



LA NECESARIA CODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR

Patricia Alvear P.

La necesaria codificación del sistema de competencia desleal en Ecuador

Enero 2023



Patricia Alvear P.

PhD en Derecho graduada por la Universidad de Buenos Aires, UBA. Asesora No Gubernamental de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Profesora de Derecho de Competencia y Consumidor de la Universidad de las Américas, UDLA. Miembro del Consejo Consultivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador, UID. Gerente General de Lexadvisor S.A.

Abstract: Este artículo observa las deficiencias de la regulación contra la competencia desleal en Ecuador. Identifica las patologías que en este sentido presenta la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que confunde la competencia desleal con el derecho de competencia. Se aborda el Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal presentada en octubre de 2022 ante la Asamblea Nacional, postulándose la pertinencia de la aprobación de este proyecto y las varias aristas que deben perfeccionarse para obtener un sistema de protección más eficiente contra los ilícitos concurrenciales de deslealtad.

I. ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR

Ecuador carece de un sistema codificado contra la competencia desleal. Este sistema presenta dos momentos en su ordenación. El primero surgió con la derogada Ley de Propiedad Intelectual, que coherente con la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, reguló la competencia desleal conforme el modelo corporativo o profesional. El segundo momento aparece con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que desarticuló el sistema corporativo y subordinó la competencia desleal al derecho de defensa de la competencia.

Este segundo momento desnaturalizó el objeto de protección de la competencia desleal, su naturaleza jurídica, sus bienes jurídicos tutelares y las funciones de corrección que este régimen tiene dentro del sistema jurídico integrado. Al desconocer sus características autonómicas, se atrofió una importante herramienta de corrección del tráfico económico, que busca la protección de intereses diversos, entre los cuales está la protección de los derechos privados de los competidores leales.

De este modo, en esta segunda etapa, el sistema ecuatoriano no alcanzó un desarrollo consistente de la regulación contra la competencia desleal (en tanto microsistema jurídico), ni autonomía disciplinar. Por el contrario, desarticuló este instrumento jurídico al confundirlo con las normas de defensa de la competencia y al no definir con claridad su cláusula general prohibitiva, la que a su vez marca el modelo al que adscribe su regulación, tal como se explicará a continuación.

1.1. La cláusula general y la buena fe

Como se adelantó en los párrafos precedentes, la legislación ecuatoriana no precisó con claridad qué se entiende normativamente por acto antijurídico de deslealtad, a pesar de que esta es una definición indispensable que debe establecerse con precisión para identificar con certeza cual es el acto concurrencial ilícito y cual el lícito. Esta definición además es relevante pues de ella pueden derivarse otras obligaciones legales, tales como la reparación de los daños y perjuicios, la cesación del o los actos y prácticas desleales, las disculpas o retracto.

La demarcación de la cláusula general prohibitiva de competencia desleal cumple una función de inicio y de cierre de este sistema, situación que no se observó en el caso ecuatoriano al dictarse la LORCPM (arts. 25 y 26). La cláusula general establece los criterios delimitadores de la deslealtad al incluir en ella cualquier conducta atípica no exteriorizada expresamente. Como señala Dionisio de la Cruz Camargo “...la cláusula general refleja un arquetipo o modelo de conducta, socialmente aceptable y exigible, que impone determinados deberes de conducta y ciertos límites al ejercicio de derechos y poderes públicos. Es desleal, el comportamiento disconforme, contrario al arquetipo” (De la Cruz Camargo, 2014, pág. 251).

De lo indicado se advierte que la cláusula general *no es un elemento residual* (De la Cruz Camargo, 2014, pág. 263), pues sobre la base de esta cláusula normativa de carácter abierto se estructura la regulación contra la competencia desleal, así como sus supuestos concretos, los bienes jurídicos tutelares, su ámbito de protección, las funciones de corrección y los fines. Una vez definidos los elementos referidos, deben identificarse los principios, reglas y métodos de aplicación (derecho adjetivo) propios de la competencia desleal, esto es, aquellas de naturaleza jurisdiccional civil, como son la cesación e incluso la reparación y el enriquecimiento injusto.

En consecuencia, en el derecho ecuatoriano sigue siendo una tarea pendiente estructurar un cuerpo normativo específico que regule con autonomía disciplinar la competencia desleal acorde a sus actuales bienes jurídicos tutelares; y, observando las funciones de corrección específicas que tiene en el sistema jurídico integrado. Esto debería regularse a través de un conjunto de normas de corrección de conductas, que impongan a los operadores económicos la prohibición de actuar deshonesto e ilícitamente, sin importar su magnitud o ubicación en el mercado. Aquello se lograría mediante el establecimiento de una cláusula general prohibitiva que delimite qué se entiende por deslealtad sobre la base de la contrariedad objetiva a la buena fe. Es decir, normativamente debería establecerse que se entiende por desleal toda conducta, acto o práctica realizada por cualquier operador económico que objetivamente sea contrario a la buena fe.

La buena fe, aplicada al mundo jurídico, es *la conducta socialmente aceptada* (Garibotto, 1991, pág. 35). Es “... una faceta de la conducta querida por el mundo de valores que compone el orden normativo” (Etcheverry, 2004, pág. 746), es “la medida media de la conducta social correcta” (Etcheverry, 2004, pág. 748), y que es distinta en cada época y sociedad. Esta medida se aplica a todos los actos y conductas concurrenciales o de mercado, que comportan además la obligación de no abusar y no dañar.

Aplicada a la competencia desleal, la buena fe es la conducta que se espera tengan los operadores económicos en sus actividades concurrenciales o de mercado. Es decir, impone un deber de conducta claro a todos los operadores económicos, sean empresarios o no. La buena fe concurrencial o de mercado que se exige a todos los operadores económicos debe entenderse considerando tanto *los nuevos principios del mercado* (Bercovitz Rodríguez-Cano, Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial, 2012, pág. 54)¹; como la deontología social que es coherente con los diversos bienes jurídicos tutelares que hoy está llamada a proteger la competencia desleal, donde la protección al competidor honesto sigue siendo su pieza fundamental.

En este contexto, la ley sustantiva de regulación contra la competencia desleal debería considerar los diferentes tipos de actos concurrenciales desleales por su origen y por su afectación. Dentro de los primeros cabría incluirse aquellos que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual y aquellos que

¹ Alberto Bercovitz, Rodríguez Cano, señala que los principios que hoy rige el mercado son la transparencia, la libre competencia, la protección al derecho del consumidor y el nuevo principio de protección a las pequeñas y medianas empresas (incluido para fomentar su posibilidad, de subsistencia de competitividad frente a las grandes empresas).

nacen de la violación de otros derechos, como por la infracción de normas, la inducción al incumplimiento contractual, la venta con obsequios, el discrimen y el abuso de situación en dependencia económica.

Por la segunda variable (la de afectación) pueden diferenciarse los actos desleales simples, que son aquellos que sólo afectan el interés privado de los particulares –éstos son los mayoritarios y no necesariamente están ligados a la protección de los derechos de los consumidores– y los agravados –que son minoría-. Estos últimos pueden afectar el interés privado y además el interés general, de modo que solo ellos están vinculados al régimen de protección de la libre competencia y el bienestar general de los consumidores.

1.2. El aspecto procedimental y el interés privado

Además, el legislador debería reparar en la necesidad de establecer un sistema procesal apropiado para la protección de los derechos preponderantemente privados que busca tutelar (y que caracteriza a la competencia desleal).

Esto puede hacerse considerando que en los países iberoamericanos la mayoría ha optado por el método jurisdiccional civil, como ocurre en Colombia, Chile, España, entre otros, diferente del administrativo sancionador. Este mecanismo procesal es diferente al escogido por Perú, donde el sistema se divide en dos partes: administrativa para acciones como las de cesación, y jurisdiccional para las acciones reparatorias de daños y perjuicios. Tal situación, a mi criterio, es dilatoria y por ello afecta los derechos de los particulares, además de no corresponder a la naturaleza jurídica de esta institución.

Por otro lado, cabe mencionar que en la Argentina se ha optado por un sistema procesal especial, donde las acciones administrativas y jurisdiccionales son optativas y alternativas en cuanto a la cesación, no así en cuanto a la reparación, que siempre es de naturaleza jurisdiccional-civil.

En todo caso, y más allá de las diferencias señaladas entre los sistemas jurídicos de los distintos países ya mencionados, a diferencia de Ecuador, estos tienen claramente establecidas y diferenciadas las normas de defensa de competencia de las de competencia desleal, reconociendo así que estos dos regímenes tienen un objeto distinto, bienes jurídicos tutelares distintos, y normas sustanciales y procesales autónomas.

1.3. Sobre algunos supuestos especiales de competencia desleal

En primer lugar, debe advertirse que la LORCPM incluyó un trasplante arbitrario del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal española, en su artículo 10, donde regula el abuso de dependencia económica como un supuesto de abuso de posición dominante y no como un supuesto de deslealtad. Esta norma es una extracción indebida del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal española, que regula y sanciona el abuso del derecho, limitando el ilícito al caso de un operador económico que abusa de otro sobre el que tiene control o alta incidencia. Por ello, en Ecuador el abuso de dependencia económica se regula como ilícito anticompetitivo y no como un ilícito concurrencial de deslealtad.

Esta confusión impide que Ecuador norme el discrimen² y la situación de dependencia económica como supuesto de deslealtad, a pesar de su importancia en la protección a los operadores económicos,

2 El discrimen es un acto desleal porque no se trata equitativamente y con igualdad a los compradores y/o consumidores. Este supuesto está regulado por ejemplo en la Ley de Competencia Desleal Española en su artículo 16, inciso 1 donde se lo entiende como: "1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada". En cambio, en el Decreto 274-2019 de Argentina, en su artículo 10, literal l) se le otorga una visión más amplia y por ello es el tratamiento discriminatorio de compradores cuando el vendedor o distribuidor haya publicado una lista de precios, a no ser que medie causa justificada.

especialmente más débiles, frente al abuso y desequilibrio contractual en toda la cadena productiva (tal como se regula, por ejemplo, en la legislación española o en la argentina, que por cierto tienen redacciones diferentes). En este sentido, debería incluirse el supuesto de discrimen y dependencia económica, regulado como uno de deslealtad concurrencial y no como un ilícito anticompetitivo, como erradamente se establece en el artículo 10 de la LORCPM (que deberá ser derogado).

La situación de superioridad económica debe entenderse como el poder que tenga el agente activo del ilícito, al punto tal que pueda generar dependencia económica sobre otro operador (agente pasivo), sin importar la magnitud económica del agente activo. Es preciso aclarar que el ilícito de deslealtad en general no se sanciona en función del poder del mercado del agente activo del ilícito, ni de la afectación económica que la deslealtad pueda traer al sistema estructural del mercado, sino por la deshonestidad y el abuso mismo del acto desleal. El bien jurídico a tutelar, a través de la situación de dependencia económica como supuesto de deslealtad, es la protección de los operadores económicos más débiles, abusados comercialmente “o de menor protección, frente a determinadas empresas”(Barona Vilar, 2008, pág. 655) que, por su situación de poder frente al abusado, pueden exigir comportamientos o condiciones que no serían ofrecidas bajo reglas de lealtad o en el libre mercado.

Finalmente, en cuanto a los supuestos de competencia desleal contemplados en el artículo 27 de la LORCPM, brindo algunas precisiones acerca del supuesto de violación de normas por un competidor y el de abuso al consumidor.

Respecto al primer supuesto, la doctrina señala que este supuesto es propio del modelo social, no se aplica al corporativo. Consiste en cualquier conducta o acto por el cual un competidor obtiene una posición de ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes frente al resto de competidores que cumplen con sus obligaciones legales. En este supuesto debe demostrarse la norma eventualmente infringida y que la violación comporta una ventaja significativa, que no deviene de la eficiencia económica del sujeto activo del ilícito.

La violación de normas es un acto carente de buena fe, está vinculada a las leyes anticorrupción, a las buenas prácticas corporativas, a las obligaciones tributarias y ambientales, entre otras. Este supuesto específico está también reglado, aunque con diferentes textos e incluso alcances, en las legislaciones colombiana (art. 18)³, peruana (art. 14)⁴ y argentina (inc. c, art. 10, D. 274/2019)⁵.

3 Ley 256 de 1996. Artículo 18. Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

4 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. Art. 14 14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas. 14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada: a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

5 Decreto 274/ 2019. Art. 10 literal c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales.

En la ley ecuatoriana, en su numeral 9 del artículo 27 (LORCPM)⁶, se incorpora este supuesto de manera especial, pues considera desleal, además de la violación de normas, el abuso de procesos judiciales o administrativos. Dentro del incumplimiento de una norma jurídica, fija ejemplificativamente la violación de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. Asimismo, configura una práctica desleal la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

Es decir, dentro del sistema ecuatoriano no sólo se sanciona como desleal la violación de normas sustantivas que traiga una ventaja significativa, sino además el abuso de procesos judiciales o administrativos, lo que constituye un extremo que rompe el concepto generalizado de este supuesto. En consecuencia, por eficiencia y seguridad jurídica, debe limitarse el supuesto en comento a la violación de normas únicamente.

Respecto del segundo supuesto de deslealtad comprendido en el artículo 27 de la LORCPM, es decir, los supuestos de deslealtad frente al consumidor, el numeral 10 de dicho artículo prohíbe las prácticas agresivas, de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores u usuarios, sin delimitar qué se entiende en cada supuesto, ni considerar lo que es el consumidor promedio ni las exageraciones publicitarias, como sí lo hacen otras legislaciones.

En este sentido el proyecto de ley orientado a modificar esta normativa (que se comentará en la sección siguiente) debería contener un mejor desarrollo normativo respecto de este supuesto, dejando claro qué son la publicidad y las prácticas ilícitas, agresivas, engañosas, desleales, discriminatorias y subliminales. Lo anterior, cuidando de no caer en el desvío del período social, es decir limitando la cláusula general prohibitiva a una sola definida por la contrariedad objetiva a la buena fe y no incluir una segunda cláusula a favor de los consumidores como se observa del artículo 4 de la actual Ley de Competencia Desleal española.

1.4. Acciones y mecanismos de protección

En cuanto a las acciones y mecanismos de protección contra la competencia desleal, el sistema ecuatoriano debería incorporar acciones procesales claras y encaminadas a conseguir las tres finalidades que caracterizan a la competencia desleal: a) impedir que comiencen o lograr que cesen los actos de deslealtad, b) remover los efectos de los actos ya realizados, y c) resarcir los daños y perjuicios causados por la deslealtad (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1992, págs. 428-249). Esto debe realizarse en protección de los bienes jurídicos que tutela este régimen.

De acuerdo con Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, "*... de estas tres clases de acciones, la más importante es sin duda la que trata de impedir que se realice o que continúe la actuación de competencia desleal*" (1992, pág. 429). La acción preventiva permite que la protección contra la deslealtad se active frente a conductas peligrosas, esto es, frente a aquellas que puedan afectar los derechos de los participantes en el mercado y también del sistema competitivo. Esto es así porque en el comercio no es posible reparar adecuadamente *a posteriori* las consecuencias dañosas del acto desleal que afecta la posición competitiva del operador económico, la que no puede esperar una sentencia para ser restituida. El procedimiento sumario sería el más adecuado para obtener en poco tiempo la resolución de no iniciación o cese de la deslealtad.

6 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 27 numeral 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

Sebastián García Menéndez afirma que el ilícito de competencia desleal es “*un acto objetivo y de peligro*” (García Menéndez, 2004, pág. 181). Por ello, con el objetivo de conseguir la finalidad de no iniciación o cesación inmediata, debe complementarse con un procedimiento que permita iniciar la acción frente al riesgo del daño. En consecuencia, para que se sancione como ilícito no requiere de este elemento (daño), ni del de la culpabilidad. Ello no quita que los actos culposos sean desechados como desleales, ni que los actos de competencia desleal agravados sean conocidos por la autoridad de competencia ecuatoriana en caso de que afecten a la libre competencia, sin perjuicio de las acciones civiles a las que haya lugar por parte de las partes afectadas por los ilícitos de deslealtad.

En conclusión, la LORCPM, al solapar la defensa de la competencia sobre la competencia desleal, no consideró los contrastes existentes entre estas dos instituciones jurídicas, marcados por sus diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica, los bienes jurídicos tutelares, el objeto de protección y las funciones de corrección en el macrosistema jurídico. Así, en cuanto a su naturaleza jurídica, se inobserva que la primera es preponderantemente pública mientras la segunda es preponderantemente privada. En cuanto al bien jurídico tutelar, el del derecho de competencia es el sistema competitivo, que es de orden público, mientras que el de la competencia desleal son fundamentalmente los derechos concretos y particulares de los competidores; y los difusos de los consumidores. Respecto de su objeto, la primera busca proteger la libre competencia e indirectamente a los consumidores, entendidos como operadores económicos, mientras que la competencia desleal pretende proteger intereses diversos y concretos, como son los intereses particulares de los competidores y los difusos de los consumidores (y solo subyacentemente el sistema competitivo).

De este modo, los artículos 25, 26 y 27 de la LORCPM, no constituyen un sistema codificado de competencia desleal, por lo que resulta indispensable la promulgación de una ley que contenga un correcto diseño sustantivo y uno adjetivo que, en forma armónica y eficiente, regule este microsistema jurídico para la corrección de conductas de operadores desleales. En este contexto, a continuación se analizará el proyecto de ley que busca codificar este sistema.

II. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE COMPETENCIA DESLEAL PRESENTADO EN LA ASAMBLEA NACIONAL EN OCTUBRE DE 2022

En el contexto señalado en el ítem anterior y conocida la urgencia de promulgar una ley de regulación contra la competencia desleal, desde la Presidencia de la Función de Transparencia y Control Social, el doctor Danilo Sylva envió el 17 de enero de 2022 un proyecto de ley de competencia desleal a la Asamblea Ecuatoriana, la que paradójicamente no fue calificada⁷.

Posteriormente, desde la misma función, pero esta vez a cargo del doctor César Córdova, el 3 de octubre de 2022 remitió un segundo proyecto con algunas variaciones a las del primero. Este proyecto, mediante Informe Técnico Jurídico No Vinculante No. 0122 emitido el 22 de noviembre de 2022, emitido por el Coordinador General de la Unidad de Técnica Legislativa, se recomendó su aprobación. Por ello, el proyecto ha pasado a la Comisión de Desarrollo Económico Productivo y Microempresa de la Asamblea Nacional para su trámite. Al momento se encuentra en trámite en la Comisión para primer debate.

⁷ Este proyecto fue archivado por la Asamblea Nacional.

2.1. La importancia de la cláusula general prohibitiva en el proyecto de ley

El Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal, si bien busca consolidar el sistema de regulación contra la competencia desleal en Ecuador, lo que es necesario y loable, presenta varios elementos que deben señalarse para mejorar su eficiencia en el sistema jurídico ecuatoriano.

En este sentido, observamos que la definición de buena fe empresarial (art. 3) y su inclusión en la delimitación de la cláusula general de deslealtad (art. 5) atado a la incidencia en el comportamiento económico del consumidor, es parcial e imprecisa. Esto por las razones que a continuación se exponen.

La primera razón es que el ámbito de aplicación de la competencia desleal, como analicé en el ítem 1 de este artículo, va más allá del sector empresarial y del comerciante, tanto en su ámbito de protección, como en su regulación y corrección de conductas. Por ello, la regulación contra la competencia desleal debe aplicarse a cualquier operador económico empresario o no.

La segunda razón es que la deontología profesional, desde la aparición del modelo social, fue superada por la deontología social, por la cual se amplió el criterio delimitador de deslealtad, es decir, lo que se entiende jurídicamente por acto o conducta desleal. Así, el acto antijurídico de deslealtad ya no es solo aquel contrario a los usos y prácticas honestos de comercio (i.e., buena fe aplicable al comercio o buena empresarial), sino que es todo acto concurrencial realizado por cualquier operador económico, que objetivamente resulte contrario a la buena fe en general, es decir, a la conducta socialmente deseada, que se aplica al mercado. De esta forma, hoy la competencia desleal rebasa el criterio de antijuricidad vinculado a la contrariedad a los usos y prácticas honestas de comercio, que tiene un carácter gremial. En efecto, estos usos y prácticas son tan sólo uno de los bordes de la buena fe concurrencial; que forma parte de un criterio delimitador más amplio definido por la contrariedad objetiva a la buena fe en general.

La tercera razón es que la competencia desleal, desde sus inicios, como en el caso del derecho francés por vía de la interpretación de la responsabilidad civil extracontractual, atribuyó la obligación de reparación a los operadores económicos que violan el deber de conducta concurrencial (que impone la buena fe y que abarca el principio de no abusar y el de no dañar). Este hecho no ha cambiado. Lo que sí ha mutado es la reinterpretación del alcance y contenido de la conducta o práctica desleal, pero en ningún caso se lo ata solo a aquella que incide en la decisión económica del consumidor. Esto es así porque la conducta desleal aplica a cualquiera que sea objetivamente contraria a este deber de conducta socialmente aceptada o deseada aplicable al mercado, como la violación de secretos o la de un derecho de propiedad intelectual (supuestos clásicos), o bien, la inducción a la violación contractual (actuales).

Por lo expuesto, es pertinente ratificar que la conducta desleal es aquella que objetivamente sea contraria a la buena fe en general, que no es más que la objetiva contrariedad a la conducta socialmente deseada o aceptada. Este modelo de conducta no está limitado solo a la empresarial; y, menos solo atada a la que incide en el comportamiento económico del consumidor o la protección de sus derechos. En este sentido, se debe recordar que la buena fe es un parámetro y criterio más amplio, que puede ser tanto objetiva como subjetiva. En la competencia desleal predomina la primera sobre la segunda, por la importancia del resultado concreto por sobre la intención o negligencia (dolo o culpa civil).

La delimitación de la cláusula general prohibitiva debe ser precisa, clara y concreta, porque de su delimitación nacen obligaciones jurídicas. Ella abre y cierra el sistema de regulación contra la competencia desleal. Esta precisión no se observa en el artículo 5 del proyecto de ley que establece:

Art. 5. Cláusula General de Competencia Desleal.- *Todo comportamiento realizado con fines concurrentiales y contrario a la buena fe empresarial que distorsionen o puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de la persona consumidora media destinataria de la práctica, se entenderá contrario a las prácticas honestas del mercado, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.*

Del análisis de la norma, se observa que ésta no establece expresamente la prohibición de deslealtad, ni qué se reputa desleal, aunque debemos entender por tal, cualquier comportamiento definido en la misma. En este sentido, veo problemas en la descripción normativa de la cláusula general, que puede afectar la certeza, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Esto es así porque, por un lado, induce a pensar que se concebirá como desleal cualquier comportamiento realizado con fines concurrentiales contrarios a la buena fe empresarial que pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor. El enlace de estos dos elementos (deber de conducta y distorsión en la decisión económica del consumidor) no es aplicable, por ejemplo, en supuestos como la inducción a la violación contractual, u otros no especificados en los supuestos ejemplificativos, donde la ilicitud no está establecida por la distorsión en la decisión del consumidor, sino por la violación de un deber de conducta concurrencial frente al competidor.

Por otro lado, el artículo 5º propuesto por el proyecto de ley señala que es contrario a las prácticas honestas de mercado, aquellas dirigidas a un grupo concreto de consumidores. Esta atadura es restrictiva y excluyente a la vez. Es restrictiva porque la contrariedad a las prácticas honestas de mercado no se circunscribe solo a aquellas dirigidas a un grupo concreto de consumidores. Abarca cualquier acto, conducta o práctica concurrencial que puede afectar o afecte a los operadores económicos: competidores y consumidores. Es excluyente porque no considera que hoy la honestidad de mercado, bajo los principios que lo rigen, implica la protección de intereses diversos, donde son preponderantes los concretos y particulares de los competidores. Por ello, se concibe como supuesto ejemplificativo de deslealtad la violación de secretos o la violación de normas, entre otros, donde ninguna incidencia tiene el consumidor.

Por estas razones, la definición del artículo 5 obscurece y complica el criterio delimitador de antijuridicidad de deslealtad. Asimismo, enreda el criterio delimitador del modelo profesional con elementos del social. Esto último lo hace al atar el criterio de deslealtad a la contrariedad a la buena fe empresarial con la incidencia en la decisión económica del consumidor; y, a la honestidad en el mercado con un grupo específico de consumidores. Con ello, asume una visión que se aplica solo en la investigación y sanción de los actos de competencia desleal agravados vinculados a la protección del bienestar general de los consumidores que viene desde el derecho de defensa de la competencia.

Por ello, incluso hoy la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por medio de su Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, sólo puede investigar y sancionar los actos desleales agravados, como son la publicidad engañosa, pero no puede hacerlo respecto de otros actos de deslealtad como la violación de normas o la inducción al incumplimiento contractual (pues la tipicidad de estos actos no tiene vinculación a la protección de los consumidores, o bien, solo afectan los derechos privados).

Al ligar el criterio de ilicitud concurrencial al comportamiento económico del consumidor o al direccionamiento a un grupo de ellos, se desconocería tácitamente que la deslealtad supera la protección del bienestar general del consumidor, la incidencia en su comportamiento económico o su direccionamiento y sus derechos. Esta limitación crea confusión y podría generar impunidad de los sujetos activos de ilícitos de competencia desleal simples, es decir, de aquellos que sólo afectan los derechos concretos y particulares de los competidores leales (que son los sujetos de protección fundamental de la regulación contra la deslealtad). Por ello, la redacción de esta norma debe ser más amplia e inclusiva. En efecto, debe redactarse de tal forma que sin lugar a dudas considere como ilícitos

concurrenciales a todos los actos o prácticas desleales que puedan afectar -o afecten- tanto los derechos particulares y concretos de competidores leales, como los difusos de los consumidores, sin atarlos a la protección de éstos últimos.

De esta manera, para lograr una mejor calidad normativa del artículo 5, lo que corresponde es establecer una cláusula general prohibitiva de deslealtad de carácter abierto, de la manera más simple, clara y concreta posible, observando el actual desarrollo de la materia y la protección de los intereses de todos los operadores económicos, que incluye los particulares y concretos de los competidores. Por ello, cabe delimitarla en forma simple y sobre la base de la contrariedad objetiva a la buena fe. En este contexto, sería recomendable suprimir la definición de buena fe empresarial del artículo 3 del proyecto de ley. Así, se debería establecer un texto simple, claro y concreto del artículo 5 (“Cláusula General Prohibitiva”), como se lo hace en otras legislaciones⁸, y señalar que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

2.2. Los supuestos de competencia desleal en el proyecto de ley

En cuanto al supuesto de violación de normas, el proyecto vuelve a incurrir en un error en su delimitación -aunque en sentido distinto al que consta del numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, que se analizó en el punto 1 de este artículo- al requerir un acto administrativo que cause estado o una declaración judicial, esto es, exige un requisito de prejudicialidad previo a la acción de deslealtad, lo que rompe con el criterio de protección temprana de este supuesto. Esta impresión debe corregirse señalando que es desleal prevalecer en el mercado con una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes.

El proyecto omite regular el supuesto de discrimen comercial o dependencia económica que, por su importancia, ha sido debidamente abordado en parágrafos anteriores. Su inclusión permitirá la protección de muchos operadores económicos sujetos a este tipo de abusos.

En cuanto a los actos de imitación debe establecerse claramente que es permitido y libre, salvo que afecte derechos de propiedad intelectual. La redacción del proyecto de ley (art. 6 literal c) puede dar una interpretación contraria al que debe tener hoy, donde se permite la imitación en protección del consumidor y el sistema competitivo, salvo excepciones determinadas.

Finalmente, en cuanto a los supuestos de protección contra la coacción e influencia indebida del consumidor, es recomendable incluir la definición de diferentes formas de publicidad y prácticas ilícitas, engañosas, agresivas, discriminatorias, sexistas, de abuso a menores, entre otras. Esta tarea debe hacerse evitando caer en el desvío del período post social mediante la delimitación de una sola cláusula general prohibitiva basada en la objetiva contrariedad a la buena fe.

En todo caso, y más allá de las sugerencias presentadas para la mejora de este proyecto de ley, debe resaltarse que el mismo constituye un importante avance en la codificación del sistema de competencia desleal. Es plenamente perfectible al régimen actualmente vigente, por lo que la Asamblea Nacional debe valorar los mecanismos de mejora regulatoria en lo pertinente y permitir su urgente promulgación.

⁸ Por ejemplo, en Chile el artículo 3° de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal, establece que “*En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*”.

III. CONCLUSIONES

En Ecuador es indispensable y urgente que se promulgue una ley específica de regulación contra la competencia desleal que tenga una clara definición del modelo al que se adscribe. Esta ley debe establecer claramente el objeto, ámbito material y bienes jurídicos tutelares de la regulación contra la competencia desleal, así como los supuestos de deslealtad y las acciones procesales propias de este microsistema jurídico. El conocimiento de estos supuestos de deslealtad, por su naturaleza preponderantemente privada, le corresponde a la jurisdicción civil, por regla general, y a la administrativa, por excepción (actos desleales agravados), sin que sean excluyentes una de otra, porque tienen alcances y objetos diferentes.

La calidad normativa de esta nueva ley es un imperativo para garantizar el ejercicio real de los derechos constitucionales como tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, intermediación, economía procesal, celeridad, entre otros.

En este contexto, considero pertinente que el Proyecto de Ley Orgánica presentado ante el poder legislativo el 3 de octubre de 2022 sea mejorado por la Asamblea Nacional. Lo anterior, para que este supere los problemas que presenta la actual matriz sustantiva y observe que su método procesal o normas adjetivas sea coherente con la naturaleza jurídica preponderantemente privada de la regulación contra la competencia desleal. Asumir correctamente este desafío es recomendable para lograr una mejor y más eficiente protección de los bienes jurídicos tutelares de la competencia desleal y de las funciones de corrección que le corresponden dentro del macrosistema jurídico ecuatoriano.

REFERENCIAS

- Alvear Peña, P. (2020). *Competencia desleal: Criterios de su autonomía disciplinar* (física y en epub ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Barona Vilar, S. (2008). *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*. Valencia España: Tirant lo Blanch Tratados.
- Belda de Mergelina, R. (2010). *Control de Concentraciones, ayudas públicas y falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal dentro de Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*. Madrid: La Ley, Iberdrola, Asociación Colegio de Ingenieros del ICAI.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992). *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, Madrid, Boletín Oficial del Estado*. Madrid: Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2012). *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Navarra, España: Thomson Reuters, Aranzadi, 13ª ed.
- De Cores, C. (2012). La fragmentación de la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012. *Revista de Derecho, Segunda época*, 7(7), 65-113.
- De la Cruz Camargo, D. (2014). *La competencia desleal en Colombia: Un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrer de Fernández, S. H. (2016). El Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina y el derecho del consumidor y de la empresa. En C. Ramírez, *Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial*. Quito, Ecuador: Corte Nacional de Justicia.
- García de Enterría, E. (2016). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Navarra: Thomson Reuters.
- García Menéndez, S. A. (2004). *Competencia desleal: Actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores* (2a. ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Menéndez, A. (1991). *La Competencia Desleal*. Madrid: Civitas S.A.
- Posada Torres, C. (2014). *Equilibrio contractual en los contratos de adhesión*. Bogota: Ibáñez.
- Stiglitz, G., & Álvarez Larrondo, F. (2013). *Derecho del consumidor 1, Problemática general del régimen de defensa del consumidor*. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma.
- Stiglitz, R. (2015). El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Infojus, Año 2 número 4*, Buenos Aires.
- Tambussi, C. (2015). Defensa de la Competencia. En C. Tambussi, *Práctica y Estrategia, Derechos del Consumidor, Modelos de Escritos, Doctrina, Jurisprudencia*. Buenos Aires: La Ley, Thomson Reuters.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Patricia Alvear P. , “La necesaria codificación del sistema de competencia desleal en Ecuador”,
Investigaciones CeCo (enero, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile