



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

**LA IMITACIÓN Y CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA
DESLEAL**

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

DR. ÁLVARO JOSÉ PÓLIT GARCÍA

AUTOR

JOSÉ ANDRÉS ABAD MERCHÁN

Año

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Álvaro José Pólit García

Doctor en Jurisprudencia

C.C. 1707782486

DECLARACIÓN DEL ESTUDIANTE

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

José Andrés Abad Merchán

C.C. 1717554354

AGRADECIMIENTO

A mi Familia por darme el apoyo constante y necesario para mi crecimiento personal y profesional. A María Paz Cornejo, quien fue mi mayor apoyo durante todo mi tiempo de estudios en la Universidad, a todos mis profesores, pero en particular a mi Director el Dr. Álvaro Pólit por su guía y apoyo en la elaboración de este trabajo.

DEDICATORIA

A Dios por bendecirme y darme a la maravillosa familia que me rodea, a mis padres quienes siempre me han apoyado constantemente en todos los aspectos de mi vida, a María Paz Cornejo por darme ese cariño necesario para poder cumplir mis metas, y finalmente, a mi gran amigo Carlos Bastidas Touma quien en vida supo enseñarme a sonreír en los peores momentos.

RESUMEN

La competencia desleal, en el Ecuador, es un área en la cual antes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se encontraba regulada de manera muy básica en la Ley de Propiedad Intelectual. Cuando se presentaban casos de actos de competencia desleal, en el área de Propiedad Industrial o en general, se tenía que remitir directamente a la Doctrina para poder entender a los actos que constituyen competencia desleal, entre ellos los actos de confusión y de imitación.

Los actos de confusión y de imitación, han sido asociados como un solo acto por varios doctrinarios y legislaciones de diversos países alrededor del mundo, basándose en los antecedentes históricos de estos dos actos y también en el fin que tienen dentro de la competencia desleal, causando a los administradores de justicia y abogados en libre ejercicio, un problema al momento de diferenciar y de aplicar estas dos figuras jurídicas. En este sentido, en el desarrollo de este trabajo de titulación universitaria se ha recogido las ponencias jurídicas de tratadistas respecto de lo que representa la competencia desleal y de los elementos que conforman estos dos actos, con el fin de establecer diferencias y semejanzas para entenderlas mejor y a su vez se ha realizado un análisis de estos actos que fueron recogidos por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El análisis realizado propone aclarar ambas figuras jurídicas, con el fin de solucionar el problema que tienen los administradores de justicia y los abogados en libre ejercicio profesional.

Las aclaraciones realizadas en este trabajo sobre la confusión y la imitación, como actos de competencia desleal, buscan generar una seguridad jurídica a todos los agentes que intervienen en el mercado.

ABSTRACT

Unfair competition in Ecuador was briefly covered by the Intellectual Property Act before the enactment of the Antitrust Law. In cases of unfair competition, in areas such as Industrial Property or in general, such cases were referred directly to doctrine to help understand which cases shall be considered as unfair practices, including acts of confusion or acts of imitation.

Acts of confusion and imitation, have been associated as the same practice by various authors and legislations around the globe, considering the historic background of both practices and considering the ultimate goal that both acts pursue within unfair competition. This lack of differentiation has caused several problems to judges and attorneys when interpreting these two practices. Taking this into consideration, this paper contains several views from various authors regarding this subject matter as well as the key elements of these two acts, and this paper is aimed to define the main differences and similarities among these two in order to have a clear concept of each. Furthermore, this paper contains a detailed analysis of these two acts that were included in the new Antitrust Law. The analysis is focused to help clarify the concepts of both acts, and to provide a solution to the daily problem that judges and attorneys face.

The concepts of confusion and imitation discussed in this work, as unfair practices, try to generate some legal certainty to the actors in the market economy.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: COMPETENCIA DESLEAL	3
1.1. Antecedentes Históricos.....	3
1.1.1. Antecedentes Históricos en Europa	3
1.1.2. Antecedentes Históricos en Latinoamérica y Ecuador	5
1.2. Definición de Competencia Desleal.....	7
1.2.1. Definición de prácticas desleales según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	9
1.1.3 Actos de Competencia Desleal	10
CAPÍTULO II: IMITACIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL	20
2.1 Imitación	20
2.1.1 Concepto General	20
2.1.2. La libertad de imitación	21
2.1.3. Modalidades de la imitación como acto de competencia desleal	23
2.1.3.1. Imitación desleal por riesgo de asociación.....	23
2.1.3.2. Imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena.	26
2.1.3.3. Imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.....	27
2.1.3.4. Imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor.....	28
2.2. La Imitación en la Legislación Ecuatoriana y Legislación Comparada.....	30
2.2.1. Legislación Española	31
2.2.2. Legislación Peruana.....	33

CAPÍTULO III: CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL	35
3.1 Confusión	35
3.1.1. Conceptos Generales.....	35
3.1.2. Elementos de la confusión como acto de competencia desleal	39
3.2 Tipos de Confusión	41
3.2.1. Confusión Mediata	41
3.2.2 Confusión Inmediata	42
3.3. Confusión en el Ecuador y Legislación Comparada.....	42
3.3.1. Legislación Ecuatoriana	42
3.3.2. Legislación Española	44
3.3.3. Legislación Peruana.....	45
 CAPITULO IV: DIFERENCIACIÓN ENTRE LA IMITACIÓN Y LA CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y ANÁLISIS DE ESTAS FIGURAS JURÍDICAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.....	 47
4.1. Análisis Respecto de la Imitación y la Confusión como Actos de Competencia Desleal	47
4.2. Análisis de la Regulación de la Imitación y la Confusión como Actos de Competencia Desleal, Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Del Mercado.	53
CONCLUSIONES	59
RECOMENDACIONES	63

BIBLIOGRAFÍA	64
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, se ha visto la necesidad desde hace mucho tiempo atrás de regular los actos de competencia desleal, con el fin de proteger los legítimos derechos de los comerciantes contra las prácticas desleales que suscitan a diario en el mercado.

En varios intentos por establecer una normativa que regule esta área del derecho, se logró establecer dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, una regulación para los actos de competencia desleal la cual de manera muy básica conceptualizaba lo que implica la competencia desleal y señalaba cuales actos de competencia desleal constituían actos de competencia desleal.

En la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se recogió en una sección, de manera más amplia todo lo necesario para regular a las prácticas desleales y cuáles eran los actos de competencia desleal, dejando derogado los artículos referentes a la Competencia Desleal en la Ley de Propiedad Intelectual.

Dentro de los varios actos de competencia desleal, encontramos a los actos de confusión e imitación, los cuales dentro de la esfera jurídica de las prácticas de competencia desleal, han tenido un problema respecto al entendimiento de ambas figuras, por lo que se les ha llegado a asociar a las dos como una sola figura jurídica. Este problema jurídico ha causado que varios tratadistas hagan sus comentarios respecto a estos actos de competencia desleal, y a su vez ha generado que estos planteen ponencias jurídicas en las cuales se ha definido, diferenciado y explicado ambos actos de competencia desleal. Sin embargo, existen doctrinarios que mantienen que estas dos figuras jurídicas son una misma, por lo que en las legislaciones del mundo no es necesario diferenciarlas.

El objetivo del presente trabajo de titulación es explicar y analizar los elementos de la confusión y la imitación como actos de competencia desleal, para poder realizar una comparación con la regulación sobre prácticas desleales que se recoge en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y también para poder analizar si estos actos constituyen una sola figura jurídica o si son dos actos diferentes. Una vez realizado este análisis sacaremos conclusiones respecto de estos actos dentro de la legislación ecuatoriana.

La idea de este estudio es realizar un aporte para todos aquellos operadores de justicia y abogados en el libre ejercicio profesional en el Ecuador, para que puedan entender a estas figuras jurídicas y saber identificarlas cuando se presenten casos en los que se pueden llegar a mal interpretar a estas figuras.

CAPITULO I: COMPETENCIA DESLEAL

1.1. Antecedentes Históricos

1.1.1. Antecedentes Históricos en Europa

Realizando un bosquejo en la historia de la normativa europea, es conocido que la competencia desleal tiene su origen en jurisprudencia francesa basada en la responsabilidad civil extracontractual, de la misma manera en Italia, basada en la normativa general sobre los actos ilícitos civiles extracontractuales del Código Civil italiano. Este fue el inicio de la regulación de las diversas prácticas desleales que se empezaron a dar en el mercado. (Menendez, 1999: Pág # 36 y ss)

En el caso de Francia, además de desarrollar la competencia desleal mediante su jurisprudencia, también se buscó proteger a los empresarios de la época, reprimiendo la deslealtad profesional y sancionando las conductas graves por actos de competencia desleal como la denigración, la confusión o la violación de secretos industriales. (Menendez S. G., 2004:Pág # 11)

En Alemania, como lo señala el catedrático Sebastián García Menéndez, la jurisprudencia no desarrolló de manera importante a la competencia desleal, pero si se apoyó en defenderla mediante normas que se encontraban dispersas y que con el pasar del tiempo y de las leyes se fueron fortaleciendo en un solo cuerpo normativo, hasta llegar a la Ley de Competencia Desleal de 1909 que sirvió de manera muy importante como un referente y como guía para el resto de legislaciones de Europa; para el desarrollo de normativa respecto de esta disciplina (Menendez S. G., 2004: Pág # 12).

Sin duda, todos estos ejemplos han constituido los inicios para la regulación de la competencia desleal mediante normas especiales para

esta disciplina. Pero sin ninguna duda, el Convenio de Paris ha sido la normativa a nivel de tratados internacionales, que ha tenido como fin regular la protección de la Propiedad Industrial. Este tratado constituye una herramienta importante para el desarrollo normativo de la competencia desleal, después de varias revisiones y acercamientos para regular la competencia desleal, se concreto introducir el 6 de noviembre de 1925, en la revisión realizada en La Haya, una cláusula general de deslealtad en la cual se manifiesta que la valoración de las conductas se lo realiza mediante los usos en materia comercial e industrial y exige que todos los países industrializados deben configurar en sus legislaciones la disciplina de la competencia desleal (Menendez S. G., 2004: Pág # 11).

Antonio Robles Martín-Laborda, en su libro denominado “Libre Competencia y Competencia Desleal”, manifiesta que en los orígenes de esta disciplina se busco regular mediante una normativa general de competencia desleal, la protección de la propiedad en sí, por lo que se entiende que desde un inicio se desarrollo esta protección en base a la Propiedad Intelectual, pero en particular sobre el Derecho de Propiedad Industrial. Más adelante, el autor manifiesta que la competencia desleal, se va desarrollando como una normativa de carácter típico, la cual se rige bajo el principio de especialidad, por lo que se la empieza a considerar como una disciplina que solo puede regular los comportamientos expresamente prohibidos en una ley especial. (Martín-Laborda, 2004: Págs # 23 y 24)

La competencia desleal toma un cambio importante en los años postguerra, cuando en Europa se toma interés por el lado social y en consecuencia se busca dar importancia a la protección de los intereses colectivos y públicos, buscando la intervención directa del Estado en la protección contra la competencia desleal, otorgándole al Estado funciones reguladoras y redistributivas, de tal modo que se busca regular

los intereses públicos y particulares en una economía del estado social de derecho (Menendez S. G., 2004: 16 y 17).

1.1.2. Antecedentes Históricos en Latinoamérica y Ecuador

En Latinoamérica, diversos países se han preocupado de incorporar en sus legislaciones normas de competencia desleal. Es así que, por ejemplo, países como Venezuela, Colombia, Perú, Uruguay, Argentina, Ecuador y Bolivia han buscado introducir normativa específica, y en diversos casos, regular la competencia desleal mediante diversas normas de carácter general, con el fin de regular economías que funcionan de manera medianamente eficaz.

A mediados del siglo XX, Venezuela, Paraguay y Perú fueron los primeros en dictar normas específicas respecto de esta disciplina. Pero de los datos recopilados, es conocido que en Colombia encontramos la legislación más antigua. En la misma se habló de competencia desleal y se reguló los hechos que constituyen competencia desleal y de igual manera cuáles eran las acciones judiciales contra estos actos. (Menendez S. G., 2004: 16 y 17)

La competencia desleal en el Ecuador, hasta el año de 1997, no tuvo una regulación normativa en la cual se trate directamente sobre este tema. Cuando existían casos de competencia desleal, se tenía que recurrir al capítulo de los delitos y de los cuasidelitos, regulados por el Código Civil ecuatoriano, con el fin de establecer sanciones contra los actos de competencia desleal provenientes de la aplicación por situaciones de usos comerciales. En este sentido, cuando las partes se sentían afectadas podían reclamar una indemnización o reparación si es que se demostraba la existencia de un delito o cuasidelito que haya inferido daño, o cuando haya provenido de la malicia o negligencia de una persona que cometiere una deslealtad y siempre y cuando esta sea de un competidor. (Ponce, 2002: Págs # 42 - 52)

En el Ecuador, a partir del año de 1997 en el Libro IV de la Ley de Propiedad Intelectual, a partir del artículo 284 hasta el 287, que en la actualidad se encuentran derogados, el legislador ecuatoriano reguló la competencia desleal de manera general. Los cuatro artículos hablaban de manera muy pobre respecto de la competencia desleal y se definía a la competencia desleal, conforme lo señalaba el artículo 284, manifestando que competencia desleal son todos los actos que vayan en contra de los usos honestos y en contra del desarrollo de actividades comerciales. A continuación, en el artículo 285 se mencionaba cuales eran los actos de competencia desleal y entre ellos se nombraba a la confusión, al boicot, a la comparación y a la imitación de publicidad de manera general, limitándose a nombrar cada uno de estos actos, sin definirlos o señalando cuales serían los elementos constitutivos para que se configuren cada uno de estos actos. Finalmente, en el artículo 286 se señalaba sobre los actos de divulgación y obtención no autorizada de datos.

Por otro lado, a nivel de Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador es parte, en materia de Propiedad Intelectual tenemos que la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 258 manifiesta que “*Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestas.*” La Decisión 486 hace referencia a la competencia desleal solo desde la perspectiva de la Propiedad Industrial y no abarca a toda la disciplina de la competencia desleal.

La Constitución de la República del Ecuador¹ manda que se sancione las prácticas que vayan en contra de la producción, que se fomente a la libre competencia en el mercado y que se erradique toda práctica de competencia desleal, conforme lo señala el artículo 335. En la actualidad, la sociedad y el

¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 335.- El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

gobierno saben lo necesario que es regular la libre competencia económica y regular las prácticas de competencia desleal y toda práctica que afecte el desarrollo de los sujetos que intervienen en una economía, por lo que se impulsó la denominada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la cual abarca lo referente a la libre competencia y a la competencia desleal, y reemplazó la normativa de competencia desleal que recogía la Ley de Propiedad Intelectual. Esto conlleva a concluir que esta ley debe beneficiar el desarrollo de la economía y regular la relación de todos los agentes que intervienen en esta, de manera que se fomente la libre competencia y se controle los actos de competencia desleal.

1.2. Definición de Competencia Desleal

El libro de Derecho de Competencia de la Maestría de la Universidad de la Américas nos entrega una primera definición de lo que es competencia desleal, manifestando que: *“Competencia desleal son las conductas consideradas contrarias a la ética o usos comerciales, también llamados de competencia o comercio desleal, son susceptibles de distorsionar las expectativas legítimas de los participantes en el mercado a no ser defraudados, y por tanto su realización perjudica tanto a los consumidores, quienes pueden verse sujetos a un engaño, como a los productores, quienes pueden verse excluidos injustificadamente del mercado, por el competidor desleal que lesiona su imagen, medra su patrimonio, roba sus secretos industriales, etc.”* (Carrera, 2010: Pág # 78)

Por otro lado, encontramos que Silvia Barona, manifiesta de manera general que en la Ley de Publicidad de España de 1988 se consideraba que *“es desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*, y que en este sentido, haciendo también referencia al Convenio de París, se manifiesta que uno se encuentra ante un acto de competencia desleal cuando este es contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. (Barona, 2005: Pág # 33)

Por otro lado, La Ley de Competencia Desleal de España, en su artículo quinto, referente a los actos de competencia desleal manifiesta que *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*. (Ley de Competencia Desleal de España, 1991)

Finalmente, si hacemos un análisis de los términos “competencia” y “desleal”, debemos referirnos a su significado como tal, en este sentido encontramos que “leal” según la Real Academia Española se refiere al << cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor >>, mientras tanto que referente al termino “competencia”, se señala que es la <<situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio>>. (Real Academia de la Lengua Española, 2011) Al realizar un análisis de estos dos términos y sacando un concepto propio de lo que es la competencia desleal, se refiere al comportamiento que tienen las personas naturales o jurídicas que intervienen en un mismo mercado, los cuales al ofrecer un bien o servicio al consumidor, realizan actos que atentan contra las normas morales y éticas, en las cuales como consecuencia terminan beneficiando al que comete el acto desleal y perjudicando a su competidor.

En consecuencia, la doctrina, las normas de carácter específico y la definición propia que hemos obtenido, concuerdan que la buena fe², tiene un papel primordial, ya que mediante este elemento se va a poder determinar si los diversos actos de los sujetos que intervienen en un mismo mercado y que son competidores entre sí, constituyen actos leales o desleales. (Barona, 2005: Pág # 33). En tal virtud, vamos a tener que distinguir entre una serie de distintos actos de competencia desleal, los cuales atentaran contra la libertad de elección que tendrán los

² BARONA VILAR Silva, Competencia Desleal, Pág. 33.- “...se trata de entender la buena fe en sentido objetivo como aquella que consiste en que la conducta de uno con respecto a otro, con que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia exige...”

consumidores y que como consecuencia afectarán a los beneficios económicos del productor.

Por lo tanto, he concluido que la competencia desleal tiene como fin el tutelar el derecho al patrimonio que tiene todo sujeto que interviene en el mercado. En este sentido, se concluye que la competencia desleal se preocupa de regular todos los intereses empresariales de personas jurídicas o naturales que vean vulnerado sus derechos patrimoniales, derivados de actos de competencia desleal provenientes de aquellas personas que tengan un nexo de competencia directo o indirecto.

1.2.1. Definición de prácticas desleales según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Asamblea Nacional ha considerado definir como desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestas dentro de las actividades económicas que se dan dentro del mercado, conforme lo señala el artículo 25. En la ley, para definir los usos honestos se toma como parámetro los criterios dentro del comercio nacional, y cuando se realizan actividades en operaciones internacionales se toma como referencia los parámetros sobre usos honestos que prevalecen a nivel internacional.

Es importante señalar que la ley especifica que para determinar la existencia de una práctica desleal no es necesario demostrar que existió conciencia o voluntad sobre el acto como tal, y se lo asume como un cuasidelito civil, es decir que es producto de actos u omisiones que causan daño a personas o bienes, existiendo la presencia de culpa o negligencia. (Catedra.org, 2008)

La ley manifiesta que tampoco es necesario que el acto como tal genere un daño efectivo en perjuicio de un tercero, sino que tan solo con constatar que

este riesgo es potencial ya se lo califica como desleal. Esto es un gran avance dentro de la normativa de competencia desleal dentro de nuestro país, ya que la doctrina y legislaciones de otros países toman en cuenta a este principio como un elemento para proteger a los consumidores.

1.1.3 Actos de Competencia Desleal

Los actos de competencia desleal, pueden ser diversos y de distintas modalidades. El fin de regularlos siempre será proteger los derechos de los competidores que se ven afectados, por lo tanto, se busca reprimir todos estos actos mediante una ley de competencia desleal. Hugo E Becerra Acevedo, en su texto de los Supuestos de la Competencia Desleal en la Propiedad Intelectual, manifiesta que “[l]a represión de los actos de competencia desleal tiene su fundamento en que el infractor contraviene los usos honestos en materia comercial o las buenas costumbres...” (Becerra, 2007: Pág # 28), por lo que se debe precautelar todos los bienes jurídicos protegidos, regulando normativamente los diversos actos y enunciándolos en las leyes.

Encontramos, según la doctrina, diversos actos de competencia desleal. Vamos a tomar en cuenta los de algunos tratadistas y enumerarlos con el objeto de posteriormente tomar los que son considerados los más comunes e importantes y conceptualizarlos. Los actos de competencia desleal pueden ser incontables debido a que día a día surgen nuevos actos los cuales son desleales, y que tienen como fin aprovecharse de los competidores dentro de un mercado.

Según Silvia Barona, los actos de competencia desleal pueden ser por confusión, imitación, engaño, denigración, comparación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, discriminación y venta a pérdida, los cuales constituyen actos típicos de la competencia desleal. (Barona, 2005: Pág # 40)

Por otro lado, tenemos una clasificación más doctrinal hecha por Hefermehl, en el cual conforme lo señala Sebastián García Menéndez en su libro de competencia desleal, se agrupan en cinco estamentos, que son: **a) Actos que implican la captación desleal de la clientela** (Confusión, engaño, publicidad engañosa, entre otros); **b) los actos de obstaculización desleal de los competidores** (Violación de secretos, denigración, discriminación, boicot, dumping y publicidad comparativa); **c) Actos de explotación desleal de esfuerzos ajenos** (Imitación, aprovechamiento reputación ajena y divulgación de secretos); **d) Actos de obtención de una ventaja competitiva mediante la violación de normas** (Incumplimiento contractual, violación a precios impuestos por ley); **e) Actos de perturbación del mercado** (abuso de la posición dominante). (Menendez S. G., 2004: Pág # 72 - 73)

Existe otra clasificación la cual ha sido considerada en la Argentina y que fue introducida por Jorge Otamendi, la cual es basada en aquella pronunciada por Roubier. En este sentido, el catedrático y gran jurista argentino Otamendi, ha manifestado que los actos de competencia desleal se dividen en cuatro grupos, los cuales se encuentra divididos de la siguiente manera: **a) por los actos de confusión**, entre los cuales se encuentran la confusión el engaño y la imitación de las prestaciones; **b) Los actos de denigración**, entre los cuales están la denigración y la publicidad comparativa; **c) Actos de desorganización interna del competidor**, entre los cuales encontramos la violación contractual, y la violación de secretos; **d) Actos de desorganización general del mercado**, entre los cuales están las venta perdida y la violación de normas. (Menendez S. G., 2004: Pág # 77)

En último lugar, también se mencionará aquella clasificación que ha tenido mayor acogida a nivel de todas las legislaciones de Europa, la cual fue elaborada por Emmerich, en la cual organiza a todos los actos de competencia desleal de acuerdo a los intereses de cada uno de los

afectados. En este sentido, se clasifican en: **a)** *Los que lesionan el interés del competidor*; **b)** *Los que lesionan el interés del consumidor*; y, **c)** *Los que lesionan el interés del público*. Dentro de los que se encuentran en el literal “a”, encontramos que se encuentran todos aquellos actos en los que se busca proteger el interés de aquellos sujetos que han obtenido su posicionamiento en el mercado, y encontramos que en este grupo están los actos de confusión, violación de secretos y la apropiación ilegítima de clientela. En el grupo que se encuentran en el literal “b”, encontramos aquellos que buscan proteger todos los intereses del consumidor, en este sentido están: La publicidad comparativa, la explotación mediante estímulos distintos a la prestación. Finalmente, en el tercer grupo se enfocan en aquellos actos que atentan contra el mercado y su estabilidad, entre los cuales encontramos los siguientes actos: Venta a pérdida, abuso de posición dominante, y la obtención de ventajas mediante la violación de normas. (Menendez S. G., 2004: Pág # 73 - 74)

Sin embargo, por la dificultad de encontrar una definición uniforme entre todos los doctrinarios en lo que se refiere a competencia desleal, y al analizar que existen tantas clasificaciones, se puede concluir que todas llegan al mismo fin y que cada una toma en cuenta actos de competencia desleal los cuales son típicos en diferentes legislaciones.

En consecuencia, de los párrafos anteriores se puede deducir que los actos de competencia desleal más comunes para los diferentes doctrinarios y legislaciones son los siguientes:

- Actos de Confusión
- Actos de Imitación
- Actos de Engaño
- Actos de Denigración
- Actos de Comparación
- Violación de secreto

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, en su artículo 27, referente a las prácticas desleales nos señala cuales son los actos de competencia desleal en el Ecuador y señalamos a continuación cuales son los actos más comunes:

- Acto de confusión
- Acto de engaño
- Acto de imitación
- Acto de denigración
- Acto de comparación
- Explotación de la reputación ajena
- Violación de secretos empresariales
- Inducción a la infracción contractual
- Violación de normas
- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores

Con el objeto de enriquecer este trabajo de titulación, daremos breves conceptos de los actos de competencia desleal que la doctrina resalta; excepto de la confusión y de la imitación como tal, ya que en el capítulo segundo y tercero serán parte de un intenso estudio con el fin de analizar el problema jurídico planteado en el anteproyecto de tesis y buscar la solución al problema planteado. Así que, con el objeto de entender mejor a estos actos los definiremos, veremos cuáles son sus elementos constitutivos y los ejemplificaremos.

ACTOS DE ENGAÑO

Podemos tomar como referencia, para poder definir a este acto, tanto a la Ley de Competencia Desleal de España, como a la doctrina de manera general. En este sentido, la Ley señala en su artículo 7 que “[s]e considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o

falsas la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas". (Ley de Competencia Desleal de España, 1991).

Por otro lado, encontramos que algunos tratadistas llegan a considerar que se entiende a este acto como la impresión falaz que genera el competidor respecto de sus propios productos o servicios, que en consecuencia, constituye una afectación al competidor honesto que pierde la clientela de su negocio. (Patron, 2007: Pág # 122)

En tal virtud, se lo consideraría como el acto en el cual se genera una impresión equívoca frente a terceros sobre los servicios o productos que ofrece, y que como consecuencia, genera que los consumidores al momento de adquirir los productos, lo hagan inducidos por el error.

Silvia Barona, en su libro de Competencia Desleal, nos indica que para que se pueda dar la existencia de este tipo de acto debe darse los siguientes elementos:

- Debe existir fraude a los competidores, en el cual por omisiones o por el modo en el que se presenta un producto o un servicio se dé el engaño a los consumidores.
- Se use como medio para realizar el engaño, para la compra de productos, la utilización de indicaciones incorrectas o falsas; por omisión de datos verdaderos; y, por un medio en el que se de engaño sobre la naturaleza del producto o servicio.

- Cuando estos actos afecten directamente a los consumidores y a los empresarios que constituyen la competencia. (Barona, 2005: Págs # 45 - 52)

Podemos tomar como ejemplo cuando un consumidor elige comer en un sitio de comida rápida de hamburguesas denominado “Mc Hamburguesa”, y en este sitio vemos que tiene una arquitectura del establecimientos idéntico al de McDonald’s, nombres de las hamburguesas totalmente parecidos y su personal vestido de manera similar a la del personal que trabaja en cualquier establecimiento de McDonald’s, y llega un consumidor y al ver a todos estos factores pregunta a un empleado si se encuentra en McDonald’s, y este le responde afirmativamente, por lo que se estaría configurando conforme la doctrina y conforme la legislación de diversos países del mundo, en un acto de engaño en el cual se busca perjudicar a los consumidores y a los competidores, pero principalmente a la transparencia del mercado.

ACTOS DE DENIGRACIÓN

De la misma manera que en el acto de engaño, tomaremos un concepto basado en legislación comparada, por lo que deberíamos empezar diciendo que la legislación española, en el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, se ha referido a los actos de denigración como *“la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”*. Por lo que, la aseveraciones que se realicen sin las debidas pruebas y que tengan como fin generar pérdidas en la competencia se consideraría como un acto de denigración.

Con el fin de realizar un análisis hemos elegido acudir nuevamente a la definición que nos entrega el diccionario de la Real Academia Española, con el fin de entender lo que significa denigrar, y hemos encontrado que denigrar es el acto de <<Deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien>>, por lo que entenderíamos que consiste netamente en dañar la imagen y reputación de un competidor con el fin de aprovecharse de esta situación para generar pérdidas en la competencia y ganar adeptos en los consumidores para que compren sus productos.

En este sentido, la tratadista Silvia Barona, manifiesta que para obtener una regulación normativa de este acto deben concurrir los siguientes elementos:

- Debe haber la difusión de una serie de manifestaciones en las cuales se indique que los productos de la competencia son realizados con elementos dañinos.
- Se desvalorice al competidor en el mercado con el fin de lograr que las empresas o empresarios competidores reduzcan su clientela, disminuyendo la credibilidad y fama del competidor afectado.
- Cuando las afirmaciones o manifestaciones dadas no son exactas o verdaderas. (Barona, 2005: Pág # 56 - 59)

Para poder tomar un ejemplo, digamos que la compañía Cervecería Nacional CN S.A., fabricante de la cerveza denominada “Pilsener”, afirmara sin ninguna prueba que la Compañía Cervecera Ambev Ecuador S.A., fabricante de la cerveza “Brahama”, es una compañía la cual usa envases que no han sido lavados bajo estrictas normas técnicas y que estas botellas se encuentran de manera antihigiénica almacenadas en bodegas, y que en su interior la materia prima se encuentra en bodegas donde existen nidos de ratas y de murciélagos, generándole a Cervecera Ambev Ecuador S.A., una reducción en sus ventas y pérdida de clientela, haciéndole perder la buena fama que poseía esta compañía.

ACTOS DE COMPARACIÓN

Para poder definir a este acto de competencia desleal, es fundamental empezar por entender lo que implica el significado de comparación, cuáles son sus elementos y ejemplificarlo.

En este sentido, según el diccionario de la Real Academia Española define a la palabra comparación como el <<Fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza>>. Ahora no existe nada de malo en realizar la comparación de dos productos o servicios cuando se trata de beneficiar al consumidor y siempre que se hable bajo la verdad y con afirmaciones objetivas que aclaren a los consumidores sobre un producto u otro. El problema surge cuando los competidores empiezan a usar las comparaciones con el fin de minimizar al otro producto o servicio y maximizar el propio de ellos, con el objeto de mejorar sus ventas a través de aseveraciones que son falsas.

Un medio para realizar un acto de comparación es mediante la publicidad, y en este caso en particular es importante realizar un bosquejo en la doctrina y legislación de los Estados Unidos de Norteamérica ya que es bastante acostumbrado que existan casos de comparación en este mercado. Es por eso que en los casos norteamericanos, conforme nos indica Silvia Barona, en su texto de la competencia desleal, en lo referente a los actos de comparación, se indica que *“... [l]a legislación permite el uso abierto de la publicidad comparativa siempre que esta sea honrada, verdadera y no engañosa al consumidor...”* (Barona, 2005: Pág # 61), ya que ésta no afecta a nadie si cumple con estos requisitos, y al contrario, se demostró mediante argumentos válidos dados por la Federal Trade Commission, que aquella enriquecía de información a los consumidores para poder optar por una decisión al momento de elegir por un producto u otro.

En consecuencia, conforme a las leyes norteamericanas referentes a publicidad falsa en los Estados Unidos (Lanham Trademark Act, sección 43), los actos de comparación son <<Cuando estos contienen una representación, acción u omisión que posiblemente pueda engañar a los consumidores>>.

Para que la comparación pueda ser considerada desleal, debe cumplir ciertos requisitos:

- Comparar los productos o servicios que son propios o ajenos, con los de una tercera persona.
- Para obtener un resultado debe versar sobre la función, el fin y los medios utilizados.
- La comparación debe ser pública. (Barona, 2005: Págs # 63 - 64)

Un ejemplo de acto de comparación es la publicidad comparativa que empleó Energizer, en contra de Duracell. En el año de 1989, usó una parodia de un comercial de televisión de su competidor Duracell, en la cual se mostraba a un muñeco de conejo de color rosado funcionando sin detenerse gracias a que usaba las pilas Duracell. Energizer usó un conejo parecido y lo hizo pasear por otros comerciales ficticios. Usando el slogan de "y sigue andando", afirmando al público que sus baterías son mejores que las de la competencia, pero sin haber realizado un análisis objetivo de si esto era verdad.

VIOLACION DE SECRETOS

En cuanto a la violación de secretos, se los conoce como los actos en los cuales se difunde, usa o explota ciertos secretos que tiene una empresa o industria sobre la elaboración de productos y la prestación de servicios, y estos se llegan a utilizar sin la autorización de quien desarrolló este secreto.

Para que este sea considerado desleal debe, al igual que todos los demás actos de competencia desleal, cumplir con ciertos elementos, los cuales son:

- Que divulgue o se explote un secreto industrial o empresarial, sin autorización expresa del titular del secreto.
- Cuando se conoce que existe un secreto y se obtiene conocimiento del mismo y se sabe que tiene la obligación de guardar ese secreto y sin embargo no se lo hace o lo hace uso para su beneficio.
- No importa si existe el interés o la voluntad de obtener la información, lo que interesa es si se lo divulga o se lo explota. (Barona, 2005: Pág # 81)

Existen varios casos de violación de secretos empresariales o industriales, pero el común de los casos son aquellos en los que ex trabajadores de compañías, usando los conocimientos de sus experiencias obtenidas por su labor en estas, empiezan con negocios iguales, convirtiéndose en competidores, y usan los secretos empresariales o industriales de las compañías en las que trabajaban, para su beneficio propio.

CAPÍTULO II: IMITACIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

2.1 IMITACIÓN

2.1.1 Concepto General

Para iniciar hablando de la imitación como un supuesto de competencia desleal, es necesario señalar que antes de que exista este acto en algunas legislaciones y que algunos doctrinarios empiecen a considerarla como un acto de competencia desleal, la generalidad de casos que se presentaban anteriormente se los resolvía como supuestos actos de violación de derechos de propiedad industrial o como actos de confusión (MASSAGUER, 1999: Pág # 336), e incluso en la actualidad en diversas jurisdicciones en Latinoamérica, y en especial en Ecuador, no se sabe diferenciarlos.

Tomando en cuenta esta indicación, podemos partir de la premisa que los actos de imitación, son aquellos actos constitutivos de competencia desleal, los cuales la doctrina y diversas legislaciones reconocen como el acto que busca realizar algo semejante o igual a lo ajeno. En este sentido, quiere decir que buscan reproducir, asemejarse o parecerse a las prestaciones e iniciativas que tienen otros competidores del mercado; aprovechándose del esfuerzo de terceros. Este acto, como conducta desleal, tiene ciertas características particulares por las cuales se diferencia de otros actos de competencia desleal.

En el momento de establecer a la imitación como acto de competencia desleal, es importante distinguir cuatro tipos de actos de imitación, los cuales se miden por su intensidad. Dentro de las cuatro modalidades que plantearemos, se debe señalar que dos de ellos son totalmente contrarios y los otros dos se encuentran en un punto intermedio entre los

dos primeros. En este sentido, encontramos en un extremo a la imitación que se realiza como una reproducción exacta de un modelo base u originario. En el otro extremo encontramos a la imitación que usa un modelo base y se le agrega el ingenio y la creación de una persona la cual tiene como resultado una recreación del modelo base en la cual se mantiene los elementos esenciales y se varían unos pocos detalles. Entre estos dos tipos de imitaciones tenemos los dos modelos que se encuentran en un punto intermedio, el primero de ellos se mantiene un modelo base y se cambian elementos inapreciables y en el otro modelo intermedio se realiza una imitación la cual se cambia algún elemento esencial del modelo imitado. (OTERO, 2000: Pág # 74)

Dentro de las características que este acto tiene, dentro de la disciplina de la competencia desleal, encontramos que, en primer lugar, este acto se encuentra delimitado por el principio de la libertad de imitación, y una segunda característica es que existen diversas modalidades en la cuales se puede presentar la imitación. Estas características vamos analizarlas a continuación.

2.1.2. La libertad de imitación

La libertad de imitación, se le debe entender como el principio por el cual se da una autorización para imitar dentro de un mercado. Por lo que en un inicio se puede imitar todas aquellas prestaciones o iniciativas exceptuando aquellas que estén protegidas bajo una marca, una patente o por cualquier otro derecho de propiedad intelectual. Mientras no se encuentre amparado por algún derecho que le otorgue exclusividad a una persona, deberían estar las prestaciones o los servicios, a la disposición del dominio público (OTERO, 2000: Pág # 68).

En este sentido, se busca dar una libertad de actuación a todos los competidores, buscando incentivar los mercados, ya que mientras las prestaciones o las iniciativas empresariales se encuentren como ideas y no se

encuentren protegidos mediante un derecho de exclusiva, se estará fomentando la libre competencia y en consecuencia se beneficiara al interés del público en general. Por lo tanto, los competidores mejoran sus productos y con eso cumplen con una de las finalidades de la competencia la cual es generar incentivos para que las empresas logren una ventaja sobre otras ya sea mediante la mejora de sus productos, reducción de costos, aumento de la producción, baja de precios, aumento de ventas, etc. De manera que los beneficiados son los consumidores y los competidores que tienen aumento en sus ganancias y en su prestigio.

José Massaguer, señala que los actos de imitación no responden únicamente a los intereses de los competidores, también se encuentra los intereses de la propia economía y de salvaguardar el funcionamiento competitivo del mercado, para que de manera particular, se motive a innovar y mejorar las prestaciones. En este sentido, la imitación no se sancionaría como un acto de competencia desleal, sino solo los actos que, como ya se señaló antes, cumplan ciertas características y particularidades como es el estar protegidos por un derecho de exclusiva. (MASSAGUER, 1999: Pág # 338)

Un ejemplo claro, es la libertad que pueden tener todos aquellos productores de bebidas carbonatadas, los cuales no tienen restricciones de elaborar una bebida, que no se encuentra protegida por ningún derecho de exclusiva, y por lo tanto cumpliendo el principio de la libertad de imitación, elaboran este tipo de bebidas. El resultado de esta libertad de imitación en un mercado, es que se fomenta la competencia entre aquellos productores de bebidas como Coca Cola, Pepsi, Big Cola, etc., siendo el beneficiario el consumidor.

2.1.3. Modalidades de la imitación como acto de competencia desleal

Conforme lo analizado, se conoce que no todo acto de imitación que se da en el mercado, es un acto de competencia desleal per se; sin embargo, como lo señala la catedrática Silvia Barona, se debe analizar las diversas modalidades o circunstancias en las que se dan los actos de imitación. En primer lugar, señalaremos los actos de imitación como acto de competencia desleal vistos desde los diversos comportamientos:

- Imitación desleal por riesgo de asociación
- Imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena
- Imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno
- Imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor. (Barona, 2005: Pág # 438)

Es importante señalar que la doctrina y la jurisprudencia de manera general usan una gran variedad de términos para nombrar a estos actos que hemos señalado. Como lo señala Domínguez Pérez, todos estos actos de competencia desleal responden a un mismo fenómeno que en este caso sería la imitación (Perez, 2002: Pág # 40).

2.1.3.1. Imitación desleal por riesgo de asociación

La imitación por riesgo de asociación, se caracteriza por que se genera un riesgo de asociación en las prestaciones que son producidas por los competidores, y que imitan prestaciones que se encuentran protegidas por un derecho de exclusiva. En tal sentido, se muestran a estas prestaciones que imitan a otras, como si fueran propias de aquellos que las producen, cuando la realidad es que estas encuentran su origen en prestaciones ajenas.

Conforme el criterio de varios doctrinarios, se puede llegar a confundir a la imitación por riesgo de asociación, con los actos de confusión ya que las características que presentan estas dos modalidades dentro de la imitación y de la confusión son similares, con un mismo fin; el cual es sancionar a los competidores que se aprovechan de un derecho de exclusiva de un competidor, buscando evitar las falsas representaciones de procedencia empresarial o profesional en el mercado. Doctrinarios como Silvia Barona, señalan que existe una línea divisoria mínima para diferenciar un acto de imitación por riesgo de asociación de un acto de confusión. Pues en los dos actos hay un comportamiento que tiene como fin manipular a los consumidores hacía sus prestaciones, con el fin de verse beneficiados; generando una confusión sobre el origen de la prestación. Para diferenciar un acto de otro se debe considerar que la confusión desleal por riesgo de asociación se focaliza solamente en la procedencia de la prestación, mientras que en la imitación desleal el riesgo de asociación se refiere a la prestación misma. (Barona, 2005: Pág # 501)

Por lo tanto, se considera que hasta cierto punto las dos pueden llegar a un mismo fin, pero tanto la una como la otra tienen características propias que por lo cual son distintas y aunque las diferencias sean mínimas, se llega a constituir una diferencia por la cual se las debe tratar por distinto. Esta diferencia es el objeto sobre el que recae el acto de competencia desleal.

En consecuencia, es importante señalar que aunque la imitación como acto de competencia desleal se encuentra delimitada por el principio de libre imitabilidad, que ya fue señalado en el numeral II.1.1.1., sin embargo, tiene elementos por los cuales la imitación por riesgo de asociación se llega a constituir propiamente como un acto diferente a la confusión. En este sentido, adicionalmente a los requisitos para que se determine que existe un acto desleal, deben existir los siguientes requisitos para que confluya la imitación los cuales son:

- a) **Existencia de imitación.-** Consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio.
- b) **Objeto de protección.-** El objeto de protección debe ser una prestación que se debe encontrar protegido por un derecho de exclusiva, y se refiere exclusivamente a las creaciones materiales.
- c) **Capacidad para generar la asociación por parte de los consumidores.-** Se refiere a la capacidad de crear un riesgo de asociación y generar el error en el consumidor, de manera que las prestaciones se consideren que provienen de un mismo origen empresarial. (Barona, 2005: Pág # 501)

En relación a estos requisitos, para que pueda operar la imitación por riesgo de asociación, es importante analizar el literal b), ya que ese es el origen para la diferenciación entre la imitación y la confusión. En este sentido los dos son actos de competencia desleal, los cuales tienen como fin sancionar a los competidores que buscan aprovecharse de la creación ajena. Pero tras el análisis realizado en la doctrina; la jurisprudencia y la ley, se entiende que la confusión se configura cuando se llega a copiar, reproducir o imitar un signo distintivo como tal, el mismo que constituye un derecho de exclusiva, pero este trata de proteger a las creaciones formales de los empresarios. Por otro lado, la imitación por riesgo de asociación se configura cuando se llega a copiar, reproducir o imitar una prestación, la cual proviene de una creación meramente material.

José Massaguer nos indica, de manera muy precisa, que cuando existe este tipo de acto de competencia desleal, se lo debe entender como la producción de una prestación propia a partir de una prestación original ajena, en la cual se ha tomado elementos que pueden generar en el consumidor una apreciación en la cual se considere que las prestaciones tengan un mismo origen empresarial, lo que genera efectos mediatos e inmediatos. En consecuencia, el

efecto que generan en los consumidores a corto o a largo plazo es el mismo ya que se los llega a asociar con el mismo origen empresarial.

Para poder determinar la existencia de riesgo de asociación se debe de tener en cuenta la impresión del destinatario promedio, al cual se encuentra dirigida la prestación. Por ejemplo, en los casos de productos de consumo masivo los cuales se encuentran en los diferentes sitios a los cuales los consumidores acuden para adquirir de estos, se debe asumir que la asociación surge, cuando el consumidor guarda en su memoria la prestación original y adquiere otro producto basándose en la prestación original. El análisis para ver si existe imitación por riesgo de asociación se lo realizara de manera que no sea pormenorizada en los detalles. (Barona, 2005: Pág # 348)

2.1.3.2. Imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Al hablar de reputación ajena, hablamos del prestigio o posicionamiento que ha tenido una persona o una empresa. Al hablar de la imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, nos referimos a un acto de competencia desleal, que se puede presentar. Es importante destacar que este acto muchas veces por sus características se lo puede llegar a confundir con la explotación de la reputación ajena, conceptos que son diferentes, ya que son dos actos distintos, con características propias.

Al hablar de la imitación como acto de competencia desleal, con su modalidad de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, en el cual se entiende que es un acto que se aprovecha de la fama de un competidor, que se produce a través de la reproducción de prestaciones reconocidas. Sin embargo, no todo acto que se haya causado por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, quiere decir que

constituya un acto de imitación desleal; pues al contrario, constituye un acto desleal aquel que es indebido y evitable. (Barona, 2005: Pág # 355)

Para que la imitación por aprovechamiento de la reputación ajena pueda constituir como tal, aprovechamiento del prestigio o de la fama de un competidor tiene que la prestación original que está siendo imitada poseer singularidad competitiva y reconocimiento en el tráfico (Barona, 2005: Pág 514). Al hablar de singularidad competitiva, se refiere como lo señala Silvia Barona citando la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, del 11 de mayo de 2004, AC 2004/1541, en el cual se indica que singularidad competitiva *“que es la exigencia de que la prestación imitada sea de tal naturaleza, que con la misma se identifique a un empresario o se singularice una actividad diferenciada del resto de sus competidores, es decir, singularidad, peculiaridad, originalidad.”*

En consecuencia, podemos indicar que este acto al igual que todos tiene diferentes características y se lo puede definir como robo, usurpación, copia, que se logra a través de la reproducción de una prestación la cual se encuentra protegida por un derecho de exclusiva, y del prestigio y buen posicionamiento que ha logrado el competidor, con el fin de plantear una oferta en el mercado a todos los consumidores.

2.1.3.3. Imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

La imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, es una modalidad, en la cual se imita productos, bienes o servicios que no se hallan protegidos por un derecho de exclusiva, generando una confusión en los consumidores, y aprovechándose del esfuerzo ajeno realizado por los competidores. Se debe entender que es una reproducción o una copia de una prestación original, en la cual se usa diferentes medios técnicos que permitan la reproducción y multiplicación de la prestación original, pero con la característica que es con un costo

de elaboración es mucho menor. Es importante señalar que al momento de realizar una verdadera reproducción o una copia de una prestación original, denota que no existe, por parte de la persona que imita la prestación, un esfuerzo por el cual presenta su producto al mercado; y al contrario se demuestra una evidente mala fe, por la forma tramposa de obtener el producto para imitarlo. (Sentencia de Audiencia Provinciales de Madrid, 2004)

Este acto de competencia desleal tiene una excepción al resto de modalidades. Por sus características protege prestaciones que no se encuentran protegidas por un derecho de exclusiva. Al existir este tipo de imitación confunde al momento en que se asocia el producto imitado con el producto que se ofrece. La finalidad que tiene este tipo de acto de imitación, por su naturaleza, es ofrecer los mismos productos, pero en mejores condiciones para su producción, respecto del competidor, y precisamente valiéndose del esfuerzo y trabajo dedicado por el propietario de la prestación original, lo que evidentemente le lleva al imitador a tener un beneficio económico, mientras que a la persona dueña de la prestación original le puede generar un perjuicio, ya que puede dejar de percibir ganancias como consecuencia de este acto. (Barona, 2005: Pág # 521)

2.1.3.4. Imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor.

Esta cuarta modalidad de imitación, también es conocida como imitación predatoria. Esta imitación consiste en establecer una estrategia por parte de un competidor, con el fin de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado, la misma que debe ir de la mano con una reacción inmediata a la aparición en el mercado de toda nueva prestación o iniciativa de un competidor. (MASSAGUER, 1999: Págs # 360 - 361)

Es evidente que esta modalidad de imitación no pretende confundir o aprovecharse de la reputación ajena o del esfuerzo ajeno de otro competidor, esta modalidad denota una actitud agresiva por parte del competidor en la cual se busca entorpecer y dificultar que un competidor que busca establecerse en un mercado lo haga.

Existe una serie de elementos por los cuales esta modalidad de imitación puede tener una mayor fuerza, pero sin duda el “precio” que se le puede poner a una prestación es la que le da una característica única ya que mediante esta se establece que es un método predatorio por el cual se da un precio inferior de la prestación, el cual le genera pérdida al sujeto que impone el precio menor al del costo de producción, pero logra excluir a la competencia con el fin de que se establezca en el mercado.

Para Christian Fernando Tantaleán Odar, para que exista la imitación de manera sistemática manifiesta que es necesario cuatro elementos concurrentes para que se tipifique la infracción los mismos que son los siguientes:

- La imitación debe referirse a un competidor determinado.
 - La imitación debe ser metódica o sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor.
 - La estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado.
 - La imitación no debe ser una respuesta natural al mercado.
- (TANTALEAN, 2008: Pág # 8 - 15)

2.2. LA IMITACION EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

En el Ecuador, no ha existido una figura jurídica para la imitación como un acto de competencia desleal, y en la legislación que teníamos en la Ley de Propiedad Intelectual respecto de los actos de competencia desleal no se la mencionaba, más que para la imitación de publicidad. En este sentido la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha recogido a esta figura jurídica y la ha conceptualizado dentro de la sección referente a las prácticas desleales y la identifican como actos de práctica desleal referente a la imitación, regulando los siguientes actos:

- a) *La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.*
- b) *La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.*
- c) *La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art 27)*

Sin embargo, encontramos que la imitación en el punto *b*), incluye la palabra confusión y en este sentido ya genera una idea de asociación entre la imitación y la confusión como actos de competencia desleal. En este sentido, analizaremos más adelante si estos actos de competencia desleal constituyen un mismo acto o por el contrario son dos actos completamente distintos y deben ser tratados por separado.

Con el fin realizar una investigación que permita sacar lo mejor de las legislaciones a comparar, vamos a realizar un análisis de las legislaciones extranjeras, por lo que vamos a utilizar el método comparativo, con la finalidad de obtener semejanzas y diferencias, para poder sacar un análisis de lo importante que poseen estas legislaciones respecto a la imitación como acto de competencia desleal. Con este propósito, se toma como referencia la legislación española y la legislación peruana.

2.2.1. Legislación Española

La figura de la imitación como un acto de competencia desleal, en España no se la reconoció sino hasta la última Ley de Competencia Desleal del año de 1992, antes se la confundía o se la asociaba simplemente como una violación a los derechos de propiedad intelectual, o simplemente se le asociaba con la confusión ya que sus características era muy similares. Sin embargo, el legislador español vio la necesidad de regular este acto, ya que la competencia dentro del mercado necesita de una seguridad jurídica más amplia y esto se lo logra a través de una ampliación en conceptos jurídicos que abarca diversas situaciones como es la imitación. Es así que en la Ley de Competencia Desleal de España, en su artículo once, textualmente se lo regula de la siguiente manera:

“1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.
(Ley de Competencia Desleal de España, 1991)

En este sentido, podemos ver que el legislador español ha buscado generar una normativa respecto de la imitación de manera amplia. Por lo tanto, en el primer párrafo se puede distinguir que bajo el principio de la libertad de imitación todo producto, servicio, prestación o establecimiento que se encuentre bajo un derecho de exclusiva, se encontrara protegido de manera que cualquier competidor que lo imite estará cometiendo un acto de competencia desleal. También se señala dos casos particulares en los que las prácticas de imitación son desleales.

La normativa española no se limita a indicar solo una circunstancia especial para que se constituya la imitación. En este sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador no recoge exactamente el mismo postulado respecto de la imitación y no se señala el principio de la libertad de imitación, sino que, por el contrario se señala que imitación es la conducta que infringe o lesione un derecho de propiedad intelectual y posteriormente se señala dos circunstancias especiales en las que se puede dar la imitación.

2.2.2. Legislación Peruana

En el año de 1996, mediante la ley sobre represión de la Competencia Desleal, se busco regular esta figura jurídica, la misma que señalaba respecto de los actos de imitación en su artículo tercero lo siguiente: *“No se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la ley”* y posteriormente en el artículo trece, regula a esta figura de la imitación y habla que: *“Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel”*. (Decreto Ley No. 26122, 1996)

Es importante señalar que esta ley, que ya no se encuentra actualmente en vigencia, nos habla del principio de libertad imitación y luego, se refiere a la imitación sistemática. Este acto no busca regular la reproducción o la copia de las prestaciones ajenas, como ya se señalo antes, y tan solo regula todos los actos que podían realizar los competidores con el fin de no permitir a otro competidor establecerse en el mercado.

Posteriormente, la legislación peruana cambiaria su normativa respecto de la imitación, y mediante el decreto legislativo No. 1144, el 26 de junio de 2008, se la suprime de la normativa peruana dejando a esta figura como un acto no contemplado en la legislación. Sin embargo, es importante señalar que se la aplica debido a que existe doctrina, jurisprudencia y a que se la relaciona con la confusión como ya se lo demuestra en pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI, pronunciamientos mediante resoluciones en diferentes casos de confusión y en donde se indica se rescata de la imitación respecto de iniciativas empresariales, y se argumenta que estas se encuentran permitidas siempre y

cuando no afecten el derecho de exclusiva respecto de elementos de la propiedad intelectual o que se afecte el derecho de diferenciación de los empresarios en el mercado respecto de sus productos, servicios o establecimientos, lo que nos lleva a deducir que este acto de competencia desleal sigue presente si bien o mal bajo la figura de la confusión, pero adicionalmente bajo un principio de la competencia el cual es de vital importancia como es la libertad de imitación ya que este principio permite el desarrollo del mercado como tal.

CAPÍTULO III: CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 CONFUSIÓN

3.1.1. Conceptos Generales

La confusión, conforme la doctrina lo señala, es un acto de competencia desleal, diferente al riesgo de confusión marcaria que trata el área de propiedad industrial. Sobre esto el Tribunal Andino de Justicia ha emitido un correcto pronunciamiento en un proceso de análisis de Interpretación Prejudicial de 11 de abril de 2006, en el cual manifiesta que *“[l]os actos de competencia desleal por confusión no se refieren propiamente al análisis de confundibilidad entre los signos distintivos de los productos de los competidores, toda vez que tal situación se encuentra sancionada por un régimen específico, sino a la confusión que aquellos actos pudieran producir en el consumidor en lo que concierne al establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor determinado, impidiéndole elegir debidamente, según sus necesidades y deseos”*. (Proceso de Interpretación Prejudicial, 2006)

La confusión, como acto de competencia desleal, ha sido conceptualizado por varios doctrinarios, Uno de ellos, Massaguer, , ha manifestado, respecto de la confusión, lo siguiente: *“legalmente el acto de confusión como comportamiento de toda clase idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, circunstancia que se atiende producida ya cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la expoliación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o prestaciones (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de*

deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores)". (MASSAGUER, 1999: Pág # 45)

Esto se lo entiende como el acto mediante el cual, dentro de un mercado, los competidores se aprovechan del esfuerzo ajeno con el fin de beneficiarse; esto con un ánimo de generar daño y perjudicar a los competidores.

De la misma manera, existen otros doctrinarios que manifiestan que la confusión, como acto de competencia desleal, tiene ciertas características e incluso lo llegan a vincular con la imitación. Otero, manifiesta que: *"[c]ierto sector de la doctrina define como acto de confusión a aquel realizado a través de la imitación de la forma de las prestaciones de un tercero. Asimismo, todo acto de imitación constituye un supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, ya que el imitador deriva su oferta de la prestación de otro competidor, utilizando como modelo el resultado del trabajo de un tercero. De esta forma, el acto de imitación oscila entre dos extremos opuestos: la reproducción exacta del modelo tomado como base y la imitación en que el imitador pone cierto esfuerzo creador de su parte 'recreando' de esta forma una prestación propia. Sin embargo, en la medida en que generen confusión en los consumidores ambos actos constituyen supuestos de competencia desleal, sólo que en grados distintos". (OTERO, 2000: Pág # 66)*

Partiendo de este concepto, se puede realizar un análisis referente a estos actos, imitación y confusión, y podemos empezar señalando que ambos tienen un mismo origen, un mismo medio y un mismo fin, por lo que el diferenciar el uno del otro llevara un análisis, ya que ambos actos se encuentran muy vinculados.

Por otro lado, Monteagudo manifiesta que: *“El acto de confusión está legalmente definido como comportamiento de toda clase idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. De este modo se regula el acto de confusión genérico, cualesquiera que sean los medios empleados para generar la posible confusión y cualquiera que sea la esfera de la actividad económica en que se produzca”*. (Monteagudo, 1993: Pág # 95)

Si bien es importante ver los conceptos de varios tratadistas, es también importante conocer cuál es el significado de la palabra confusión, ya que muchos hablan de ella pero no la definen para el entendimiento. En este sentido, la Real Academia Española lo define como *“Acción y efecto de confundir”*, y a la palabra confundir se la define como el *“Mezclar, fundir cosas diversas, de manera que no puedan reconocerse o distinguirse”*. (Real Academia de la Lengua Española, 2011)

Con lo manifestado anteriormente, y sacando una definición propia de la confusión se puede decir que es aquel acto que realizan los agentes económicos dentro de un mercado, y que tiene como finalidad mezclar, de manera que no se pueda reconocer o diferenciar las prestaciones, productos o servicios con los de otros agentes económicos que pueden ser o no sus competidores directos o indirectos. En consecuencia, se causaría un perjuicio a los competidores, al igual que a los consumidores. Los competidores se ven perjudicados ya que los consumidores adquieren el producto de la competencia, y esto genera pérdidas en sus ganancias y en ocasiones su imagen y posición de mercado puede verse deteriorada. Por otro lado, los perjudicados también son los consumidores, ya que no están adquiriendo los productos o servicios que ellos desean.

Es importante señalar que en legislaciones de otros países como España y Perú y en pronunciamientos del Tribunal Andino de Justicia, se ha manifestado que no es necesario que se produzca el acto de confusión para

que se configure como un acto de competencia desleal, sino que tan solo basta que exista la posibilidad de que dicho acto se pueda producir.

Para el entendimiento de esta figura jurídica, es relevante establecer si existe una diferencia entre la confusión como un acto de competencia desleal y el riesgo de confusión dentro del área de la propiedad industrial. En este sentido, encontramos algunas similitudes y diferencias que nos ayudaran a establecer si son figuras jurídicas distintas o son una sola figura. Karina Espinoza, manifiesta en su libro “El Acto de Confusión como Acto de Competencia Desleal y el Riesgo de Confusión Marcaria como Infracción a los Derechos de la Propiedad Industrial”, que una de las diferencias transcendentales son los criterios con los que se realiza el análisis para verificar que exista confusión. Por ejemplo, en el caso de la confusión en los signos de propiedad industrial, las oficinas de signos distintivos y las salas de propiedad intelectual, consideran el nivel de experiencia de un consumidor promedio que adquiere un producto o un servicio, mientras que para los órganos encargados de la represión a la competencia desleal, consideran a un consumidor que sea razonable. (Espinoza, 2008: Pág # 27)

Dentro de la figura jurídica de la confusión, como un acto de competencia desleal, se ha analizado que existen parámetros para la calificación de estos actos de confusión. En el sistema de la propiedad industrial, se concluye que estos parámetros los encontramos de manera general en fuentes como la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, mientras que, en la confusión como acto de competencia desleal se realiza un análisis en base a cada caso en específico, principalmente cuando hablamos de las legislaciones de los países de habla hispana.

Existen similitudes respecto a la confusión como acto de competencia desleal, y la confusión dentro del sistema de propiedad industrial. En legislaciones como la de los Estados Unidos de Norteamérica y Perú no se

hace una diferencia entre estos dos actos de confusión, y por más que se busque vías distintas, la finalidad del acto siempre va a ser la misma; generar una mezcla o una confusión en la mente del público consumidor.

Concluimos que si bien los actos de confusión en la Propiedad Industrial y los actos de confusión en la competencia desleal tienen una misma finalidad que es el mezclar, confundir, e incluso se asocie los distintos productos, servicios o prestaciones con el de sus competidores, cada uno tiene un tratamiento diferente ya que como se señaló anteriormente, cada una se la mide y trata bajo distintos parámetros.

3.1.2. Elementos de la confusión como acto de competencia desleal

Este acto de competencia desleal, tiene distintos elementos, enunciados a continuación

- Riesgo de asociación por parte de los consumidores, es decir el peligro de que confundibilidad.
- Sujeto pasivo principal, el cual son los consumidores.
- Actuaciones con el fin de aprovechamiento del nombre, colores, formas, etc. (Barona, 2005: Pág # 89)

El riesgo de asociación, constituye el primer elemento para que exista un acto de competencia desleal. Doctrinarios consideran que en la confusión como acto de competencia desleal, tan solo se necesita que se constituya un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación para fomentar la deslealtad de una práctica. Se ha establecido generalmente en legislaciones como la española, la peruana y la colombiana, conceptos amplios de la confusión. Al introducir en esta figura del riesgo de asociación, la confusión que se genera en los consumidores sobre la identidad de una empresa o un producto que tiene una marca, se le considera como un riesgo directo. También existe aquella que se produce cuando no habiendo una confusión sobre la identidad de la

empresa, pero el consumidor de todas maneras llega a pensar que ambas empresas están relacionadas y a esto se lo conoce como riesgo indirecto. Para estas dos posibilidades no hace falta que la confusión se produzca o se haya producido, sino tan solo basta su mera posibilidad.

En el segundo elemento de la confusión como acto de competencia desleal, encontramos a los sujetos pasivos principales, sobre los cuales recae este acto de competencia desleal. Estos sujetos son los consumidores, los cuales para el mundo del derecho, son el elemento más importante a proteger. El propósito principal de la competencia desleal, es proteger a los consumidores y por lo tanto se busca no poner en riesgo a los consumidores, y esto se lo logra protegiéndolos del peligro de confusión que pueden llegar a tener los mismos al adquirir prestaciones, productos y servicios., Cuando tratamos de probar la deslealtad no es imprescindible probar que la conducta que se ha tenido es la de provocar confusión a unos consumidores determinados, sino que estos actos que se sancionan pueden generar confusión a otros sujetos receptores. Lo que se busca proteger es la decisión del consumidor en el mercado, la misma que puede verse viciada por error cuando estos medios de identificación no cumplen su función.

El tercer elemento para que exista un acto de competencia desleal, es cuando existen actuaciones con el fin de aprovecharse de colores; figuras; nombres; etc., de un signo distintivo. Se comete una conducta desleal al momento que se reproduce con exactitud todos los elementos característicos y propios de una marca, como cuando en un proyecto se procura dar apariencia de diversidad, combinando elementos distintivos de una marca auténtica con otros diferentes, como usando un nombre diferente pero usando el mismo tipo de letra, colores y forma del producto.

3.2 TIPOS DE CONFUSIÓN

La confusión puede ser de dos formas, mediata o inmediata, las mismas que poseen sus diferencias y es indispensable analizarlas y explicarlas claramente con el fin de entender su sentido.

3.2.1. CONFUSIÓN MEDIATA

La confusión mediata, se refiere a que se puede inducir a considerar a un consumidor, que con los elementos que se presentan en una prestación o una actividad al compararla con otra, existe entre las dos una misma fuente empresarial. Este tipo de confusión en definitiva genera la posibilidad de engañar al consumidor respecto del origen empresarial de un producto, servicio, actividad o prestación. En este sentido, Otamendi ha manifestado que este tipo de confusión sucede cuando el comprador cree que el producto, servicio, actividad o prestación que desea adquirir, tiene el mismo origen empresarial o que procede de un fabricante determinado, o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó. (Otamendi, 2003: Pág # 117)

Existen casos en los que comerciantes utilizan elementos comunes en todos sus productos, servicios, prestaciones, establecimientos, con la clara finalidad de que todas ellas sean asociadas entre sí y que se identifique que tiene un mismo origen empresarial. Puede darse el caso que los productos de su competencia usen elementos tan parecidos que generen una impresión para los consumidores de que se hubieran fusionado las empresas que elaboran los productos o las prestaciones, o que fabricaran en común un nuevo producto, generando confusión en los consumidores. (Otamendi, 2003: Pág # 117)

3.2.2 CONFUSIÓN INMEDIATA

Encontramos por otro lado que la confusión inmediata es aquella que consiste en presentar y hacer pasar a una prestación o establecimiento por otra prestación o establecimiento. En este sentido Otamendi ha manifestado que se trata del acto en que el comprador adquiere un producto determinado convencido de que está comprando otro. Es la forma clásica y más común de confusión. (Otamendi, 2003: Pág # 117)

En este tipo de confusión, el consumidor al momento de adquirir un producto, un servicio o una prestación, no se está confundiendo respecto del origen empresarial del producto, si no que adquiere el producto pensando que adquirió el que él deseaba, sin saber que es otro producto.

3.3. CONFUSIÓN EN EL ECUADOR Y LEGISLACIÓN COMPARADA

3.3.1. Legislación Ecuatoriana

En el Ecuador, anteriormente, a través de la Ley de Propiedad Intelectual, se ha regulado a la confusión, como un acto de competencia desleal. Esta regulación que se hacía, tan solo era enunciativa y no se la definía de manera conceptual. Ante este hecho en el que la legislación sobre competencia desleal en el Ecuador a sido muy pobre, siempre se ha visto la necesidad de una ley de competencia en la cual se abarque a la competencia desleal y se la amplíe con el fin de crear en nuestra legislación figuras jurídicas que protejan al consumidor y a los competidores, generando seguridad jurídica dentro de un mercado. En la nueva “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, se incluye a la figura jurídica de la competencia desleal, bajo el título de prácticas desleales, y en la cual se incluyen a los actos de competencia desleal entre ellos a la confusión, la cual es objeto de estudio en esta tesis.

La confusión en el Ecuador, antes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se encontraba regulada en la Ley de Propiedad Intelectual, en el artículo 285, el cual nos habla que son actos de competencia desleal: *“...aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor;...”*, de manera que ha existido esta figura jurídica desde el 19 de mayo de 1998, la misma que ha abarcado de manera muy pobre a la figura de la confusión y ha sido enfocada principalmente a la figura de la propiedad industrial, por lo que no existía una figura jurídica que hable de la confusión en la legislación ecuatoriana de manera amplia, y en los diversos casos de propiedad industrial, se tenía que recurrir únicamente a la doctrina.

Actualmente a través de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, en su sección referente a las practicas desleales se regula una serie de actos de competencia desleal; abarcando entre ellos a la confusión, imitación entre otros. La ley define a los actos por confusión como *”toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. Se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero”*. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art 27)

En este sentido, podemos ver que la figura jurídica de la confusión que se plantea en la ley, es bastante avanzado en comparación con lo que se estipula en la Ley de Propiedad Intelectual, y en está ya se toma en cuenta, en primer lugar, un factor determinante y es que no hace falta que exista el efecto del acto de confusión, si no que al comprobar que existe una

posibilidad de riesgo de confusión ya se configura la confusión como un acto de competencia desleal.

También podemos ver que la figura propuesta en la ley habla de la confusión en un sentido mucho más amplio ya que en su primer párrafo nos habla de la confusión como un acto de competencia desleal y en el segundo hace referencia a la confusión dentro de la propiedad industrial. Sin embargo, en el segundo párrafo referente a la confusión en la ley ya se habla de la imitación de signos distintivos lo que genera una mezcla de ideas ya que la imitación y la confusión en un principio son actos de competencia desleal distintos. Es por eso que es necesario saber si estos dos actos como tal son diferentes figuras jurídicas que merecen tratarse por separado o si son una misma figura jurídica, lo cual lo trataremos en el siguiente capítulo.

3.3.2. Legislación Española

Existen legislaciones como la española, la cual recogía a la confusión de una manera fragmentada en diversas normas. En el año de 1902, la Ley de Propiedad Industrial de España vinculaba a la confusión y a la imitación, ya que se regulaba las conductas que se refieran a la imitación de rótulos de los escaparates o de las muestras, fachadas o adornos que puedan generar confusión con establecimientos de igual clase continuos o muy cercanos. En el año de 1964, en el Estatuto de Publicidad, se hacía referencia a la confusión entre bienes o servicios como modalidad de publicidad desleal. En noviembre de 1988, cuando se aprueba la Ley de Marcas se incluye una serie de conductas desleales y en estas se incluía entre varias *“todo acto capaz de crear una confusión por cualquier medio que sea respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor”*. (Barona, 2005: Pág # 343)

La legislatura española, sabiendo de la necesidad de crear una ley de competencia desleal la cual permita crear reglas claras para los competidores y se pueda regular los actos de los mismos para poder fomentar la competencia, en el año de 1991 promulga la Ley de Competencia Desleal, en la cual se hace referencia en su artículo 6 respecto del acto de confusión lo siguiente: *“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”*. (Ley de Competencia Desleal de España, 1991)

Por lo tanto, podemos ver que la Ley de Competencia Desleal de España tiene factores que se señalan en la ley de Ecuador, pero en la ley de España, no se toma en cuenta a los productos como objeto de confusión. También podemos ver que no incluye en su texto la figura jurídica de la imitación de signos distintivos, por lo que conforme lo que se analice en el cuarto capítulo podremos obtener conclusiones referentes a ver si la ley ecuatoriana abarca una figura jurídica que la ley de competencia desleal española omite o si tan solo confunde dos actos de competencia desleal.

3.3.3. Legislación Peruana

El 21 de mayo de 1996, mediante un Decreto Ley establecido por el Gobierno del Ex Presidente Alberto Fujimori, se estableció la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma que señalaba respecto de los actos de confusión que *“se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. El riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica.”* (Decreto Ley No. 26122, 1996)

Este Decreto Ley sería derogado con la vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma entraría en vigencia, el 26 de junio de 2008. Esta nueva ley cambiaría el concepto de la confusión como acto de competencia desleal manifestando que *“consiste en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.”* (Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1144, 2008)

A partir de la nueva ley, la confusión dentro del sistema jurídico peruano ha sufrido un cambio en dos sentidos. El primer cambio que se realizó fue que a la figura de la confusión solo se la regula cuando existe una confusión en sentido indirecto, es decir que el error al que pueden verse los competidores o los consumidores dentro de un mercado, es respecto del origen empresarial. El segundo cambio que se hizo en la nueva ley es que ahora abarca a la confusión como un acto de competencia desleal más amplio ya que se incluye a la propiedad industrial dentro del concepto de esta figura jurídica.

En comparación con la ley ecuatoriana, parece que el tema de la confusión en el Ecuador tiene mucho parecido con la antigua Ley de Represión de la Competencia Desleal en el Perú. En consecuencia servirá realizar un análisis más adelante si la actual ley de Perú posee una figura jurídica más completa, o al contrario si es la antigua ley y la ley ecuatoriana las que daría aparentemente una mayor seguridad jurídica para los competidores.

CAPITULO IV: DIFERENCIACIÓN ENTRE LA IMITACIÓN Y LA CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y ANÁLISIS DE ESTAS FIGURAS JURÍDICAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.

4.1. ANÁLISIS RESPECTO DE LA IMITACIÓN Y LA CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Es importante iniciar señalando que han existido ya posturas de doctrinarios respecto a este problema jurídico; y de hecho existen diversas opiniones respecto a este tema, principalmente en países como España, Perú y Colombia. Existen tesis jurídicas que manifiestan que tanto la confusión y la imitación como tal constituyen una misma figura, ya que el fin es el mismo; es decir, generar mediante un acto contrario a la buena fe y las buenas costumbres que se llevan en el comercio, un perjuicio a los competidores y a su vez a los consumidores que también se pueden ver afectados Doctrinarios indican que por más que se los regule por separado siempre existirá el nexo por el cual estos actos se encontraran relacionados. Sobre este punto en particular, se considera un error legislativo y de la doctrina el considerar a estos dos actos de competencia desleal, por separado ya que se sustenta que no importa si se regula un acto en virtud del objeto que se busca proteger, si no que por el contrario lo importante es que se regule la imitación de lo ajeno, sin importar si esto es un signo distintivo, una prestación, un establecimiento. (OTERO, 2000: Pág # 70 -72)

Se ha manifestado que los conceptos de estos dos actos de competencia desleal deberían encontrarse dentro de la figura jurídica de la confusión, ya que no tiene ninguna relevancia tener a estos dos actos por separado si el fin es el mismo.

Sin embargo, existe otra ponencia la cual tiene mayor acogida en el mundo del derecho. En esta ponencia se considera que estos dos actos de competencia desleal tienen un vínculo de carácter histórico, ya que ambas figuras se las regulaba como una misma figura jurídica. Es por eso que a la confusión y a la imitación, como actos de competencia desleal, se les considera que tienen un mismo origen, ya que estas dos figuras jurídicas, las encontrábamos bajo el postulado de confusión. (Ley de Propiedad Industrial de España, 1902). Conforme el desarrollo de la economía alrededor del mundo, y el avance del pensamiento jurídico-económico, y de las prácticas desleales, ha dado cabida a que estos dos actos se los regule por separado. y dentro de la figura de la imitación, se ha desarrollado el principio de la libertad de la imitación, el cual como ya se lo explicó en el segundo capítulo es un principio el cual genera que la competencia se fomente.

Respecto a la relación que mantienen estos actos de competencia desleal, se ha creído que la imitación es una manera de confusión más específica, la cual cuando se produce, genera un riesgo de asociación entre un imitador y el imitado. En este sentido, es importante señalar que es probable que cuando se da un acto de imitación, este acto puede tener como finalidad el confundir a los consumidores, y como consecuencia de este, se puede generar otros actos de competencia desleal, como puede ser la explotación de la reputación ajena o el engaño. Es por esto, que no es extraño ver casos en los que se lleguen a interrelacionar o mezclar estos actos, e incluso a vincularlos. En este sentido, es importante llegar a establecer una definición clara de estos actos de manera que se entienda que los dos actos son similares pero que la intención de la doctrina es separarlos con el fin de establecer un acto para hechos diferentes. Es por eso que la imitación tradicionalmente se la conoce como la reproducción de las creaciones materiales e incluso de objetos tridimensionales que se encuentren registrados como una marca, y que la confusión se enfoca a las reproducciones de las creaciones formales o de los signos distintivos.

Como podemos ver, el fin es el mismo, claro está, pero se busca regularlos por separado ya que cada uno tiene una modalidad distinta y un efecto diferente ya que no es lo mismo reproducir un signo distintivo que reproducir una prestación.

Las leyes de competencia desleal alrededor del mundo se centran en proteger al mercado, de manera que se protegen los derechos e intereses de los empresarios y de los consumidores. El fin de proteger y regular las prácticas desleales de los competidores, es mantener un orden en el mercado, incentivar para que la economía crezca y sancionar aquellas prácticas que atentan contra el mercado, con el objeto de generar seguridad jurídica en los agentes que intervienen en el mercado y fortalecer el crecimiento del mismo.

Parte importante para generar esta seguridad jurídica que se señaló en el párrafo anterior, es diferenciar estos dos actos de competencia desleal. Por lo tanto, es primordial señalar que cada uno tiene un ámbito diferente de aplicación, y la diferencia de estos actos de competencia desleal, se centra sobre los objetos en los que recae el comportamiento de los competidores. Los doctrinarios españoles, que han desarrollado mucha doctrina en este sentido consideran que los actos de imitación se centran sobre prestaciones las cuales tengan creaciones técnicas y estéticas que se encuentran en el mercado y que se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva, mientras que los actos de confusión se centran en la propiedad industrial y a los medios de identificación o presentación de los mismos dentro del mercado.

Es cierto que todo acto de confusión puede suponer inevitablemente un acto de imitación y muchas veces se puede imitar con el fin de confundir, y mediante cualquiera de estos dos actos se puede llevar a un tercero como es el aprovechamiento o la explotación de la reputación ajena, como ya se señaló en un párrafo anterior, pero cada acto regula acciones determinadas.

De lo analizado en los textos de diversos doctrinario, los actos de imitación y de confusión, son conocidos como los actos más comunes y representativos de los actos de competencia desleal, y a su vez considero que son los actos que deben tener una definición certera, ya que por las expresiones usadas al momento de regularlas, se puede crear asociación entre ambas. Por lo tanto, se debe señalar claramente el objeto sobre el que recaen e indicar de manera clara lo que se protege ya que se puede caer en el error de asociar un acto de competencia desleal con otro, de manera que al momento de ejecutarlos, el operador de la administración o el operador de justicia, que deba aplicar la ley respecto de los actos de competencia desleal podría estar cometiendo un error sin saber de manera clara que acto es el que se está ejecutando.

En este sentido, es necesario establecer dentro de la regulación de la confusión un sentido amplio donde se abarque a la confusión en sentido directo y en sentido indirecto, y a su vez regular el riesgo de confusión como una característica de la confusión en sentido amplio. Es igualmente necesario, establecer el riesgo de confusión cuando se produzca potencial o efectivamente un acto de confusión, pues tan solo al existir la posibilidad de que el acto se produzca o que exista un riesgo de asociación por parte de los consumidores, ya existe un acto de deslealtad. Cuando existe este acto de deslealtad los consumidores están en riesgo de asociar los productos, o un nombre comercial o un establecimiento. Esta inclusión en la regulación de este acto de competencia desleal, previene que se genere esta práctica desleal. Es importante resaltar que lo que se pretende al implementar dentro de la normativa de las prácticas desleales, respecto al riesgo de asociación, es que cuando nos encontramos frente a estos actos de confusión no es imprescindible probar que el acto de un competidor a causado la confusión de unos determinados consumidores, sino que este acto puede producir confusión en todos los consumidores, causando un efecto en que todos estos adquieran un producto diferente al que realmente deseaban.

Ahora bien, al entender que tanto la imitación como la confusión son prácticas desleales que tienen un mismo origen, es lógico deducir que ambos actos se ven ligados por el riesgo de asociación que se puede generar en los consumidores y se interrelacionan como bien ya se señaló anteriormente. Sin embargo el alcance que puede tener el riesgo de asociación en la imitación puede llegar a ser más amplio ya que abarca el riesgo de asociación de las prestaciones de carácter general, mientras que los de la confusión solo abarca a los signos distintivos como tal.

El riesgo de confusión también se encuentra en sentido estricto, dentro del área de la propiedad industrial, y en consecuencia, al referirse al riesgo de confusión también nos referimos al riesgo de asociación dentro del área de los signos distintivos. Es importante señalar esto, ya que el riesgo de confusión abarca también el Derecho de Marcas y se considera al riesgo de confusión substancial ya que permite oponerse a otro signo distintivo cuando este aparece y posee ciertas similitudes con otro que ya existe. Se considera diversos factores para determinar si existe el riesgo de confusión dentro del sistema marcario como es el comparar los signos, el establecer que conexión tienen los productos o servicios y finalmente como influyen estas similitudes en la toma de decisiones de los consumidores al adquirir el producto o servicio. Sobre este asunto el doctrinario y catedrático Massaguer se ha manifestado con lo siguiente: *“El acto de confusión en sentido estricto mediato consiste en inducir a considerar que tras el desarrollo de determinada actividad, tras la producción y ofrecimiento de ciertas prestaciones o tras la actuación en un concreto establecimiento se halla una misma fuente (de común, empresarial o profesional); media confusión en sentido mediato, si los elementos con que se presenta la actividad, prestación o establecimiento nos llevan a tomar una actividad por otra, una prestación por otra o un establecimiento por otro, sino más bien los consumidores consideran que proceden del mismo origen empresarial o profesional que otra actividad, prestación o establecimiento con la que se establece una*

conexión intelectual que propicia precisamente esta conclusión” y de la misma manera establece en su texto que “La confusión en sentido amplio induce a creer que entre la persona que emplea el signo en cuestión y otra existen unos vínculos económicos (en particular, pertenencia al mismo grupo de empresas) o jurídicos, que autorizan su empleo, que por lo tanto no sólo es tolerado sino incluso patrocinado por su titular”. (MASSAGUER, 1999: Pág # 172 - 173)

Por otro lado, los actos de imitación poseen características que doctrinariamente y en las diversas legislaciones se las señalan con el fin de determinar a este acto y encontramos que se indica en primer lugar el principio de libertad de imitación como un principio con el fin de fomentar el desarrollo del mercado mediante una competencia entre los agentes del mercado, siempre y cuando esta competencia no se la haga sobre prestaciones que se encuentren reconocidas sobre derechos de exclusiva. Cuando hablamos de derechos de exclusiva nos referimos particularmente a derechos que se deben encontrar muy bien delimitados, de manera que no exista la posibilidad de que se conviertan en ilimitados, ya que al momento de convertirse en derechos ilimitados se atenta directamente contra el principio de la libertad de imitación y de fomento de la competencia. Otra forma de atentar contra estos principios es como lo señala María Luisa Llobregat manifestando en su texto de temas de propiedad intelectual, en el capítulo referente a los actos de competencia desleal, donde señala que se debe evitar la creación de nuevos derechos de exclusión a través de resoluciones judiciales que dejen sin efecto estos principios. Cuando se abusa a través de este medio y se otorga derechos de exclusiva se limita el derecho de los futuros o actuales competidores frente a la posibilidad de fomentar el mercado. (Llobregat, 1998: Pág # 424)

También encontramos detrás de un análisis de la doctrina y de las diversas legislaciones, donde se señala a la confusión de los consumidores y también al aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno como dos

excepciones taxativas a la libertad de imitación. En este punto encontramos uno de los problemas jurídicos a ser resueltos y es que estas dos excepciones se refieren a dos actos diferentes de competencia desleal los cuales se encuentran regulados por separado. En este sentido, al igual que la imitación estos dos actos son distintos, y particularmente refiriéndome al problema que se ha planteado en este trabajo de titulación es importante señalar que referente a que la imitación que pueda producir en los competidores la confusión, de manera que el consumidor crea que las prestaciones provengan del mismo productor asociado el uno con el otro, sin embargo la diferencia como ya se lo señalo en párrafos anteriores es por el objeto sobre el cual radica el acto de competencia desleal. Varios doctrinarios han concordado que la imitación se centrara en las prestaciones que constituyan creaciones que sean técnicas o estéticas.

4.2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA IMITACIÓN Y LA CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DEL MERCADO.

El 13 de octubre de 2011, se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la cual establece dentro de la sección de las prácticas desleales a la confusión y la imitación como actos de competencia desleal y los regula por separado. En una primera impresión aparentemente recoge enunciados parecidos a los de las legislaciones de otros países como la de España y la de Perú. Sin embargo existen ciertas diferencias en cuanto a la forma y al contenido que abarcan. Por ejemplo en la actual Ley de Represión de la Competencia de Perú, no se regula a la imitación como acto de competencia desleal, mientras que en nuestra ley sí se la recoge como un acto de competencia desleal. Por otro lado, la Ley de Competencia Desleal de España, no incluye en su concepto de la confusión, como acto de competencia desleal, a la confusión que se puede generar en los productos, mientras que nuestra ley si recoge este enunciado.

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, manifiesta que “entre otras, se consideran practicas desleales las siguientes:”; y manifiesta respecto de estos dos actos en el numeral primero y tercero lo siguiente:

Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

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

Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

- a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
- b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.
- c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

Respecto de los actos de confusión vemos que la ley recoge en su primer párrafo una definición de lo que es este acto de competencia desleal y manifiesta que se considera una práctica desleal aquellas que puedan o generen confusión respecto de las actividades (nombres comerciales), prestaciones (marcas), productos o establecimientos de terceros. Lo que se entiende que dentro de esta figura se busca definir en un sentido amplio lo que es la confusión dentro de las normas de competencia desleal. Se entiende que al usar las palabras “real o potencial”, se busca proteger a las actividades, prestaciones, establecimientos y productos que se ven en el riesgo de verse afectados por otros consumidores.

En el segundo párrafo, se indica de manera particular que es desleal el empleo o imitación de signos distintivos u otros medios de identificación que se asocien aun tercero, por lo tanto, se mezcla a la palabra imitación dentro de confusión como acto de competencia desleal. Esto puede generar al operador de justicia una asociación entre las dos sin entender que estos dos actos de competencia desleal son diferentes ya que buscan proteger objetos diferentes. Por lo tanto, sería recomendable cambiar la palabra “imitación” por la de “reproducción total o parcial”. De la misma manera, es importante dar una protección jurídica al competidor, de manera que para que exista una concordancia con el párrafo primero, respecto a que de manera potencial se pueda generar confusión mediante un acto, se debería aumentar al final del segundo párrafo “Es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica que exista riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación.”, de manera que con este texto se indique que como tal existe una práctica desleal cuando exista un riesgo de asociación respecto a creaciones formales o medios de identificación de un tercero.

De tal manera que el texto sugerido debería quedar de la siguiente manera:

Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

En particular, una práctica desleal el empleo o reproducción total o parcial de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. Es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica que exista riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación.

Respecto de los actos imitación, vemos que se manifiesta tres formas específicas de cometer actos de imitación. Al regular este acto aparentemente los creadores de la ley no revisaron la doctrina ni se realizó un análisis de legislación comparada y mucho menos se busco crear un incentivo dentro de la ley que beneficie el interés de los competidores y de los consumidores. La imitación según el tercer numeral del artículo 27 de la ley, señala en su literal a) que se considera desleal la imitación que infrinja o lesione los derechos de propiedad intelectual que la ley reconoce, en este sentido recoge exactamente lo que dice la confusión en el numeral segundo, pero con la diferencia que protege un ámbito más amplio al referirse a los derechos de propiedad intelectual que la ley reconoce, es decir, protege además de los signos distintivos a los derechos de autor y al área de las patentes y modelos de utilidad.

La ley en este sentido confunde nuevamente a la confusión con la imitación y se ha realizado una mezcla de términos, y en este punto podemos darnos cuenta de ciertas cosas. En primer lugar, se determina objetos de manera amplia al señalar todos los derechos de propiedad intelectual. En segundo lugar, genera confusión respecto de que norma aplicar al momento de encontrarse frente a un caso donde se imite una marca tridimensional, la cual según la doctrina y para otras legislaciones es una conducta de imitación, pero conforme esta ley no sabríamos si ubicarla dentro del área de la confusión o de la imitación. Finalmente, el literal a) no recoge un principio básico para fundamentar e incentivar la competencia, refiriéndonos a la libertad de imitación

de prestaciones e iniciativas empresariales exceptuando cuando se encuentren dentro de un derecho de exclusiva reconocido por la ley, con lo se genera una mezcla jurídica de conceptos y a su vez se deja a estos dos actos de competencia desleal de manera incompleta sin todas sus características.

En el literal b), cuando la ley se refiere al termino “generar confusión”, considero que es un término mal empleado, si bien es un tema más de redacción que sustantivo, sería mejor emplear el término “generar asociación”, de manera que como ya se señaló antes se busque identificar a estos dos actos por separado.

Respecto del literal c), estoy de acuerdo con el texto que manifiesta la ley ya que se busca proteger la actividad que ejerce el imitado, impidiendo las actuaciones que se realizan de manera sistemática, por lo tanto se evita que exista variaciones en una conducta ya que puede generar que el mercado no tenga un normal funcionamiento.

De tal manera, que el texto sugerido para la regulación de la imitación como acto de competencia desleal sería el siguiente:

Actos de Imitación.

La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo lo que en esta ley se dispone o que se lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

Se considera una práctica desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar asociación por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.

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

CONCLUSIONES

1. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en Ecuador, dentro de la sección de las prácticas desleales, recoge normativa importante que era necesaria para la legislación ecuatoriana, y se asemeja mucho en comparación al resto de legislaciones, principalmente a la de España. Con la vigente ley se deroga las normas de competencia desleal que se encontraba en la Ley de Propiedad Intelectual, y se genera un campo mucho más amplio respecto a las normas de competencia desleal. Un ejemplo, es señalar que en el artículo 285, de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual se encuentra en la actualidad derogado, se enunciaba a la confusión como un acto de competencia desleal, pero se tenía que recurrir a la doctrina para poder entenderlo. En la actualidad, con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se recoge este acto de competencia desleal y se la define y amplía su concepto. Cuando se recoge esta figura jurídica en la legislación se genera seguridad jurídica, ya que se conoce los parámetros para aplicarla.
2. Dentro de la regulación de la imitación como una práctica desleal, no se aprobó en la ley un texto en el cual se incluya al principio de la libertad de imitación; por lo tanto, se omite un principio fundamental dentro de la competencia. Este principio es importante ya que fomenta el desarrollo de los competidores de manera general cuando se permite imitar prestaciones e iniciativas empresariales que no se encuentren bajo un derecho de exclusiva. Con este principio, también se genera un beneficio en los consumidores, ya que estos adquieren prestaciones, que fueron mejoradas en su calidad, y por la competencia que se genera entre los competidores, también se mejora los precios por los cuales se puede adquirir las prestaciones. Al no introducir este principio los intereses de la economía y del funcionamiento competitivo del mercado se ven limitados.

3. La imitación por riesgo de asociación y la confusión como tal, se los puede llegar a confundir ya que poseen características similares y ambas sancionan a conductas que atentan contra derechos de exclusiva. Se entiende que las dos figuras se encuentran interrelacionadas, ya que su tratamiento históricamente ha sido bajo una misma figura; sin embargo, la diferencia es que conforme ha avanzado el pensamiento jurídico, se ha visto la necesidad de separar estos actos, ya que tanto el uno como el otro recaen sobre objetos diferentes, sin importar que el fin de estos dos actos sea el mismo.

4. Dentro del acto de confusión, es importante aclarar que la confusión, como acto de competencia desleal, se encarga de reprimir actos que generen confusión de manera general sobre productos, prestaciones establecimientos y actividades, mientras que el riesgo de asociación dentro de la confusión se rige dentro de la propiedad industrial. Se diferencian particularmente en los criterios para verificar la misma La confusión en sentido general se centra en verificar si el consumidor, que se puede ver sujeto a la confusión, es razonable, mientras que el riesgo de asociación mira a un consumidor promedio. Otra diferencia es que el riesgo de asociación se guía por criterios establecidos en la legislación, doctrina y jurisprudencias, y la confusión en sentido amplio se guía según cada caso.

Sin embargo, se los trata bajo una misma figura jurídica ya que la finalidad es la misma; generar confusión al consumidor, y se los identifica dentro de la confusión por el objeto sobre el que recae ya que cada uno tiene diferentes parámetros

5. Tanto la imitación como la confusión protegen derechos de exclusiva reconocidos por la ley, sin embargo, la protección que se da a cada una es en virtud del objeto sobre el que recae, mientras que la confusión

protege creaciones formales o signos distintivos, la imitación protege a las creaciones materiales y marcas tridimensionales.

6. Conforme lo analizado, es casi seguro que muchos operadores de la ley, no se guíen en base a las tesis jurídicas de tratadistas o principios de la doctrina para diferenciar estos dos actos, y se guiarán más al texto específico de la ley, por lo que sugiero reformar la terminología empleada para que no se genere la relación entre dos actos, dentro de una misma figura jurídica, si no que al contrario se logre diferenciarlos claramente.
7. Es importante diferenciar a la imitación y la confusión, ya que son dos figuras jurídicas de las prácticas de competencia desleal, que regulan diferentes conductas y que protegen diferentes objetos. Se debe diferenciar estas dos prácticas de competencia desleal, para que el órgano que impone las sanciones sepa la dimensión y características del mercado afectado por el acto de competencia desleal, el efecto que obtuvo sobre los derechos de los demás y los beneficios que se obtuvieron al cometer el acto de competencia desleal. Si a estos dos actos no se los diferenciara, al igual que el resto de prácticas desleales, simplemente se estaría tratando a todas los actos de competencia desleal de la misma manera, cuando lo correcto es juzgar estos actos de manera independiente.
8. En la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se considera que las prácticas de competencia desleal son infracciones graves. Las sanciones que se imponen por estas infracciones pueden ser multas por el 10% del volumen del negocio total de la empresa u operador económico, o en el caso que no se pudiere delimitar este volumen va desde 2001 hasta 40.000 remuneraciones básicas unificadas. El establecer que tipo de acto de competencia desleal se

sanciona, permitirá al órgano sancionador analizar el alcance y efecto de la conducta cometida.

RECOMENDACIONES

Es necesario realizar cambios en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en dos sentidos, el primer cambio es referente a la terminología utilizada en la confusión, como acto de competencia desleal, más que realizar un cambio sustancial en la ley. En este sentido la ley, a los actos de confusión, en el primer párrafo les da un concepto amplio de confusión como práctica desleal y en el segundo párrafo se lo especifica para los casos de propiedad industrial. Sin embargo, se emplea la palabra “imitación” la cual, como ya lo señalamos, se encuentra mal usada y se debería cambiar por el termino de “reproducción total o parcial”, de manera que se entienda que en todo acto que se reproduzca una parte o la totalidad de un producto, servicio, prestación, establecimiento o nombre comercial, se considere como tal un acto de confusión. Adicionalmente, se debería aumentar al final del segundo párrafo el siguiente texto: “Es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica que exista riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación.”, de manera que con este texto se indique que como tal existe una práctica desleal cuando exista un riesgo de asociación respecto a creaciones formales o medios de identificación de un tercero.

Es importante que la imitación, como acto de competencia desleal, posea todas las características que este acto tiene, por lo que hemos planteado una reforma referente a la inclusión del principio de libertad de imitación de prestaciones o iniciativas empresariales que no se encuentren bajo un derecho de exclusiva, y de la misma manera hemos planteado cambios respecto a la terminología utilizada, de manera que no exista confusión de términos y que el operador de la ley no se confunda respecto a la naturaleza de cada figura jurídica, y que al contrario sepa diferenciarlas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. BARONA Silvia, (1999) Competencia Desleal, Valencia: Tirant lo Blanch
2. BECERRA ACEVEDO Hugo E., Supuestos de la competencia desleal en la Propiedad Intelectual, pág. 28
3. CARRERA Lilian, (2010) Derecho de la Competencia, Maestría de Derecho Propiedad Intelectual,
4. DOMINGUEZ PÉREZ E, Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática,
5. ESPINOZA Karina, el acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión Marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima
6. GARCIA MENENDEZ Sebastián Alfredo. (2004), Competencias Desleal, Actos de desorganización del competidor, Buenos Aires.
7. MASSAGUER José, (1999) Comentario de la Ley de Competencia Desleal, Madrid: Civitas Editores
8. OTAMENDI Jorge, (2003) Derecho de Marcas, Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot,
9. OTERO LASTRES José Manuel, (2000) Actos relevantes de competencia desleal: confusión, imitación y venta con pérdida.
10. PATRÓN Carlos A. y MENDOZA Ana Julia, (2007) Apuntes de Derecho y Economía, Actos de Engaño en General.

11. PONCE Alejandro; ANDRADE Paola y PONCE Cristina, (2002) La competencia desleal en Ecuador, Revista Jurídica de Propiedad Intelectual.
12. ROBLES MARTÍN-LABORDA Antonio, (2004) Libre Competencia y Competencia Desleal, Madrid: Tecnos
13. TANTALEÁN ODAR Christian Fernando, Análisis suscrito sobre la competencia desleal y los actos que la conforman, Revista Derecho y Cambio Social.

NORMAS LEGALES:

1. Constitución de la República del Ecuador
2. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)
3. Decreto Ley No. 26122 de Perú de 21 de mayo 1996
4. Ley de Competencia Desleal de España, Publicada el 11 de Enero de 1991, por la Jefatura de Estado de España.
5. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
6. Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador
7. Ley de Represión de la Competencia Desleal , Decreto Legislativo No 1144 de Perú de 26 de Junio de 2008

PÁGINAS WEB:

1. Catedra.org, 2008: URL <http://catedra.org/que-es-un-delito-y-cuasidelito-civil.html>. Descargado 18/10/11)
2. Real Academia de la Lengua Española, 2011: URL www.rae.es. Descargado 02/11/11)