialización de productos y servicios para determinar verdaderamente la información que requiere el Estado por parte del productor, toda vez que la acumulación de normas deriva en la posibilidad de que un productor se vea en la necesidad de revelar su secreto empresarial y por ende escoger entre permanecer en el mercado y verse afectado por el fácil acceso de su secreto empresarial o ahuyentarse del mercado y afectar el sistema económico que reconoce el Estado.
3. Buscar respetar las normas de defensa del sistema económico social y solidario para mantener una armonía y un orden social equilibrado, para que de esta manera no haya conflicto normativo.
4. En el evento de existir una antinomia entre una ley amparada en la defensa del consumidor y otra ley que obedezca al sistema económico social y solidario, utilizar la ponderación como principio y acción para resolver el problema en el caso concreto.
5. Buscar dar seguridad jurídica a los productores de bienes y servicios respecto sus secretos empresariales para mantener una economía estable que no lleve a tomar medidas adicionales para sostenerse.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ávila, R. (2008). *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*. Quito, Ecuador: Editorial Mimeo.
- Barona, S. (1999). *Competencia Desleal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Código del Trabajo. Registro Oficial No. 167, Suplemento, de 16 de diciembre de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Coraggio, J. (2004). *La gente o el capital*. Quito, Ecuador: Editorial Abya Yala.
- Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa 001-09-SIC-CC, 13 de marzo de 2009. Registro Oficial No. 549, Suplemento, de 16 de Marzo de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa 005-09-SIC-CC, 01 de octubre de 2009. Registro Oficial No. 43, Suplemento, de 08 de octubre de 2009.
- Corte de Estados Unidos de América. (s.f). *Restatement of Torts*. Recuperado el 18 de agosto de 2014 de <http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Unpublished/121260.U.pdf>
- Corte Suprema de Apelaciones del Quinto Circuito. (s.f). Caso No. 28254 E.I. duPONT deNEMOURS &COMPANY, Inc., Plaintiff-Appellee, v. Rolfe CHRISTOPHER et al. Fondo. Sentencia del 20 de Julio de 1970. F.2d 1012. Recuperado el 05 de julio de 2014 de <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/1970%20Dupont.pdf>
- Decisión de la Comunidad Andina 486. Gaceta Oficial de la CAN No. 600 del 19 de septiembre de 2000. Registro Oficial No. 258 del 02 de febrero de 2001.

- Decisión de la Comunidad Andina 608 y 616. Registro Oficial No. 558 del 27 de marzo de 2008.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa
- Ghidini, G. (2001). *Aspectos Actuales del Derecho Industrial*. Granada, España: Editorial Comares.
- Gómez Segade, J.A. (1974). *El secreto industrial (Know How) Conceptos y Protección*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Habermas, J. (1994). *Hechos y Normas* (4a. Edición). Suhrkamp, Alemania: Editorial Fráncfort del Meno.
- Jaramillo, J. (1987). *El secreto industrial y la transferencia internacional de tecnología*. (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador).
- Katona, G. (1968). *La sociedad de consumo de masas*. Madrid, España: Editorial Rialp.
- Larrea, A. (2010). *La disputa de sentidos por el Buen Vivir como proceso contra hegemónico. En Senplades, Los nuevos retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay*. Quito, Ecuador.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial No. 557, Suplemento, de 17 de abril de 2002.
- Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial No. 426, Suplemento, del 28 de diciembre de 2006.
- Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad. Registro Oficial No. 26, Suplemento, del 22 de febrero de 2007.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial No. 116, Suplemento, del 10 de julio de 2000.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

- Llobregat, M. (2007). *Temas de Propiedad Industrial* (2da Edición). Madrid, España: Editorial La Ley.
- Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal - Culzoni.
- Márquez, R. (1985). *La competencia desleal en el campo de propiedad industrial*. (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador).
- Massaguer, J. (2006). *El Nuevo Derecho Contra la Competencia Desleal*. Navarra, España: Editorial Civitas.
- Parejo, A. (2009). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. Madrid, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pérez de Ontiveros, C. (2010). *Derecho de Autor: La Facultad de Decidir la Divulgación*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Registro Oficial No. 78, Suplemento, del 11 de septiembre de 2013.
- Porras, A. y Romero, J. *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010* (1a reimp.). Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Prieto, L. (2001). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Recuperado el 04 de noviembre de 2014 de <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf>
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 del 7 de mayo de 2012.
- Reglamento Técnico Ecuatoriano INEN 022 (2R). Registro Oficial No. 318, Suplemento, del 25 de agosto de 2014.
- Reich, N. (1985). *Mercado y Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Resolución No. 001-2013-CIMC. Registro Oficial No. 04 de 30 de mayo de 2013.
- Resolución No. 005-2013-CIMC, Registro Oficial No. 167 del 22 de enero de 2014.
- Resolución No. 116. Registro Oficial No. 185 del 17 de febrero de 2014

Ripert, G. (1950). *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*. Cajica, México.

Santos Briz, J. (1992). *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada, España: Editorial Comares.

Stiglitz, G. y Stiglitz, R. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Rocca.

Tribunal Constitucional de España. (s.f.) Causa STC 320/1994. Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 1994. Recuperado el 28 de octubre de 2014 de <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ca-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1994/320>