

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

El abuso de derechos de propiedad intelectual: ¿Es abuso de poder de mercado?

Martín Dotti Battel

**Mario Navarrete Serrano, Abogado
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito para la obtención del título de
Magíster en Derecho de Empresa

Quito, diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

El abuso de Derechos de Propiedad Intelectual: ¿Es abuso de poder de mercado?

Martin Dotti Battel

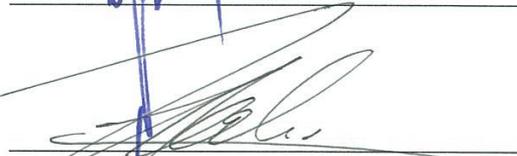
Mario Navarrete M.A.
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis



Vladimir Villalba, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



Juan Francisco Palacios, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



Vladimir Villalba, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de Empresa



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 08 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA

1. TESINA/TÍTULO

El abuso de derechos de propiedad intelectual: ¿Es abuso de poder de mercado?

2. ALUMNO

Martín Dotti Battel

3. EVALUACIÓN

Antes de detallar la evaluación me permito hacer una reserva. Considero que la tesina de Martín, si bien cumple con los requisitos mínimos para ser presentada ante la Universidad, no es un trabajo lo suficientemente acabado. Por ello, presento este informe a pedido del alumno y no por convencimiento personal.

a. Importancia del problema planteado

El problema que Martín plantea es sin duda trascendental. La relación entre el Derecho de competencia y la Propiedad intelectual es una complicada. Al inicio la relación se proyectaba como una conflictiva, donde los monopolios naturales otorgados por la Propiedad intelectual y las barreras de entrada facilitaban la consecución de conductas anticompetitivas. Después se comprendió que un enfoque pro-competencia de la Propiedad intelectual coadyuva el emprendimiento y la innovación. Por supuesto, lograr que el régimen de propiedad intelectual se alinee con los objetivos del Derecho de competencia no solamente requiere de un esfuerzo legislativo y regulatorio, también necesita supervisión porque, por más cuidadosamente afinadas que estén las normas de Propiedad intelectual, siempre existirá la posibilidad de que sean abusadas para conseguir mayor participación en el mercado a costa de competidores, consumidores y del orden público económico.

En esta encrucijada yace la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que, en su afán de no permitir que ninguna conducta anticompetitiva quede sin sanción, ha creado un sistema donde los regímenes de verificación del abuso de poder de mercado y la competencia desleal se confunden sobre la Propiedad intelectual. Este tema, hasta donde conozco, no ha sido examinado previamente por la academia.

b. Transcendencia de la hipótesis planteada por el investigador

El investigador afirma que el régimen actual crea confusión porque, en última instancia, se está calificando como abuso de poder de mercado a un número de conductas que, tradicionalmente, han sido consideradas como competencia desleal. Desde el Convenio de París de 1883 hasta la Decisión Andina 486 consideran, por motivos históricos, como competencia desleal a los abusos de Propiedad intelectual e industrial. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido calificar como abusos de poder de mercado a esas conductas, creando un régimen *ad hoc* que puede generar problemas.

Martín propone una modificación legislativa o, en su defecto, una reorganización de la norma, permitiendo que las conductas que son vistas como competencia desleal en convenios internacionales, no estén sujetas al régimen de verificación de abusos de poder de mercado, que les es extraño.

c. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Si bien el problema planteado es importante y la hipótesis trascendente, los recursos utilizados en la investigación no son suficientes. Las fuentes secundarias son poco relevantes para tratar el problema en detalle y las fuentes primarias, salvo la decisión del caso Pfizer, son insuficientes.

d. Contenido argumentativo de la investigación

Lamentablemente, como las fuentes usadas no fueron las adecuadas, la argumentación no es suficiente para explorar de manera acabada el problema planteado. La calidad argumentativa se hubiera beneficiado de una investigación prolija.

e. Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación

Las tareas encomendadas fueron cumplidas parcialmente


Mario Navarrete Serrano
Director

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombre:

Martín Dotti Battel

Código de estudiante:

201510_00109945

C. I.:

1711191682

Fecha:

Quito, 8 de diciembre de 2015

RESUMEN

A finales del 2011 se promulgó en el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En ella se norman, entre otros temas de competencia, el abuso de poder de mercado y las prácticas desleales. Nuestro legislador incluyó erróneamente al abuso de derechos de propiedad intelectual en ambos regímenes, sin tomar en consideración que estos cuentan con conceptos, características y criterios totalmente diferentes, creando así una contradicción jurídica, cuyas consecuencias se pueden evidenciar tanto en la teoría como en la práctica. El presente trabajo tiene como finalidad analizar la mencionada disposición, comparándola con otras normas similares en la materia, de tal manera de determinar los efectos negativos que produce y las posibles soluciones al problema.

ABSTRACT

At the end of 2011 the Law of Regulation and Control of the Market's Power was issued in Ecuador. In this law, themes like competition, misuse of power on the market and disloyal practices are regulated. The lawgiver included mistakenly the abuse of property of intellectual rights in both regimens. Without realizing that these regimens have very different concepts and characteristics, creating a legal contradiction, which leads to consequences that can be seen in both theory and practice. This work purpose is to analyze this disposition and compare it with other similar regulations in the field, to determine the negative effects that it produces and the possible solutions to this problem.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	8
Introducción.....	9
1. El abuso de derechos de propiedad intelectual	18
1.1 Problemática de la norma.....	25
1.2 Ley de Propiedad Intelectual.....	36
1.3. Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial	40
1.4. Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial	42
1.5. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).....	44
2. Prácticas desleales y la propiedad intelectual	46
2.1 Caso Pfizer	48
2.2 El abuso de derechos de propiedad intelectual, ¿abuso de poder de mercado o práctica desleal?	53
2.3 Necesidad de la reestructuración del sistema de prácticas desleales y abuso de derechos de propiedad intelectual.....	56
Conclusiones	59
BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

El mercado es el principal conductor de la economía; en él se llevan a cabo todos los intercambios de los cuales se ocupa la ciencia económica, motivo por el cual siempre deberá obedecer a normas que permitan su mejor desenvolvimiento.¹ Dentro de este orden global que supone el Derecho de Competencia, el Ecuador no es la excepción; nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con directrices y lineamientos que, en principio y a simple vista, buscan darle al mercado interno un mayor dinamismo, mayores y mejores oportunidades para todos los actores y mayor competitividad entre las empresas.

El 13 de octubre de 2011 entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en nuestro país, hecho que sin duda alguna supuso un hito dentro de nuestra historia jurídica. El Ecuador demoró décadas en instaurar un régimen de Derecho positivo sobre competencia, en relación no solo a los Estados Unidos y Europa, sino también en relación a otros países latinoamericanos. El presente trabajo tiene como objeto analizar la mencionada norma, particularmente en lo que respecta al vínculo existente entre Derecho de Competencia y Derecho de Propiedad Intelectual.

Dado que la propiedad intelectual categoriza al conocimiento como una de las tantas fuentes de riqueza y que reconoce titularidad de derechos, siempre dentro de límites de respeto a otros derechos previamente adquiridos, y que el Derecho de Competencia busca por su parte regular las actividades comerciales, propendiendo a un mercado más justo y una competencia más eficiente para todos los agentes involucrados, podemos decir que ambas ramas del Derecho se conectan necesaria e ineludiblemente dentro del campo de la oferta y la demanda. Tanto la propiedad intelectual como la libre competencia buscan siempre la mayor cantidad de oferentes y alternativas en el mercado

En este sentido, podemos decir que existe dependencia entre ambas disciplinas; mientras por un lado, el Derecho de Propiedad Intelectual confiere o reconoce derechos generalmente exclusivos a creaciones o invenciones del intelecto humano, derechos en virtud de los cuales sus titulares tienen facultades de explotación y beneficio económicos, el Derecho de Competencia se encarga de limitar el excesivo ejercicio de aquellos derechos, entendiendo

¹ Mauricio VELANDIA. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2008.

que por sobre el interés particular estará siempre el interés de la sociedad, una sociedad en donde no deben existir conductas abusivas que pongan en peligro el normal y justo desenvolvimiento del mercado.

Esa dependencia que tiene la una rama con la otra, nace precisamente de las grandes diferencias que presenta cada una, dentro de las cuales quizá la más importante es aquella que hace referencia al concepto de los monopolios. En estricto sentido, la propiedad intelectual, como vimos en líneas anteriores, concede exclusividad en el ejercicio de derechos. Esa exclusividad otorgada bien puede ser vista como un monopolio legal en la explotación de derechos económicos²; si es que soy titular de una marca, una patente o un diseño industrial, únicamente yo podré explotar mi invención, según mejor lo crea conveniente; la titularidad de una creación me faculta a decidir si es que otorgo licencias o concedo franquicias y a quién y bajo qué condiciones lo hago.

Por su parte y a diferencia de la propiedad intelectual, la libre competencia busca combatir la formación o existencia de monopolios, estableciendo en el mercado condiciones equitativas y justas para todos los agentes. A simple vista, podría decirse que conciliar ambas disciplinas reviste de una complejidad particular. Al respecto, Xavier Gómez Velasco manifiesta que “[...] existe tensión entre crear derechos exclusivos, de una parte, y defender la competencia, de otra [...].”³

De igual forma y como menciona Harry First, quien define a la relación entre propiedad intelectual y competencia como compleja y contrapuesta, las normas de propiedad intelectual han estado fuera de control por mucho tiempo; los titulares de derechos han pretendido expandir indiscriminadamente los campos de ejercicio de los mismos, imponiendo condiciones que han afectado a los consumidores y al mercado en general.⁴ Esta idea acentúa aún más las profundas diferencias que en principio podemos encontrar entre ambas ramas.

No obstante y contrario a lo que a priori se podría pensar, esta gran diferencia entre ellas no ha hecho otra cosa que acercarlas más y crear esa necesaria dependencia. Al respecto, cuando exista riesgo de que un agente económico, titular de derechos reconocidos y otorgados

² Xavier GÓMEZ VELASCO. *Los Derechos de Propiedad Intelectual como Restricción a la Competencia Económica*. Revista de Derecho No. 1. UASB. Quito, Ecuador. 2003. Página 86.

³ Xavier Gómez Velasco. *Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica*. UASB. Quito, Ecuador, Corporación Editora Nacional. 2003. Página 17.

⁴ Harry FIRST. *Controlling the Intellectual Property Grab: Protect Innovation, not Innovators*. Página 1.

por la propiedad intelectual, abuse en el ejercicio de los mismos, atentando contra derechos de otros y el justo desenvolvimiento del mercado, será el Derecho de Competencia el que intervendrá a través de sus diferentes instancias para evitar dicho riesgo o, en caso de que el acto anticompetitivo ya se haya cometido, sancionar al responsable.

Es precisamente la propiedad intelectual el nuevo eje de la economía, que no se compone hoy en día únicamente del intercambio de bienes y servicios tal como los conocíamos décadas atrás; son el conocimiento, la tecnología y la innovación los pilares fundamentales del mercado. Esto último representa en conjunto otro de los nexos existentes entre propiedad intelectual y competencia. Dada la vital importancia que ha adquirido la propiedad intelectual en la economía, el Estado debe regular dicha disciplina a través de mecanismos efectivos, pero no únicamente contraponiendo ambas instituciones e impidiendo los excesos de la una sobre la otra, sino también encontrando sus puntos en común y objetivos afines.

La propiedad intelectual promueve la competencia entre agentes, ya que ofrece incentivos a la innovación. Consecuentemente, esa competencia no puede quedar sin regulaciones y sobre todo prohibiciones, y es allí donde encaja de manera armónica la norma positiva que regula la materia. El Derecho de Competencia evidentemente también impulsa el desarrollo tecnológico y la innovación; en mercados dinámicos donde las normas regulan los excesivos márgenes de ganancia que pueden afectar a los consumidores, los agentes oferentes buscarán constantemente la innovación, justamente para ser más competitivos. No existe innovación sin derechos de propiedad intelectual, así como tampoco existe innovación sin competencia.

De la misma manera sucede con el desarrollo tecnológico y el bienestar de los consumidores, fines últimos que persiguen tanto la propiedad intelectual como la competencia. Xavier Gómez Velasco nos dice que:

El propósito económico de la legislación de marcas busca, entre otras cosas, reducir los costos de búsqueda del consumidor a través de la identificación de la fuente de los bienes, y de ese modo incidentalmente fomentar la calidad mediante la protección de la reputación.⁵

Esta premisa sin duda alguna fortalece el argumento de que la propiedad intelectual, al proteger derechos de creación o invención, promueve el desarrollo tecnológico y la obtención

⁵ Xavier GÓMEZ VELASCO. *Los Derechos de Propiedad Intelectual como Restricción a la Competencia Económica*. Revista de Derecho No. 1. UASB. Quito, Ecuador. 2003. Página 91.

de bienes y servicios de óptima calidad, lo cual siempre se reflejará en un mayor grado de satisfacción de los consumidores, objetivo primordial que también persigue el Derecho de Competencia. Mientras exista reconocimiento y retribución en materia de propiedad intelectual, existirá una mayor disponibilidad de bienes y servicios, una mayor difusión de los conocimientos, mayor desarrollo de tecnología y por ende, mayor bienestar de los consumidores. La propiedad intelectual, según nuestro punto de vista, no se contrapone con la libre competencia ni atenta contra su desarrollo, por el contrario, supone un elemento auxiliar que, entendido como tal, contribuye a su efectivo funcionamiento y sobre todo, persigue fines comunes.

Hemos mencionado al bienestar del consumidor, la promoción de la innovación tecnológica y la competitividad en los mercados, como fines comunes y coincidentes, tanto de la propiedad intelectual como de la competencia. Si bien es evidente que el incentivo que otorgan las legislaciones a través de los derechos de propiedad intelectual, supone indefectiblemente un incentivo también al desarrollo de los mercados y por ende, más competitividad, más tecnología y mayor bienestar para los consumidores, no es menos cierto que debe existir un contrapeso entre esos incentivos particulares que se otorgan inicialmente a través de la propiedad intelectual, y las posibles consecuencias negativas que estos podrían generar en el mercado. Es precisamente allí donde queda aún más marcada la relación y dependencia de una disciplina con la otra.

Por un lado, la exclusividad que reconoce la propiedad intelectual beneficia a sus titulares y les brinda la posibilidad, por ejemplo, de explotar de mejor manera esos derechos a través de licenciamientos. Estos últimos sin duda alguna suponen una mayor eficiencia en los mercados, ya que constituyen un canal de transmisión de conocimiento y tecnologías, así como pueden globalizar la oferta hacia todos los consumidores. Esa eficiencia, sin embargo, estará supeditada al correcto manejo de dichos acuerdos de licenciamiento, mismos que si no reflejan condiciones equitativas para las partes involucradas, bien podrían debilitar el desenvolvimiento de la libre competencia.⁶

En virtud de lo mencionado, a más de los fines perseguidos que tienen en común ambas materias, el núcleo de su relación y dependencia es precisamente la limitación al uso

⁶ U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. 2007. Página 58.

desmedido y exagerado de esos derechos exclusivos de propiedad intelectual, limitación que está determinada y normada por el Derecho de la Competencia. En este sentido, lo que busca evitar la normativa en competencia es el abuso de derechos de propiedad intelectual, abuso que naturalmente puede llegar a afectar al mercado y todos o algunos de sus componentes.

El abuso de derechos de propiedad intelectual puede manifestarse en algunas formas o circunstancias reguladas por el Derecho de Competencia. Nuestra intención no es afirmar categóricamente que este tipo de prácticas no son compatibles o no pueden derivar en abuso de poder de mercado. Existen ciertamente casos en los cuales, por ejemplo, una patente de invención y los derechos que ella confiere pueden ser una de las causas para que se configure una posición de dominio a favor de su titular.⁷ De igual forma, un agente con previa posición de dominio también podría extralimitar el respectivo ejercicio de derechos de propiedad intelectual, extendiendo así su poder de mercado, pero tal como lo menciona Xavier Gómez Velasco, con quien estamos de acuerdo en este punto, “[...] no debe sobrevalorarse la presencia de derechos de propiedad intelectual en la caracterización de una posición dominante, pues es solo uno de tantos factores a considerar”⁸, los cuales se analizan más bien bajo los siguientes tres elementos generales: poder económico, depresión de la competencia e independencia de comportamiento.⁹ No obstante de lo mencionado, queremos dejar sentada la idea de que la propiedad intelectual ha estado y está estrechamente vinculada al régimen de prácticas desleales y que, de manera accesoria, puede tener relación directa con abusos de posición dominante.

Para reafirmar nuestra postura de que la propiedad intelectual ha estado siempre vinculada con el régimen de prácticas desleales, nos referiremos brevemente a los orígenes de la competencia desleal en el comercio internacional.

Las normas que prohíben la competencia desleal surgen a mediados del siglo XIX, en un inicio para proteger a empresarios de conductas o prácticas deshonestas realizadas por otros empresarios con quienes competían de manera directa en el mercado. Estas regulaciones se basaban fundamentalmente uno de los principios establecidos por la Revolución Francesa: la

⁷ U.S. Dep’t of Justice & Fed. Trade Comm’n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. 2007. Página 116.

⁸ Xavier GÓMEZ VELASCO. *Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica*. UASB. Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2003. Página 45.

⁹ Carlos FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA. *Derecho de la Competencia*. Comunidad Europea y España. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1994.

libertad de industria o comercio¹⁰, y se originan a partir de la interpretación del Código Civil Francés sobre responsabilidad extracontractual. El requisito principal para determinar la existencia de una práctica desleal, era la exigencia de que quien cometía el acto deshonesto, debía necesariamente ser competidor directo del afectado; “Al no haber competencia, no podía haber acto desleal”.¹¹

Es así que en Europa, principalmente en Francia y Alemania, se reguló a la competencia desleal bajo los principios del liberalismo económico propagado por toda la región, hasta mediados del siglo XX, en donde juega un papel fundamental el *Antitrust* norteamericano. La competencia pasó de ser un derecho a una obligación de los empresarios, quienes estarían sujetos a sanciones en caso de violar esa obligación, la cual nació precisamente con la finalidad de que el mercado funcione correctamente. Podemos observar en este punto que la finalidad del Derecho de Competencia dejó de ser únicamente el bienestar del empresario (finalidad secundaria a partir de entonces), para dar paso a la protección del funcionamiento y desarrollo competitivo del mercado en general.

Poco a poco se va ampliando el espectro de protección y tutela de esta rama jurídica y, como dice Alberto Rodríguez-Cano en su tratado sobre Derecho Mercantil, “[...] la protección contra la competencia desleal no sólo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público en que el sistema competitivo funcione. Y también existe otro interés importante involucrado, como lo es el de la protección a los consumidores.”¹² Precisamente debido a que los consumidores no cuentan con las herramientas propias suficientes para poder generar un equilibrio entre ellos y los oferentes, es que la legislación en la materia desarrolla y amplía sus criterios y regulaciones, de tal manera de proteger a los primeros y consecuentemente, propender al mayor grado de bienestar y orden público dentro del mercado.

Esta breve síntesis histórica acerca del nacimiento y desarrollo de la regulación a la competencia desleal, nos permite afianzar nuestra postura sobre el vínculo entre aquella y la propiedad intelectual, bajo las directrices de la siguiente premisa: la protección contra la competencia desleal ha surgido históricamente como una expansión de la protección a la propiedad industrial y sus diferentes modalidades. Es precisamente el Convenio de la Unión

¹⁰ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Editorial Aranzadi. España. 2000. Página 363.

¹¹ *Ibid.* Página 366.

¹² *Ibid.* Página 368.

de París para la Protección de la Propiedad Industrial, la norma marco que consagra la relación entre estas dos ramas, al establecer directrices de protección en materia de propiedad intelectual (derechos exclusivos) ligadas a la protección contra la competencia desleal (bienestar de oferentes, consumidores y mercado). En virtud de este vínculo, el oferente titular de derechos exclusivos puede verlos protegidos, en primera instancia, por el paraguas de la propiedad intelectual e industrial, que a su vez están protegidas por un sistema más amplio, el sistema de la competencia desleal, que actúa en una segunda instancia y únicamente cuando se hayan cumplido algunas circunstancias que implican ya no sólo violación a derechos exclusivos, sino también, al libre desarrollo de la competencia. De todo esto nace la estrecha relación entre propiedad intelectual y prácticas desleales.

Podemos concluir de este primer análisis que tanto las diferencias, pero sobre todo los objetivos comunes de ambas disciplinas, las han ido acercando con el paso de los años. Las normas de competencia buscan alcanzar el mayor grado de armonía e igualdad en los mercados, propendiendo al desarrollo tecnológico, la innovación y al bienestar general, brindándole al productor u oferente las herramientas suficientes para alcanzar tales propósitos, los cuales serán siempre compensados razonablemente por las normas de propiedad intelectual, estableciéndose así un estrecho vínculo y a la vez un necesario contrapeso entre ambas ramas del Derecho.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido en este sentido una serie de conductas que, a criterio de nuestros legisladores, son atentatorias contra la libre competencia y distorsionan el normal desenvolvimiento del mercado y sus más elementales principios, confundiendo sin embargo y a propósito de la propiedad intelectual, dos tratamientos totalmente distintos; el abuso de poder de mercado y las prácticas desleales.

Dentro de las prácticas consideradas como anticompetitivas según la Ley, encontramos en primer lugar a aquellas que constituyen abuso de poder de mercado. El artículo 9 establece dichas conductas y en su número 17 dice lo siguiente: “El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador, y en la ley que rige la materia”.¹³

¹³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 17. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Observamos en líneas anteriores que sí son posibles los escenarios en los cuales un abuso de derechos de propiedad intelectual puede derivar en abuso de poder de mercado. El problema neurálgico de la disposición radica en que, en primer lugar, el legislador ha establecido la posibilidad de que un agente con posición de dominio abuse de derechos de propiedad intelectual, pero ha remitido el concepto y tratamiento de abuso de derechos a convenios e instrumentos internacionales, los cuales, como veremos a continuación, vinculan a estos con prácticas de competencia desleal, más no con abuso de poder de mercado.

Esta remisión o reenvío de un régimen (abuso de poder de mercado) hacia otro (prácticas desleales), reviste de una complejidad que no fue prevista y analizada por el legislador ecuatoriano. Los dos regímenes son distintos en cuanto a su concepto, su determinación y sus elementos de evaluación particular. Ya vimos brevemente el origen histórico de la protección contra la competencia desleal, sus raíces de corte civilista y su estrecha relación con la propiedad intelectual. También mencionamos que los elementos constitutivos de una posición de dominio no se agotan únicamente con la existencia de derechos exclusivos otorgados por el Derecho de Propiedad Intelectual, sino por el contrario, requieren de estudios y análisis técnicos respecto del poder económico, la capacidad de tomar decisiones independientes y la depresión de la competencia, entre otros tantos.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no es específica y, como dijimos, remite todo el tratamiento de abuso de derechos de propiedad intelectual a la Ley de Propiedad Intelectual y a los tratados y convenios internacionales de la materia suscritos por el Ecuador. Absolutamente todas esas normas a las cuales nos remite el número 17 del artículo 9 de la Ley, vinculan a los abusos en materia de propiedad intelectual con prácticas desleales, más no con abuso de poder de mercado. Incluso la misma Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se contradice capítulos más adelante al establecer al abuso de procesos judiciales o administrativos como una práctica eminentemente desleal, conducta que bien puede ser considerada ya como abuso de derechos de propiedad intelectual.

El abuso de poder de mercado es una práctica restrictiva que limita o inhibe la competencia dentro del mercado, buscando eliminar los beneficios que aquella reporta para oferentes y consumidores en general. El régimen que regula al abuso de poder de mercado tiene como bien jurídico protegido a la libertad de acceso al mercado y la permanencia de los participantes en el mismo. En este caso, la tutela se dará siempre vía administrativa. Por el

contrario, las prácticas desleales son conductas contrarias a la buena fe comercial, a las sanas costumbres y usos honestos; el bien jurídico protegido por el régimen de prácticas desleales es la transparencia con la que se deben desarrollar las actividades comerciales y el procedimiento para analizarlas puede ser administrativo pero también judicial. La propia Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido un régimen de verificación particular para tal efecto.

Relacionando perfectamente el origen de la competencia desleal con la actualidad, la Ley establece que las prácticas desleales se asumirán bajo las nociones del cuasidelito, al amparo de lo que dispone nuestro Código Civil. Más adelante profundizaremos en el análisis del régimen de verificación y elementos del cuasidelito civil, régimen que en primer lugar ha sido modificado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y veremos también que es totalmente diferente al régimen de verificación de los abusos de poder de mercado, evento que genera uno de los problemas principales de nuestra norma, tal como mencionamos líneas arriba.

Esta gran contradicción nos lleva a cuestionarnos por qué en nuestra Ley a una misma práctica se la trata como restrictiva de la competencia y como no necesariamente restrictiva de la competencia. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe conocer y resolver casos en los cuales un operador con poder de mercado abuse de derechos de propiedad intelectual, bajo el régimen de abuso de posición de dominio, conducta que restringe o limita la competencia. Pero, si es que una conducta no restringe o inhibe la competencia por no haberse verificado ningún daño, ni siquiera voluntad o intención por parte de quien la realiza, ¿por qué sería la Superintendencia competente para conocerla, resolverla y sancionarla conforme a otro régimen totalmente distinto?

A continuación se hará un análisis del error en el cual incurrió nuestro legislador en la redacción de la disposición, ya que por un lado, mezcla el tratamiento de abuso de derechos de propiedad intelectual con el régimen de abuso de poder de mercado; de la misma forma, incluye a la propiedad intelectual en un segundo régimen distinto, el de prácticas desleales y; finalmente, confunde y contrapone este último con los conceptos y directrices civiles de nuestra legislación, otorgando a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado facultades que no debería tener.

1. EL ABUSO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como mencionamos en la introducción, a simple vista parecería ser que el Derecho de Propiedad Intelectual se contraponen totalmente con el Derecho de Competencia, fundamentalmente porque el primero otorga y protege la exclusividad en el ejercicio de derechos, mientras que el segundo se basa sobre todo en la protección del interés común, interés que recoge derechos colectivos de varios agentes económicos, no de uno solo. Sin embargo y como se manifestó brevemente, ambas ramas confluyen en muchos aspectos y sobre todo, los campos de acción de la una encuentran su necesario límite en la existencia de la otra, y viceversa.

Tan importante es la existencia de la propiedad intelectual para el desarrollo de los mercados, que sin esta no habría competencia; al no haber exclusividad de derechos en este

sentido, cualquier invención o innovación podría ser explotada por todos, no habría incentivo alguno para el desarrollo y progreso tecnológicos y los consumidores no tendrían cómo identificar y diferenciar los productos o servicios unos de otros. El Derecho de Competencia no ataca o cuestiona la existencia de derechos de propiedad intelectual; lo que busca evitar es su excesivo ejercicio, su abuso.

Cuando un agente acude al Derecho de Propiedad Intelectual luego de haber creado un diseño, una obra o una patente, lo hace precisamente para proteger los derechos de los cuales puede gozar al tener dicha titularidad, derechos de explotación primordialmente económica; aquella explotación económica debe darse siempre en función del respeto a los derechos de los demás y al interés común y es allí en donde se traza la línea de inicio del campo de acción del Derecho de Competencia. Cuando un titular de derechos de propiedad intelectual abusa del ejercicio de aquellos derechos que le fueron legal y legítimamente conferidos, la libre competencia puede verse distorsionada y comprometida. En tal virtud, es necesario esclarecer, en primer lugar, en qué casos puede existir abuso de derecho, no sin antes referirnos brevemente a la noción de los límites de los derechos.

Los distintos ordenamientos jurídicos dan lugar a la existencia de derechos de todo tipo. Absolutamente todos esos derechos contemplados, reconocidos y tutelados por las legislaciones tienen un fundamento o una razón de ser; cada uno de ellos protegen distintos bienes jurídicos, a través de diferentes mecanismos y bajo determinados parámetros. Existen, sin embargo, casos en los cuales el titular de esos derechos puede sobrepasar o extralimitar los campos o márgenes dentro de los cuales debe efectivamente ejercer sus derechos, ante lo cual nos encontraremos con situaciones de abuso.

Ningún derecho es absoluto ni ilimitado. Todos y cada uno de ellos se enmarcan siempre dentro de límites que los constriñen y los fijan, límites de diversa índole. Dentro de esta clasificación podemos encontrar en primer lugar límites naturales, los cuales según Díez-Picazo y Gullón, “[...] derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado, de acuerdo a la función económica y social que, a través de él, se trata de realizar. [...] su definición legal implica ya el establecimiento de sus linderos o confines.”¹⁴

¹⁴ DÍEZ-PICAZO-GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil I*. Madrid. Editorial Tecnos. 1982. Página 458.

En segundo término, encontramos límites a los derechos que pueden constituirse a partir de la colisión o contraposición con otros derechos pertenecientes a terceros. Por otra parte, encontramos según los mismos autores una tercera limitación al ejercicio de derechos, denominada limitación genérica, la cual encuentra su origen en los siguientes elementos: “[1] El ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad (dictados de la buena fe). [2] El ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido a su titular (prohibición del abuso del derecho).”¹⁵

Finalmente existen los límites temporales de los derechos, siendo el tiempo el elemento determinante para dar lugar y luego extinguir a los mismos.

El abuso de derechos es un tema que ha sido ampliamente tratado y analizado desde diferentes puntos de vista y distintas ramas del Derecho. En términos generales, podemos decir que existe abuso de derecho cuando su titular ha rebasado la órbita del mismo, es decir, cuando ha confundido y sobrepasado la finalidad para la cual ese derecho le fue otorgado. Una interesante definición nos la presenta Lino Rodríguez-Arias Bustamante: “El abuso de un derecho surge cuando en el ejercicio se produce una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales, y los restantes intereses que a la sociedad como entidad orgánica cumple realizar.”¹⁶

De igual forma, el tratadista peruano Raúl Chanamé Orbe dice sobre el abuso del derecho que “[...] es una figura por la que se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aun no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse”.¹⁷

Guillermo Cabanellas nos hace una aproximación del concepto de abuso del derecho con algunos antecedentes históricos, tales como la prohibición de la mala utilización de los derechos en la doctrina romana antigua, bajo los aforismos: *qui jure suo utitur, naeminem laedit* (quien usa de su derecho, a nadie perjudica) y *male enim nostro jure uti non debemus* (no debemos mal utilizar nuestros derechos), y añade:

¹⁵ Carlos ROGEL VIDE. *Estudios sobre Propiedad Intelectual*. J. M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1995. Página 140.

¹⁶ Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *El Abuso del Derecho (Teoría de los Actos Antinormativos)*. Mérida, Venezuela. 1969. Página 34.

¹⁷ Raúl CHANAMÉ ORBE. *Diccionario Jurídico Moderno*. Tercera Edición. Gráfica Horizonte. Lima, Perú. Página 57.

El derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme a derecho y contrario a derecho. [...] El abuso manifiesto de un derecho carece de protección legal.¹⁸

Dentro de la legislación ecuatoriana, si bien no encontramos definiciones y conceptos específicos acerca del abuso de derechos, podemos observar algunas disposiciones que hacen mención al límite establecido entre ejercicio legal y legítimo y ejercicio excesivo perjudicial para terceros. En este sentido, el artículo 599 del Código Civil se refiere al dominio como “[...] también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.¹⁹

Precisamente y para suplir la falta de definición sobre el abuso del derecho, podemos remitirnos a lo que establece el mismo cuerpo normativo anteriormente citado en su artículo 18 número 7, sobre la interpretación judicial de la ley: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios del derecho universal.”²⁰

Estamos de acuerdo entonces en que nuestro ordenamiento jurídico trata al abuso del derecho bajo los principios y criterios civiles antes señalados, los mismos que inexorablemente se aplican también en materia de propiedad intelectual, como principios generales del derecho, y es precisamente de allí de donde debemos partir para su tratamiento. Al respecto, Juan Espinoza Espinoza, dentro de su obra que recoge los principios del Código Civil Peruano, cita una interesante resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual del INDECOPI de Perú, la cual establece las siguientes características típicas el abuso del derecho:

Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de un abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento jurídico; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines

¹⁸ Guillermo CABANELLAS. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Argentina. 1972. Página 29.

¹⁹ Código Civil del Ecuador. Registro Oficial 46. 24 de junio de 2005.

²⁰ *Ibid.*

económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.²¹

Una vez que hemos identificado al abuso de derechos desde su conceptualización, sus elementos y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, cabe profundizar en el análisis del abuso de derechos de propiedad intelectual en materia de competencia, partiendo desde el mismo tratamiento civil que hemos planteado, pero con una gran distinción: la afectación que ese abuso puede o no tener a la libre competencia.

Lo anterior quiere decir que las conductas sancionadas como abuso de derechos de propiedad intelectual, según normas locales e internacionales, buscan evitar que el ejercicio de esos derechos se lleve a cabo fuera de la esfera común dentro de la cual se deben ejercer derechos de propiedad intelectual, es decir, que rebase sus fronteras naturales y provoque afectación ya no solo a terceros pares, sino al mercado en general.

Citamos al respecto una norma de carácter internacional (tratado de inversión entre Chile y otros estados) que explica de manera acertada cuál es la finalidad de incluir, tratar y regular a los abusos en materia de propiedad intelectual dentro del Derecho de Competencia: “[...] prevenir el abuso de derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología [...]”.²²

Consecuentemente y como podemos observar, el abuso de derechos de propiedad intelectual en materia de competencia, supone el excesivo ejercicio de estos, con la finalidad de limitar o distorsionar el mercado. En este sentido, la autoridad deberá determinar en primer lugar si es que se cometió abuso de derechos y, en segundo lugar, si es que ese abuso de derechos atenta contra la competencia y su libre desenvolvimiento.

Son amplias las posibilidades o escenarios dentro de los cuales podríamos detectar abuso de derechos de propiedad intelectual que afecten a la competencia. A manera ejemplificativa expondremos brevemente algunos casos que evidencian aquellas conductas:

²¹ Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Los principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. Página 129.

²² UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume 13*. United Nations Publication. Geneva. 2005. Página 149.

A mediados de los años 80, la compañía Windsurfing International, dedicada a la fabricación de tablas y velas para desplazamiento sobre el agua, fue denunciada por realizar prácticas anticompetitivas.²³ Dicha compañía tenía la titularidad de patentes sobre dos productos distintos que conjuntamente formaban la tabla de desplazamiento acuático: el flotador y el aparejo. Suscribió contratos de licenciamiento con tiendas intermediarias, permitiéndoles a estas últimas vender los aparejos, única y exclusivamente si lo hacían en conjunto con los flotadores que también producía la licenciante. Este es un claro ejemplo de extralimitación en el ejercicio de derechos de propiedad intelectual en función de la explotación del objeto sobre el cual existe la titularidad; la fabricante tenía la exclusividad de la patente sobre los aparejos y si bien también tenía la titularidad sobre los flotadores, el elemento final se compone de dos productos distintos, mismos que pueden pertenecer a diferentes fabricantes, según elección del consumidor final, no obstante de lo cual se está condicionando el otorgamiento de una licencia (propiedad intelectual) a una práctica de vinculación obligatoria (competencia). La Comisión Europea determinó que tanto tablas como aparejos podían conseguirse a través de otros productores, por lo que Windsurfing International estaba realizando prácticas de vinculación atentatorias contra la competencia.

Imaginemos por otro lado a la misma compañía Windsurfing International, titular de aquella patente de invención en los Estados Unidos. Esta le otorga una licencia a un agente de otro país para que se encargue de divulgar la información de la invención, producirla y comercializarla en dicho territorio, bajo los estándares y procesos establecidos por su titular. Dentro del acuerdo de licencia que se suscribe, la licenciante le prohíbe al licenciario exportar el producto en cuestión a todos los demás países del mundo, aun cuando en muchos de ellos la licenciante no ha solicitado la protección de su patente y consecuentemente, no tiene la titularidad de los respectivos derechos. Los derechos de propiedad intelectual responden al principio de territorialidad; este caso nos presentaría un problema de extralimitación o abuso de derechos de propiedad intelectual en razón del territorio, que bien puede afectar a la competencia.

Otro caso muy conocido en nuestro medio es aquel en el cual la compañía multinacional Pfizer, titular de derechos de propiedad intelectual sobre la patente de procedimiento del Sildenafil, con la única y exclusiva finalidad de evitar que otros agentes ingresen al mercado

²³ Comisión Europea. Asunto IV/29395 de 11 de junio de 1983. Asunto Windsurfing.

para producir y ofrecer sustitos de aquel compuesto, comenzó a hacer uso excesivo e infundado de procedimientos legales en contra de sus competidores.²⁴ Estos procedimientos administrativos (tutelas) y judiciales (medidas cautelares) supusieron costos muy altos para quienes debieron afrontarlos, atentándose de esta manera contra la transparencia con la que deben competir los agentes. Cuando esto sucede, el riesgo de que exista un único oferente en el mercado es muy alto, lo cual distorsiona la finalidad para la cual esos derechos de propiedad intelectual fueron otorgados.

Hemos citado estos casos puntuales únicamente con la finalidad de exponer y ejemplificar eventos en los cuales puede existir ejercicio anticompetitivo de derechos de propiedad intelectual. El abanico de posibilidades es demasiado extenso y, precisamente por eso, cada caso concreto ameritará su estudio y análisis concretos. No obstante, creemos que al establecer el principio general de abuso de derechos desde la óptica del Derecho Civil aplicada a la propiedad intelectual, sabremos con exactitud cuándo ha existido abuso de derechos en cuanto a marcas, patentes de invención, diseños industriales, obras de autor, y en general todos los componentes de esta rama, se refiere.

Debemos nuevamente mencionar también que no todo abuso de derechos de propiedad intelectual necesariamente significa abuso de poder de mercado. Para determinar la concurrencia de ambas situaciones, se deberá analizar individualmente cada caso concreto, atendiendo a aspectos y circunstancias como la posición del oferente en el mercado, la posición de sus competidores, el mercado relevante en todas sus dimensiones, posibles barreras de entrada y en general, el índice de evolución de aquel mercado, es decir, si es emergente o más bien muy desarrollado, tema particularmente importante sobre todo en el ámbito de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías.

Precisamente debido a que no todo abuso de derechos de propiedad intelectual supone abuso de poder de mercado y no afecta directamente a la competencia, sino más bien a la transparencia con la que esta se debe llevar a cabo, es decir, que generalmente afecta únicamente a otros competidores, es que históricamente se lo ha considerado, analizado y tratado bajo el régimen de prácticas desleales. El hecho de que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado haya establecido esta dualidad en la conducta, implica y significa que cualquier abuso de derechos de propiedad intelectual podrá ser investigado y

²⁴Ministerio de Industrias y Productividad. Resolución No. MIPRO-001-2011 de 6 de abril de 2011.

sancionado como abuso de posición de dominio, independientemente de la voluntad, la intencionalidad, el daño efectivo o la existencia o no de afectación al mercado y la competencia.

Las repercusiones de realizar una práctica desleal jamás serán las mismas ni tendrán las mismas consecuencias que una conducta de abuso de posición dominante. En esta última existe un cúmulo de posibilidades de afectación y es por ello que generalmente las sanciones pueden ser mucho más severas, dado que es la competencia y el bienestar común los que están en juego. Lamentablemente, tal como consta actualmente en nuestra Ley, todo se ha incluido erróneamente dentro de un mismo régimen.

A continuación profundizaremos en el error existente en nuestra Ley, principalmente desde la óptica de las grandes diferencias que encontramos en los regímenes de verificación, tanto de los abusos de posición de mercado como de las prácticas desleales.

1.1 Problemática de la norma

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado recoge, al igual todas las legislaciones a nivel internacional, un tratamiento especial respecto del abuso de poder de mercado, señalando en su artículo 9 lo siguiente:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.²⁵

Y, al respecto del presente estudio, dice lo siguiente:

[...] En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: [...] 17. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.²⁶

Existe aquí un primer problema: La premisa número uno es que pueden llegar a abusar de su poder de mercado, quienes precisamente tengan poder de mercado, es decir, agentes con poder de mercado que realicen cualquiera de las conductas enumeradas en el artículo 9,

²⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

²⁶ *Ibíd.*

incurrirán en la respectiva prohibición de nuestra Ley. La premisa número dos, consecuentemente, radica en el hecho de que un agente que no tenga poder de mercado y que no obstante de aquello, realice alguna de las conductas que aquel artículo enumera, no será sujeto de sanción alguna, puesto que no encaja dentro de la infracción, al tenor de lo que manifiesta el texto.

Insistimos en que si bien puede darse el caso, no todo abuso de derechos de propiedad intelectual constituye abuso de poder de mercado. Un agente económico que no ostente poder de mercado, bien podría extralimitarse en el ejercicio de los derechos que se le han conferido, como por ejemplo negando licencias de uso, presentando y planteando contra terceros cuanto recurso administrativo y judicial crea convenientes o exigiendo a sus clientes requisitos extremadamente rígidos o condiciones inequitativas, y jamás podría ser sancionado según lo que establece la Ley, pues precisamente no sería un agente con poder de mercado; sería un agente económico común y corriente.

El problema no termina allí, puesto que más adelante nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 25, habla sobre prácticas desleales, presentando una terrible contradicción al establecer lo siguiente:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.²⁷

Negarse a conceder licencias, exigir a clientes condiciones o requisitos inequitativos o hacer uso excesivo de recursos administrativos o judiciales para evitar la competencia en el mercado, ¿no son acaso hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas?

El artículo 26 de la Ley aporta con lo siguiente:

Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen

²⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 25. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.²⁸

Nuevamente nos asalta la duda de si acaso la negación de licencias, la exigencia de condiciones y requisitos rígidos e inequitativos a terceros o el uso desmedido de recursos administrativos o judiciales, no son hechos, actos o prácticas desleales que impiden, restringen, falsean o distorsionan la competencia, atentan contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Finalmente, el artículo 27 del mismo cuerpo legal termina de mezclar el tratamiento de la propiedad intelectual primero en el régimen de abuso de poder de mercado y luego en el de prácticas desleales, al establecer que: “Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] 9. [...] prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativo [...]”²⁹ Entonces, según el número 9 del artículo 27 de la Ley, la extralimitación respecto del uso de recursos administrativos o judiciales en contra de terceros sí constituye una práctica desleal, pero al mismo tiempo también puede ser considerada como abuso de poder de mercado, al tenor de lo que establece el artículo 9.

Como bien se puede observar, el legislador ecuatoriano ha creado un sistema carente de lógica y sentido, mediante el cual el abuso de derechos de propiedad intelectual constituye abuso de poder de mercado, pero de igual forma se lo remite o reenvía al régimen de prácticas desleales, según la referencia que hace nuestra Ley al concepto de abuso de derechos de propiedad intelectual según normas internacionales.

Bajo este esquema, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá atribuciones que normalmente no debería tener, como por ejemplo resolver casos de prácticas desleales independientemente de si afectan o no a la competencia, al bien común y a la eficiencia en los mercados; independientemente de si llevan consigo voluntad, intencionalidad o si causan o no un daño efectivo. Adicionalmente y al confundirse los regímenes de verificación de ambas conductas, tal como consta en la Ley, todo abuso de derechos de propiedad intelectual se verá como abuso de poder de mercado y la autoridad deberá aplicar

²⁸ *Ibid.* Artículo 26.

²⁹ *Ibid.* Artículo 27.

indefectiblemente los parámetros y directrices que este régimen establece para resolver y aplicar las sanciones respectivas.

En este punto vale la pena hacer una diferenciación respecto de los regímenes de verificación que se aplican, por un lado en casos de abuso de poder de mercado y por otro, en prácticas desleales, lo cual nos permitirá especificar de manera mucho más concreta cuál es el problema medular que existe en nuestra norma.

Por un lado y según lo señala el artículo 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el poder de mercado es “[...] la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado”.³⁰ Cualquier agente que pueda tomar decisiones de manera independiente, sin atender a necesidades específicas de los consumidores o a prácticas realizadas por sus competidores y en general, a requerimientos de oferta y demanda establecidas por el mercado, se entenderá que tiene poder dentro del mismo.

Nuestra Ley enumera algunos criterios que deben considerarse para determinar si es que un agente tiene poder de mercado, como lo son la participación de ese operador en el mercado relevante, la existencia de barreras en general, la existencia de competidores, las características de la oferta y la demanda, el comportamiento reciente de ese agente, entre otras. Por su parte, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado expidió una resolución en la cual se establece una guía respecto a los métodos de análisis de mercados relevantes, la cual sirve también como herramienta de determinación del poder de mercado que podría llegar a tener un agente.

En este sentido, el mercado relevante deberá determinarse siempre combinando el análisis del mercado del producto o servicio que oferta un agente, con el mercado geográfico en donde estén ubicadas las fuentes alternativas de provisión de aquel producto o servicio relevantes. Dicha determinación deberá atender a análisis técnicos de sustitución de la demanda, sustitución de la oferta y competencia potencial, cada uno de ellos con sus respectivos métodos y parámetros. La citada resolución parece haber tomado en consideración los mismos elementos de determinación de mercado relevante que establece la Comunicación de la Comisión Europea, expedida en 1997.

³⁰ *Ibíd.* Artículo 7.

En concordancia con lo que establece nuestra Ley sobre abuso de poder de mercado, el Decreto 2153 de 1992 que regula la posición de dominio en Colombia establece en su artículo 50 una definición próxima: “[...] es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”³¹ Al respecto, Mauricio Velandia amplía el concepto afirmando lo siguiente:

El abuso de la posición de dominio es un límite a la autonomía de la voluntad para aquellos agentes que cuentan con posición de dominio. Estas empresas encuentran disminuido su poder dispositivo en la medida que su concentración de poder las convierte en riesgosas para el mercado, dado que aprovechando su alto grado de concentración podrían obtener un beneficio injusto.³²

Como podemos observar, para determinar un abuso de posición dominante, primero se debe delimitar técnicamente el segmento económico donde una empresa puede estar impidiendo o limitando el desarrollo de la oferta y la demanda, es decir, el mercado relevante, que estará compuesto siempre de diferentes variables, como el lugar geográfico, el producto o servicio, los precios, la oferta, la demanda. Entonces, se dice comúnmente que existe poder de mercado cuando es este el que depende del oferente, y no al revés, una vez verificados los elementos que mencionamos. El bien jurídico protegido por parte del régimen del abuso del poder mercado es, consecuentemente, el mercado mismo.

Como vimos anteriormente, no es ilegal el hecho de tener posición de dominio; la prohibición radica en la afectación que esa posición puede llegar a tener sobre el mercado. En tal virtud, existen otros elementos a ser considerados cuando existe poder de mercado, como lo son las eficiencias económicas, por ejemplo. Mientras más empresas oferentes existan dentro de un segmento económico determinado, la competencia tenderá a ser cada vez más perfecta, generándose así más eficiencia, entendida esta como “[...] la situación que se presenta cuando una economía produce lo que la sociedad desea al menor costo posible”.³³ Entonces, a mayor eficiencia económica, mayor cantidad de oferentes, mayor incentivo al desarrollo tecnológico, mejor utilización de los bienes de producción, mayor transparencia en la fijación de precios y por ende, mayor bienestar en los consumidores.

³¹ Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico. Colombia.

³² Mauricio VELANDIA. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2008.

³³ Manuel CUELLAR-RIO. *Estructuras de Mercado y Eficiencia*. México. 2007. Página 3.

Por el contrario, mientras menos oferentes existan, nos encontraremos en posibles escenarios de posiciones de dominio, en las cuales el abuso significaría que una o pocas empresas aglutinan la cuota de mercado, pudiendo estas decidir de manera directa sobre la fijación de precios. Al no existir sustitutos cercanos de los bienes o servicios ofertados, no existe libre competencia y por ende, tampoco incentivos para mejorar la calidad o innovar, lo cual reduce la eficiencia económica, elemento fundamental del libre mercado.

Todo esto es necesario considerar bajo el régimen de verificación de abuso de poder de mercado; evidentemente aquello supone un análisis particularmente técnico y que dista mucho del régimen de verificación de competencia desleal.

Por su parte, conceptualmente hablando, las prácticas desleales atienden a criterios mucho más amplios y generales, criterios particularmente de comercio nacional e internacional. En palabras de Jorge Otamendi, “existe una gran dificultad, sino imposibilidad, en encontrar una definición del concepto de competencia desleal. Ello, porque la variedad de actos desleales es tal que impide abarcarlos en una definición concreta”.³⁴ Añade el tratadista argentino que “[...] la variedad casi infinita de actos desleales, y la ausencia de normas específicas nos obligan, en muchos casos, a recurrir a los principios generales del Derecho en busca de protección.”³⁵

Previo a exponer algunas definiciones generales al respecto, es importante citar las palabras de Silvia Barona Vilar respecto a los antecedentes de la materia: “El estudio de la competencia desleal necesariamente se debe efectuar desde la configuración de lo que fueron los orígenes de la misma, que se hallaban por razones histórico-políticas vinculados al derecho privado”.³⁶ Entendiendo el origen de las prácticas desleales bajo la esfera de privado y no de lo público, se nos hace mucho más fácil de asimilar la conceptualización que le dan la mayoría de tratadistas al régimen.

“La competencia desleal está dada por actos contrarios a la buena fe y a las buenas costumbres”³⁷, manifiesta Mauricio Tapia. Una similar definición nos da Jorge Otamendi, indicando que “[...] sirve para saber si hay competencia desleal, el determinar si ha habido

³⁴ Jorge OTAMENDI. *La Competencia Desleal*. Revista Jurídica. Universidad de Palermo. 1998. Página 1.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Silvia BARONA VILAR. *Competencia Desleal, Tutela Jurisdiccional-Especialmente Proceso Civil-y Extrajurisdiccional, Tomo 1*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Página 55.

³⁷ Mauricio TAPIA. *Represión de la Competencia Desleal en el Derecho Chileno*. Revista de Derecho de la Empresa. Santiago. 2006. Página 182.

honestidad al actuar o si se han contravenido normas que defienden la moral y las buenas costumbres.³⁸

Por otra parte, tanto nuestra Ley como los diferentes instrumentos internacionales a los cuales esta se remite, indican que desleal es todo aquello que se considera como deshonesto o contrario a las prácticas o usos comunes; es tan amplio el término, que puede englobar un sinnúmero de conductas que, precisamente por ser demasiadas, no cuentan con un criterio de determinación tan específico como sí sucede con el abuso de poder de mercado. No obstante, en materia de competencia se exige que esas conductas deben impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia y deben atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Así lo ha establecido textualmente la Ley.

Adentrándonos aún más en el análisis de la competencia desleal, es de vital importancia mencionar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado asume a las prácticas desleales con los cuasidelitos, según las disposiciones de nuestro Código Civil. Esto evidentemente hace conexión con los orígenes de dicho régimen y su carácter privado, elementos que fueron explicados oportunamente.

De lo expuesto ya podemos evidenciar una clara diferencia entre el régimen de verificación del abuso de poder de mercado y el régimen de verificación de las prácticas desleales, asimilables, insistimos, a los criterios y elementos del cuasidelito civil.

Guillermo Cabanellas define al cuasidelito como la “acción con que se causa mal a otro por descuido, imprudencia o impericia, sin intención de dañar”.³⁹ En tal virtud, los elementos del cuasidelito civil son: a) Antijuridicidad o ilicitud, es decir, que se trate de actos contrarios al ordenamiento jurídico; b) Daño, lo cual supone una pérdida o menoscabo que sufre una persona en virtud del acto ilícito y en virtud del cual se genera una obligación de indemnización; c) Imputabilidad legal de responsabilidad, es decir, la vinculación que debe existir entre la autoría del acto que daña y la culpabilidad del sujeto, y; d) El nexo causal, el cual supone la relación que debe verificarse entre el daño causado y el acto cometido. El

³⁸ Jorge OTAMENDI. *La Competencia Desleal*. Revista Jurídica. Universidad de Palermo. 1998. Página 2.

³⁹ Guillermo CABANELLAS. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1972. Tomo I. Página 555.

régimen de verificación de la competencia desleal, consecuentemente, exige en principio el análisis sobre la existencia de estos cuatro elementos.

Si nuestro régimen civil tiene claro y delimitado el concepto de cuasidelito, exigiendo la concurrencia de los cuatro elementos citados, no tiene sentido que el legislador se haya remitido a él pero modificándolo, al establecer que:

[...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial [...] ⁴⁰

Si las prácticas desleales en el Ecuador no exigen acreditar voluntad, generación de daño y nexo causal, entonces no pueden ser consideradas como cuasidelitos civiles. Allí radica otro de los errores que encontramos en la Ley, ya que el sistema de responsabilidad civil extracontractual ha quedado inexplicablemente modificado.

Nuevamente se evidencia la gran contradicción de conceptos: por un lado, no se exige la acreditación de un daño real y efectivo, contrario a lo que establece el concepto de responsabilidad civil extracontractual (hecho ilícito; daño; nexo causal; imputabilidad) pero por otro, sí se exige que la conducta desleal distorsione o limite la competencia y tenga afectación al interés público, lo cual ya constituye la existencia de un daño.

Entendemos perfectamente el hecho de que el legislador haya optado por recurrir a una regla general en materia de competencia desleal, ya que definir *ex ante* todos los ilícitos reviste de una complejidad, incluso una imposibilidad, considerables.⁴¹ Lo que no entendemos y de hecho criticamos es la modificación al régimen al cual la Ley se ha remitido, ya que carece de todo sentido.

Continuando con nuestro análisis, vale la pena en este punto referirnos a otro tema que acentúa aún más las grandes diferencias que existen entre abuso de poder de mercado y competencia desleal. Al respecto de esta última, podemos afirmar con seguridad que la

⁴⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 25. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁴¹ Mauricio TAPIA. *Represión de la Competencia Desleal en el Derecho Chileno*. Revista de Derecho de la Empresa. Santiago. 2006. Página 184.

cláusula general de la cual parte su tratamiento, es una norma de carácter sustantivo. Esto quiere decir que el legislador “[...] ha formulado la cláusula general apoyándose en conceptos jurídicos ciertamente indeterminados, tales como la buena fe objetiva, la diligencia profesional o las prácticas honradas del mercado”.⁴²

De lo anterior podemos inferir que existe otro elemento a tomar en consideración y que se diferencia bastante del régimen de abuso de poder de mercado. La cláusula general de competencia desleal, a más de ser una sustantiva, opera como norma de cierre del sistema. En otras palabras, esto significa, en palabras de Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, que:

“[...] al incorporar la cláusula general, y al formular ésta sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, el legislador ha puesto en manos de los jueces y tribunales un instrumento que les permita declarar la deslealtad de conductas que no hayan sido expresamente tipificadas en los restantes preceptos de la Ley, siempre que tales prácticas merezcan un reproche de deslealtad conforme a los criterios de valoración que se deriven de la propia cláusula general [...]”⁴³

El espíritu de una cláusula cerrada es servir como instrumento de una permanente actualización del Derecho de Competencia Desleal, posibilitando de esta manera que se encaren nuevas conductas que no están tipificadas expresamente en la Ley, pero que pueden desarrollarse con el paso del tiempo y que pueden afectar a la competencia, sin necesidad de constantes enmiendas o reformas legales.

Hasta allí no habría inconveniente alguno. El problema radica, como dijimos anteriormente, en que nuestra Ley, que en principio trata al abuso de derechos de propiedad intelectual como abuso de poder de mercado (disposición específica con tipificaciones determinadas), remite su concepto y naturaleza a un régimen totalmente distinto, el de competencia desleal (disposición general de carácter sustantivo).

En España, por ejemplo, podemos encontrar una clara distinción entre el régimen de abuso de poder de mercado y el régimen de competencia desleal. Citamos al país ibérico ya que nuestra Ley contiene una gran cantidad de principios y disposiciones tomadas de aquella legislación.

⁴² Anxon TATO PLAZA, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Christian HERRERA PETRUS. *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Wolters Kluwe España S.A. Madrid. 2010. Página 68.

⁴³ *Ibid.* Página 70.

Un conocido caso de competencia desleal en España es el caso de Endesa, compañía multinacional dedicada a la producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad.⁴⁴ A partir de un proceso de liberación del suministro de electricidad, a través del cual se pretendía que sea el cliente quien decida finalmente a qué comercializadora acudir para proveerse de este servicio, se les obligó a las cinco grandes compañías que manejaban los más altos porcentajes de este mercado, a que durante un determinado período de tiempo continúen suministrando electricidad de manera transitoria, hasta que los clientes o consumidores salgan al mercado libre y elijan voluntariamente sus respectivas comercializadoras. Para que exista un cambio en el suministro, debía existir el consentimiento o manifestación expresa del cliente en este sentido.

Durante este período liberatorio de transición, Endesa, una de esas cinco grandes compañías productoras y distribuidoras de electricidad, envió cartas a todos sus clientes en las cuales determinaba que si estos no manifestaban su interés de cambiar de comercializadora en el período de un mes, automáticamente Endesa los trasladaría a la cartera de clientes manejada por una de sus propias compañías comercializadoras de mercado libre. El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia determinó que dicha práctica constituía un acto desleal que afectaba la concurrencia de otros competidores en el mercado, que afectaba al interés público al tratarse de un servicio esencial o de primera necesidad para los consumidores y que vulneraba el espíritu del proceso liberalizador de la electricidad, ya que la misma empresa productora continuaría distribuyendo y comercializando el servicio a través de otra compañía vinculada de manera vertical, sin el consentimiento expreso del consumidor.

Podemos observar que la legislación española exige que las prácticas desleales tengan afectación al mercado para que puedan ser conocidas y resueltas por el ente rector en materia de competencia. Cuando se trata de prácticas desleales que afecten únicamente intereses particulares, serán los jueces civiles y mercantiles quienes conozcan los casos. No sucede lo mismo en el Ecuador, ya que en virtud de la existencia de esta dualidad en el sistema de verificación y el erróneo envío del abuso de derechos de propiedad intelectual, de un régimen a otro totalmente distinto, no queda claro cuándo tendrán competencia los jueces civiles y cuándo el ente de control en materia de competencia.

⁴⁴ Comisión Nacional de la Competencia. Resolución de 11 de junio de 2012. España. Asunto Endesa.

El abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas y las concentraciones económicas, como conductas anticompetitivas que son, tienen cada una sus características, requisitos, métodos de verificación y sanciones específicas, ya que todas ellas efectivamente afectan al mercado y el bienestar general. En este sentido, existen prácticas desleales que pueden afectar al orden público y otras que únicamente pueden afectar intereses particulares. Si afectan sólo intereses particulares, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no tendría por qué conocerlas y resolverlas, siendo los jueces civiles los competentes para ello; por el contrario, si es que dichas conductas sí afectan al interés público, el ente de control en la materia sí debería conocerlas, pero bajo el régimen de prácticas desleales, no bajo el régimen de abuso de poder de mercado.

A continuación revisaremos brevemente cada una de las normas a las cuales nos ha remitido la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado para determinar lo que se considera como abuso de derechos de propiedad intelectual, lo cual nos permitirá reafirmar la postura de que la propiedad intelectual, como hemos analizado a profundidad, ha estado relacionada históricamente con el régimen de competencia desleal, y no con el de abuso de poder de mercado.⁴⁵

⁴⁵ En septiembre del año 2011 se llevaron a cabo el primer y segundo debates del Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, enviado por el Ejecutivo a la Asamblea. Durante ambos debates, poco o nada se dijo o trató en relación a temas de propiedad intelectual; la gran mayoría de legisladores se refirió a temas eminentemente políticos, que nada aportaron al mejoramiento del documento.

Respecto de la introducción del abuso de derechos de propiedad intelectual como abuso de poder mercado y también como práctica desleal, no existe alusión alguna por parte de ningún asambleísta. Dentro del primer debate, apenas podemos encontrar tres intervenciones que se refieren a la propiedad intelectual, todas ellas muy superficiales, carentes de aspectos técnicos e incluso con terribles distorsiones conceptuales; sin embargo, esas intervenciones evidencian en gran medida el espíritu de la disposición: sancionar la mayor cantidad de conductas posibles sin un mayor análisis técnico-jurídico. Vale recordar que el Proyecto de Ley fue ingresado en la Asamblea con carácter de urgente, lo cual acortó los plazos de nuestra Función Legislativa en cuanto a la socialización, estudio y debate necesarios con los que debió tratarse el texto.

Al respecto, el asambleísta Rolando Panchana solicitó en su intervención que se precise más la definición de abuso de derechos de propiedad intelectual como abuso de poder de mercado, ya que según su criterio, ésta resultaba ambigua. Esta observación fue recogida por la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y se Regulación y Control, ya que actualmente la Ley, en su artículo 9 número 17, remite el concepto de abuso de derechos de propiedad intelectual a todo aquello que establezcan tratados internacionales y a la ley que rige la materia.

Por su parte, el asambleísta Eduardo Encalada hizo una mención bastante peculiar respecto de la propiedad intelectual, asegurando en el Pleno de la Asamblea que, “ciertas instituciones han puesto como propias el color de las rosas y los productores de rosas en el Ecuador, tienen que pagar un impuesto a ese dueño de los colores y de las condiciones tales o cuales de las rosas. Dijo también que, “hay otra empresa que ha declarado que es

1.2 Ley de Propiedad Intelectual

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no aclara los casos en los cuales el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual puede ser considerado como abusivo o como una práctica desleal; por el contrario, deja esa conceptualización a la ley que rige la materia, en este caso la Ley de Propiedad Intelectual.

Al revisar la Ley de Propiedad Intelectual, nos encontramos con algunos casos que bien podrían tener estrecha relación con el Derecho de Competencia, como por ejemplo el Régimen de Licencias Obligatorias. El artículo 154 de dicha ley, establece lo siguiente: “[...] cuando existan razones de interés público de emergencia o de seguridad nacional y, sólo

propietaria intelectual de rayar los cuadernos en forma horizontal y vertical, es decir, un pequeño empresario que quiera tener una imprenta y hacer cuadernos, tiene que pagar un impuesto porque alguien se adelantó a decir que tiene que pagarle por el derecho a haber insertado en propiedad intelectual sobre las rayas horizontales y verticales. Esos son los abusos exagerados que se han dado en este país.”

Llama la atención el contenido de aquellas declaraciones, ya que en primer lugar, los impuestos no son establecidos y exigidos por particulares; es el Estado el único facultado para su determinación y cobro y, en segundo lugar, el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano brinda la posibilidad de gozar de derechos de propiedad intelectual a obtentores de variedad vegetales, que entendemos es a lo que se quiso referir el asambleísta Eduardo Encalada. Adicionalmente, no se conoce caso alguno en donde un agente económico sea titular exclusivo de algo tan común y poco novedoso como trazar rayas horizontales y verticales en cuadernos y mucho menos, exigir el pago de impuestos a quienes pretendan hacer lo mismo.

La asambleísta Rosana Alvarado intervino preguntando, “qué hará esta ley frente a prácticas terribles de empresas que, por ejemplo, se roban los productos de otros pequeños productores y le ponen su marca... llegamos a un gran supermercado y nos sorprendemos de la facilidad con que ahora el supermercado también nos oferta su propia marca de lácteos, su propia marca de materiales de limpieza, su propia marca de ropa. Qué tipo de control estamos dando a eso. Qué es lo que va a suceder de aquí a cinco años, cuando estas grandes distribuidoras tengan la marca propia impuesta por ellos mismos sobre el producto ajeno.”

Es cuestionable desde todo punto de vista que en una intervención legislativa se asevere que determinados agentes *roban* productos para ponerles su marca, ya que aquello tiene implicaciones de carácter penal. Así mismo, no se llega a entender por qué un agente económico no podría diversificar su mercado y tener marcas en distintos productos o servicios, si el mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano lo permite.

De lo anterior podemos concluir que definitivamente jamás se tomó en consideración que la Ley contiene dos tratamientos distintos para un mismo caso o materia; la propiedad intelectual. Al parecer nuestros legisladores se dejaron llevar por un sentimiento extremo de reivindicación social, señalando que toda conducta, legal o ilegal, debe ser sancionada por el Derecho de competencia para propender a un libre mercado acorde a los principios constitucionales de nuestra Carta Política del 2008. En ese afán que refleja más sentimientos e ínfulas que análisis profundo e investigación, nuestra Asamblea Nacional metió erróneamente en un mismo saco a todo lo que tiene que ver con propiedad intelectual, vinculándolo a conceptos, como ya se dijo en reiteradas ocasiones, de abuso de poder de mercado y de prácticas desleales, no sin antes remitir cualquier vacío que pudiese existir, a la Ley de Propiedad Intelectual y tratados o convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

mientras estas razones permanezcan, el Estado podrá someter una patente a licencia obligatoria en cualquier momento [...]”⁴⁶. Más adelante, el artículo 155 dice que:

[...] A petición de parte, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas mediante resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de poder de mercado por parte del titular de la patente.⁴⁷

Lo citado en el párrafo anterior no esclarece las dudas que genera nuestra Ley en materia de competencia, sino por el contrario, nos regresa al punto del cual partimos; incertidumbre absoluta. Por una parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado nos remite a la Ley de Propiedad Intelectual; acudimos a dicho cuerpo normativo y éste a su vez nos remite a la primera norma que genera confusión. ¿Qué prácticas en materia de propiedad intelectual, en este caso respecto del uso de patentes, constituyen abuso de poder de mercado? Ninguna de las dos leyes lo dice. Lo único que queda claro es que es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la que decidirá aquello mediante resolución, evento sumamente delicado y preocupante.

Respecto de los actos y contratos sobre propiedad industrial y obtenciones vegetales, es decir la forma a través de la cual el titular de estos derechos puede transferirlos a terceros, la Ley de Propiedad Intelectual establece en su artículo 280 que cualquier contrato mediante el cual un titular otorgue licencias de uso o explotación, no podrá contener cláusulas o disposiciones que restrinjan el comercio o supongan competencia desleal, lo cual parece bastante razonable al hacer relación directa con los principios y lineamientos manifestados en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la cual servirá como base y fundamento de aplicación de sanciones en estos casos.

En lo que se refiere a competencia desleal, hasta el 2011, año en que entra en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Ley de Propiedad Intelectual normaba ciertos conceptos al respecto entre los artículos 284 y 287, los cuales fueron derogados automáticamente por disposición expresa de aquella Ley. Lo que hizo nuestro legislador fue ampliarlos e insertarlos dentro del régimen de competencia, de tal manera que no estén dispersos en ambos cuerpos normativos. Este hecho no hace otra cosa que dar más

⁴⁶ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 154. Registro Oficial No. 426 de 28 de diciembre de 2006.

⁴⁷ *Ibid.* Artículo 155.

sustento a nuestra tesis de que, efectivamente, el ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual tiene un vínculo mucho más cercano con el concepto de competencia desleal, que con aquel del abuso de poder de mercado.

Sustentando aún más lo manifestado en el párrafo precedente, nuestra Ley en materia de competencia reformó el artículo 339 de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla sobre la facultad sancionadora que tiene el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) en materia de propiedad intelectual, ampliando esa facultad de la siguiente manera: “[...] La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de *competencia desleal*.”⁴⁸, y por el contrario, nada dice respecto de conductas que constituyan abuso de poder de mercado.

No obstante de que en la reforma al artículo 339 de la Ley de Propiedad Intelectual no queda claro qué asuntos de competencia desleal pueden ser conocidos, resueltos y sancionados por el IEPI, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su segundo párrafo, sí establece una guía al respecto:

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.⁴⁹

Esto quiere decir que cuando existan casos de competencia desleal vinculados a la propiedad intelectual, que no afecten el interés público sino únicamente el interés de particulares, será el IEPI quien deberá resolverlos. Y por el contrario, cuando se den casos de competencia desleal vinculados a la propiedad intelectual, pero que sí afecten el interés público y el bienestar de los consumidores, quien deberá resolverlos será la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Esto hace relación directa con la reforma final que se hizo en el 2011 a la Ley de Propiedad Intelectual, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado: dentro del artículo 346, que habla de los fines del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, se modifica la letra c), que hablaba de prevenir los actos y hechos que puedan atentar contra la propiedad intelectual y la libre competencia, quedando

⁴⁸ *Ibíd.* Artículo 339.

⁴⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 26. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

únicamente la propiedad intelectual como finalidad de dicho ente (con la salvedad ya citada) y dejando la libre competencia bajo la tutela de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

De este análisis a la Ley de Propiedad Intelectual, podemos concluir que en ninguna parte se especifica que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual tenga relación directa con conductas de abuso de poder mercado y tampoco se determinan casos particulares en los cuales esto puede llegar a suceder. Por el contrario, sí encontramos diversas disposiciones en donde claramente podemos constatar su estrecho vínculo con el concepto de prácticas desleales, tanto así que la misma legislación en materia de competencia le ha otorgado facultades de conocimiento y resolución en ese sentido al ente regulador de la propiedad intelectual ecuatoriana.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 27 ha establecido una lista de conductas que están prohibidas por considerarse prácticas desleales. Entre ellas, podemos encontrar las siguientes:

Actos de confusión, que son aquellos a través de los cuales se hace creer a los consumidores que un determinado producto o servicio proviene de un competidor, y no de quien efectivamente lo pretende comercializar.⁵⁰ La confusión se configura a través del uso indebido de marcas, signos, apariencias distintivas, nombres comerciales, decoraciones y en general de la imagen del competidor a quien se está perjudicando.

Queda claro entonces que la práctica desleal de confundir a los consumidores tiene su origen en un abuso o violación de derechos de propiedad intelectual.

Actos de imitación, que consisten en reproducir ideas, productos e incluso publicidad pertenecientes a otro competidor, con la finalidad de hacer creer al consumidor que esas ideas, productos o publicidad tienen otro origen. Evidentemente este tipo de prácticas atentan en primer lugar, contra derechos de propiedad intelectual y constituyen una conducta desleal de competencia.

Actos de comparación, que básicamente consisten en nombrar a través de la publicidad a otros competidores, sus marcas, productos o servicios y comparar a estos con las cualidades,

⁵⁰ Jorge OTAMENDI. *La Competencia Desleal*. Revista Jurídica. Universidad de Palermo. 1998. Página 7.

marcas, productos o servicios propios. Este tipo de conductas claramente violan derechos de propiedad intelectual pertenecientes a terceros.

Explotación de reputación ajena, que supone el aprovechamiento indebido que un agente hace de las ventajas de la reputación que otro ha adquirido en el mercado.

Violación de secretos empresariales, conducta que requiere la violación de derechos de propiedad intelectual que protegen información confidencial de un competidor, para obtener ventajas o beneficios propios o de terceros, sin la autorización de su titular. “Quienes no están dispuestos a desarrollar esa información y no tienen los escrúpulos, se la roban a sus competidores [...] esa información es sin duda valiosa tanto para el que la posee como para el que se apropia de ella”.⁵¹

Violación de normas, que como vimos en pasajes anteriores, suponen la permanencia o posicionamiento en el mercado a través de del abuso de procesos judiciales o administrativos en contra de competidores, impidiendo su ingreso o mantenimiento en el mercado; evidente caso de un abuso de derechos de propiedad intelectual.

Queda claro entonces con el desglose de las conductas determinadas como desleales, el estrecho vínculo existente entre dicho régimen y los derechos de propiedad intelectual.

1.3 Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial

Dentro de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, correspondiente al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, encontramos algunas disposiciones que se refieren al Derecho de competencia. Tal es el caso del artículo 61 y siguientes, que hablan sobre el régimen de licencias obligatorias, en el ámbito de las patentes. Con la finalidad de producir industrialmente un determinado producto o hacer uso integral de un determinado procedimiento patentado, cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad competente que el titular de aquella patente le otorgue una licencia, debiendo cumplir algunos requisitos de forma. Al momento de otorgarse una licencia de patente a un tercero, se deberán especificar el plazo, el objeto, el monto y en general todas las condiciones de la misma.

⁵¹ *Ibíd.* Página 27.

Adicionalmente y tal como lo dice nuestra propia legislación, el Estado podrá requerir el otorgamiento de licencias cuando para ello existan razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional.

El artículo 66 habla explícitamente de casos en los cuales, previo a la determinación de la existencia de prácticas que afecten la libre competencia, la autoridad competente en materia de propiedad intelectual otorgará licencias de patentes para detener la continuidad de dichas prácticas y dice textualmente “[...] en particular, cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente.”⁵²

También encontramos una disposición similar respecto del otorgamiento de licencias obligatorias de esquemas de trazado registrados. El artículo 107 dice lo siguiente:

Por falta de explotación o por razón de interés público, en particular por razones de emergencia nacional, salud pública o seguridad nacional, *o para remediar alguna práctica anticompetitiva*, la autoridad competente podrá, a petición de una persona interesada o de una autoridad competente, disponer en cualquier tiempo, [...] que sea usado industrial o comercialmente o que quede abierto a la concesión de una o más licencias [...]⁵³

En primero término y respecto del régimen de patentes, parece ser que la Decisión 486 sí prevé la posibilidad de que se puedan suscitar casos de abuso de poder de mercado, a través del goce de los derechos que éstas conceden. Al respecto de los esquemas de trazado, que también suponen la existencia de derechos de propiedad intelectual, no especifica si pueden derivar en abuso de poder de mercado, sino que de manera general se refiere a la posibilidad de prácticas anticompetitivas.

Es interesante mencionar también una disposición de este cuerpo normativo en lo que tiene que ver con las marcas o signos distintivos. El artículo 137 establece lo siguiente: “Cuando la oficina nacional competente tenga indicios razonables que le permitan inferir que un registro se hubiese solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, podrá denegar dicho registro.”⁵⁴ Llama la atención lo citado ya que, en el caso particular de las marcas, la Decisión 486 hace una mención directa al concepto de prácticas

⁵² Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Artículo 66, Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero de 2001.

⁵³ *Ibid.* Artículo 107.

⁵⁴ *Ibid.* Artículo 137.

desleales, más no de abuso de poder de mercado, como sí sucede con las patentes e incluso con los esquemas de trazado.

Finalmente y quizá aclarando de manera más precisa cuál es la conexión real existente entre propiedad intelectual y Derecho de Competencia, la Decisión 486, dentro de su Título XVI De la Competencia Desleal Vinculada a la Propiedad Industrial, conceptualiza a los actos de competencia desleal en el artículo 258 como, “[...] todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”.⁵⁵ Nuevamente, la confusión existente en nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado respecto de la errónea inclusión del abuso de derechos de propiedad intelectual como abuso de poder de mercado, queda resuelta según lo que establece una de las normas a las cuales nos remite nuestra Ley, en este caso, la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, misma que, valga la redundancia, vincula a toda práctica en el ámbito de la propiedad intelectual con conductas de competencia desleal.

Incluso y para reforzar nuestra tesis, la Decisión 486 establece la posibilidad de presentar acciones por competencia desleal en sus artículos 267, y 268 y 269, y por el contrario, nada dice respecto de casos en los que exista abuso de poder de mercado. Como analizamos anteriormente, las prácticas desleales tienen su origen en conflictos privados que se suscitaban entre competidores. La protección a la competencia desleal, en sus raíces, buscaba tutelar derechos de los empresarios. De allí nace la relación entre propiedad intelectual (derecho exclusivo de los oferentes) con la competencia. El hecho de que hoy en día se hayan adoptado principios de carácter público al respecto, tal como la protección al mercado y los consumidores, no significa que el nacimiento de una práctica desleal, no se lleve a cabo y se geste con la violación de derechos particulares. Que dicha violación pueda también afectar al interés público, es una consecuencia, más no su causa inicial.

1.4 Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial

El Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial es otra de las fuentes a las cuales nos remite nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Este convenio suscrito por el Ecuador, en su primer artículo ya nos da una clara señal de que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual puede llegar a tener relación con el concepto

⁵⁵ *Ibid.* Artículo 258.

de prácticas desleales y no así con el abuso de poder de mercado. En este sentido dice lo siguiente: “La protección de la propiedad industrial tiene por objeto [...] la represión de la competencia desleal.”⁵⁶

De igual forma en su artículo 10 nos da una definición de lo que es competencia desleal: “Constituye competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.”⁵⁷

Como podemos observar del análisis realizado a cada una de las normas que sirven como fuente de revisión y concordancia con nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no existen conceptos o disposiciones que den cuenta de que el abuso en el ejercicio de derechos de propiedad es abuso de poder de mercado; por el contrario, aquellas conductas encajan perfectamente dentro del régimen de prácticas desleales, las cuales no necesariamente requieren de un poder de mercado por parte de quien las realiza.

En tal virtud, el sistema ecuatoriano adolece de una contradicción, en primer lugar, respecto de las condiciones que debe cumplir una práctica desleal para ser considerada como tal, indicando que se la asumirá como cuasidelito civil, pero a la vez sin exigir que la misma acredite voluntad, daño causado y el respectivo nexo causal (elementos fundamentales del cuasidelito). En segundo lugar, contrapone el mismo concepto al determinar que una práctica desleal no requiere causar una afectación efectiva al mercado y por ende al interés público, por lo cual en principio debería ser conocida y resuelta por jueces civiles, pero inmediatamente conceptualiza el término desleal como todo aquello contrario a la buena fe y usos comerciales, que distorsione, limite, restrinja o falsee la competencia, lo cual automáticamente le otorga facultades de conocimiento, investigación, resolución y sanción a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; finalmente y en lo que respecta al abuso de derechos de propiedad intelectual, ampliamente considerado como práctica desleal, establece nuestra Ley una dualidad en el sistema, al incluir a este tipo de conductas en el régimen de abuso de poder de mercado.

Todo lo anterior trae además como consecuencia que toda práctica desleal, sean cual fueren sus características, podrá ser conocida y resuelta por la Superintendencia de Control

⁵⁶ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Registro Oficial No. 244 de 29 de julio de 1999.

⁵⁷ *Ibid.* Artículo 10.

del Poder Mercado y; que a todo abuso de derechos de propiedad intelectual se lo tratará bajo el régimen de abuso de poder de mercado.

1.5 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)

Este instrumento internacional que tiene su origen en la Organización Mundial del Comercio, reviste de una vital importancia para el desarrollo y análisis de la relación entre Derecho de Competencia y propiedad intelectual.

Al respecto, su artículo 7 establece lo siguiente:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de los conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.⁵⁸

Ya habíamos revisado en el capítulo anterior que la competencia tiene como fines la innovación y el desarrollo tecnológicos, siempre observando la protección del mercado, el bienestar social y el orden público.

En su artículo 8, establece también que se deberán tomar todas las medidas necesarias que eviten los abusos de derechos de propiedad intelectual o el uso de prácticas que limiten o distorsionen injustificadamente al comercio. Nada dice respecto del abuso de poder de mercado, tal como sucede con las anteriores normas que hemos revisado, lo cual no hace otra cosa que reafirmar nuestra posición de que la propiedad intelectual se ha entrelazado desde siempre con la competencia desleal.

Por todo lo dicho, debemos insistir en que un operador con poder de mercado sí puede abusar de derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso se lo deberá sancionar precisamente por abuso de posición de dominio; pero no todo operador que realiza prácticas desleales tiene poder de mercado y no necesariamente esas prácticas afectan al interés público. Es por ello es que existe una homologación general de todas las normas internacionales en el tratamiento de derechos de propiedad intelectual bajo el manto de la competencia desleal. Sin embargo,

⁵⁸ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. 1994.

estas consideraciones han sido pasadas por alto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

2. PRÁCTICAS DESLEALES Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Dentro del Derecho de Competencia, no solo en nuestro país sino a lo largo y ancho del planeta, existe un importante tema que goza de un tratamiento concreto, con sus propios escenarios, directrices y conceptos: se trata de la competencia desleal.

Ya analizamos a profundidad a lo largo de este trabajo el concepto de competencia desleal, sus orígenes históricos, su tratamiento, sus elementos principales y su relación con el derecho de propiedad intelectual. Volveremos a insistir en nuestra crítica al sistema ecuatoriano actual, pero previo a esto consideramos importante mencionar brevemente algunas de las teorías sobre competencia desleal más aceptadas.⁵⁹

Una primera corriente asemeja a la competencia desleal con la responsabilidad civil extracontractual, es decir, con la existencia de un daño producto del cometimiento de un determinado acto y el necesario nexo causal entre aquel determinado acto y el daño producido a un tercero. En estricto sentido, esta teoría trata la naturaleza de la competencia desleal como un daño efectivo a otro competidor exclusivamente, pero en ningún momento considera ni a los consumidores ni al orden público como elementos esenciales para su determinación.

Otra teoría, en cambio, determina que la competencia desleal implica una afectación a derechos de todas las personas en general, tanto competidores oferentes como consumidores. En función del respeto y consideración que deben existir siempre en todas las relaciones sociales, comerciales y económicas, cualquier práctica desleal se considera como un atentado contra la protección de la personalidad, según esta corriente.

Por su parte, otros tratadistas sostienen que la normativa de competencia desleal está encaminada a velar únicamente por los derechos, intereses y patrimonio del Estado propiamente dicho y de los competidores, dejando totalmente de lado la protección jurídica que merecen los consumidores.

Una cuarta teoría trata a la competencia desleal desde dos puntos de vista opuestos entre sí, pero dependientes el uno del otro. Reconoce la existencia de derechos e intereses individuales y defiende su ejercicio, pero únicamente hasta el límite dentro del cual se

⁵⁹ Nicolás PAREJA. *De la competencia desleal*. <http://facultaddederecho.es.tl/De-la-Competencia-Desleal.htm>. (Acceso: 23/10/2015).

encuentra e inicia la función social que esos derechos individuales deben cumplir. La competencia desleal, por consiguiente, engloba a toda práctica o conducta que se realice con abusos o excesos en el ejercicio de derechos individuales y que sea contraria a los usos mercantiles comúnmente aceptados. Consecuentemente, la normativa que la regula, tiene como finalidad encontrar el equilibrio entre las fuerzas del mercado.

Previo a la puesta en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el Ecuador manejaba un régimen generalmente civil en materia de competencia desleal y especialmente administrativo para ciertos casos. Todas aquellas controversias en las cuales un determinado agente económico había sido perjudicado en virtud de actos deshonestos o contrarios a la buena fe y los usos comunes, se fundamentaban en las disposiciones del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos y se ventilaban a través de la jurisdicción civil. A partir de 1997 y con la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual, se crea una nueva clasificación de prácticas desleales que debían ser conocidas y resueltas por la jurisdicción contencioso administrativa, siempre y cuando versen sobre derechos de propiedad intelectual.

La Ley de Propiedad Intelectual así mismo dispuso que debían crearse los jueces de propiedad intelectual para conocer los mencionados casos y que, mientras eso suceda, serían los tribunales de lo contencioso administrativo los facultados para ejercer tales atribuciones, excepto para los casos de medidas preventivas, que debían ser resueltos por los jueces de lo civil. Los jueces en materia de propiedad intelectual jamás fueron creados.

Un caso ecuatoriano reciente nos confirma la postura de que sí existen prácticas desleales que no afectan el interés común, sino únicamente intereses particulares y por ende, pueden ser conocidas, resueltas y sancionadas por los jueces civiles.⁶⁰

En la actualidad y bajo el esquema de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, podemos inferir que el Ecuador ha adoptado un modelo en el cual las prácticas desleales pueden traer consecuencias que afectan bien al orden público y bienestar general, o únicamente a intereses particulares. Al respecto de esto último establece la Ley en su artículo 26 que “Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los

⁶⁰ Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 1140-2011. Caso Nifa S.A. (Prophar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dohme.

consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”.⁶¹

La citada disposición no es suficiente para determinar con claridad el régimen aplicable en materia de prácticas desleales. De esta se concluye que los asuntos que versen única y exclusivamente sobre propiedad intelectual, pasarán a conocerse por parte de la autoridad competente, en este caso el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, lo cual es obvio y hasta redundante.

El problema radica en que todas las prácticas desleales, ya sea que afecten o no al mercado y que produzcan o no daños efectivos, podrán ser conocidas y resueltas por el ente de control en la materia, según lo que establece el artículo 37 de la Ley, que dice que:

[...] corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado... la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley.⁶²

La jurisdicción civil debería seguir conociendo exclusivamente los casos de competencia desleal que no afecten el libre mercado, pues no tiene sentido que la Superintendencia actúe en donde no le corresponde.

Como podemos observar, nuestro sistema de competencia desleal actual se ha modificado otorgándole a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado amplias y exageradas facultades en todos los casos que considere pertinentes, contrario al principio de especialidad con el que debería actuar.

2.1 Caso Pfizer

Consideramos importante hacer referencia a un caso práctico ocurrido en nuestro país hace algunos años, ya que el mismo constituye un precedente fundamental en materia de competencia; incluso y como veremos a continuación, este caso bien podría considerarse una

⁶¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 26. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁶² *Ibid.* Artículo 37.

de las principales razones por la cuales nuestra actual norma adolece del error de confusión entre abuso de poder de mercado y prácticas desleales, analizado en el presente trabajo.⁶³

A mediados de la década de los 90, la farmacéutica multinacional Pfizer desarrolló un fármaco denominado Sildenafil. En un principio, éste se prescribía para paliar dolores de pecho conocidos médicamente como anginas y para el tratamiento de artritis, entre otros usos; a partir de algunos estudios realizados por Pfizer, se comprobó que el Sildenafil podía usarse también para tratar casos de disfunción eréctil y fue así como la multinacional estadounidense patentó la fórmula y comenzó a comercializarla en el año de 1998 con el nombre de Viagra. El uso del medicamento se expandió rápidamente por todo el mundo y el Ecuador no fue la excepción. Las ventas de Viagra se dispararon y pasaron a ubicarse en el primer lugar dentro de su mercado y segmento respectivos.

Pfizer patentó también en nuestro país dicho procedimiento de obtención del principio activo denominado Sildenafil, con lo cual ninguna otra farmacéutica podía utilizarlo para conseguir un producto de similares propiedades y características. Frente esta imposibilidad, algunas compañías comenzaron a practicar distintos procedimientos al de Pfizer, con la finalidad de obtener productos que puedan ser usados en casos de impotencia sexual. A inicios del siglo XXI, aparecieron varios sustitutos del Viagra que, al igual que aquél, tuvieron buena acogida dentro de nuestro mercado.

Ante un considerable decrecimiento en sus ventas, producto de la variedad de ofertas en el mercado, Pfizer comenzó a impulsar una serie de procedimientos administrativos y judiciales en contra de sus competidores, principalmente medidas cautelares de carácter civil, argumentado que tenía la exclusividad de la patente de aquel principio activo. A raíz de esto y a partir del año 2002, varias compañías farmacéuticas que vendían medicamentos similares al Sildenafil, debieron sacar sus productos del mercado y así Pfizer nuevamente logró alcanzar niveles de venta altos en nuestro país.

Antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el Ecuador no contaba con una norma especial que regule a la competencia; todos los casos que tenían como contenido aquella materia debían ser tratados bajo normas internacionales, principalmente la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)

⁶³ Ministerio de Industrias y Productividad. Resolución No. MIPRO-001-2011.

y, en virtud de que aún no se había creado la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, era el Ministerio de Industrias y Productividad a través de la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor, el órgano rector que conocía de estos particulares.

Es así que en entre los años 2010 y 2011 las compañías farmacéuticas Western Pharmaceuticals S.A., Biodental Cía. Ltda., Ginsenberg Ecuador S.A., Helsinpharm Cía. Ltda. Representaciones Whitehouse S.A., Sionpharm Cía. Ltda., Swiss & North Group S.A. y Vartrax Health S.A., presentaron denuncias en contra de Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development N.V./S.A. y Pfizer Cía. Ltda., alegando que estas estaban monopolizando el mercado de sus productos a través de medidas cautelares fuera de lo jurídico y abusando de la normativa de la propiedad intelectual, con la finalidad de acabar con la producción nacional.

El Ministerio de Industrias y Productividad recibió las denuncias e inició un proceso investigativo para comprobar si efectivamente Pfizer estaba realizando conductas anticompetitivas que distorsionaban el libre mercado y la competencia.

En primer lugar, se determinó que Pfizer patentó un procedimiento, más no el producto final que se obtiene con la realización de ese procedimiento. Esto es importante mencionar, ya que cuando existe exclusividad en el uso de un determinado procedimiento, cualquier competidor puede obtener un producto igual o similar sin incurrir en prohibiciones o sanciones, siempre que utilice procedimientos diferentes a aquel que se encuentra patentado. Al respecto se logró demostrar que en el mercado ecuatoriano existían algunos productos sustitutos del Viagra, cuyos procedimientos químicos de obtención eran distintos a aquel con el cual se conseguía el principio activo Sildenafil, de propiedad de Pfizer.

Así mismo, el informe de investigación elaborado por la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor estableció que Pfizer realizó algunos estudios de mercado para determinar cuáles eran sus principales competidores en el mercado relevante de la venta de medicamentos para la disfunción eréctil y, únicamente contra los más fuertes, es decir, aquellos que tenían porcentajes de venta similares a los de Pfizer, solicitó medidas cautelares a jueces civiles, en virtud del derecho de propiedad intelectual del cual gozaba por su patente. Esto último sin duda alguna desvirtuó totalmente la finalidad para la cual le fueron otorgados esos derechos a Pfizer, afectándose así otros derechos y bienes jurídicos. No es lo mismo

impulsar acciones legítimas en contra de terceros que se están apropiando sin autorización de derechos de propiedad intelectual, con el fin de atender ese derecho que se alega tener, hacerlo respetar y suspender la violación, que impulsar esas mismas acciones de manera indiscriminada y con el único objeto de impedir o dificultar la competencia en el mercado.

Por otra parte, se determinó que cuando Pfizer lanzó al mercado el producto en cuestión y al no haber otros oferentes, los precios del Sildenafil se mantuvieron siempre altos, consecuencia inevitable en materia económica cuando existe mucha demanda y poca oferta. Al cabo de unos años, cuando empezaron a aparecer sustitutos a dicho principio activo, los precios a los cuales Pfizer comercializaba el Viagra se redujeron considerablemente, ajustándose a la oferta y demanda del mercado. Luego, cuando las medidas cautelares solicitadas por la farmacéutica estadounidense en contra de sus competidores fueron aceptadas y ejecutadas, los precios del Sildenafil volvieron a subir, al encontrarse éste casi de manera única y exclusiva en el mercado ecuatoriano, recuperando así su cuota de consumo. Adicionalmente, se hizo evidente la intención de Pfizer con sus acciones legales: frenar el libre desarrollo de la competencia. Una vez que sus competidores dejaron de producir y comercializar los medicamentos sustitutos sobre los cuales recayeron las medidas, estas permanecieron efectivas durante muchos años más y no fueron levantadas, evento que debió ocurrir apenas se dejaron de violar derechos de propiedad intelectual.

Al término de las mencionadas investigaciones y con el informe presentado por la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor, el Ministerio de Industrias y Productividad resolvió declarar que las compañías denunciadas Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development N.V./S.A. y Pfizer Cía. Ltda., incurrieron en conductas restrictivas de la competencia, pero cometiendo el ente sancionador un gravísimo error.

Como bien se indicó líneas atrás, las compañías que solicitaron se investigue a Pfizer denunciaron expresamente que esta estaba *abusando de derechos de propiedad intelectual*. De igual manera y según consta en los textos y documentos que contienen las investigaciones y criterios del Ministerio de Industrias y Productividad, se utilizaron siempre los términos *abuso de derechos de propiedad intelectual, exceso en la utilización de derechos, ejercicio abusivo de derechos, abuso de un derecho concedido por el Estado*, entre otros. En una de las consideraciones y conclusiones finales previo a la resolución del caso, el Ministerio estableció

lo siguiente: “[...] ha existido una conducta restrictiva de la competencia originada por un uso abusivo de acciones procesales y administrativas[...]”⁶⁴ y, posteriormente al momento de emitir la resolución, se contradice totalmente al determinar que: “[...] las denunciadas han incurrido en la conducta restrictiva de la competencia, en la modalidad de abuso de una posición de dominio, prevista en el literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina[...]”⁶⁵.

En el presente caso, es evidente la falta de conexión que existe entre las denuncias presentadas, las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio de Industrias y Productividad, los criterios que este desarrolla a lo largo del proceso y la resolución final que emite. Si las compañías afectadas denunciaron a Pfizer por el uso abusivo de derechos de propiedad intelectual y el requerimiento excesivo e injustificado de medidas cautelares, y la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor desarrolló a lo largo de todo su informe investigativo aquel concepto, no se entiende por qué en la decisión sancionatoria final se confunden los criterios y se establece que Pfizer afectó la libre competencia bajo la modalidad de abuso de posición dominante.

El problema radica en que el uso desmedido o abuso de procesos judiciales o administrativos supone una conducta totalmente diferente al abuso de posición de dominio, no únicamente por el concepto y esencia de cada práctica, sino fundamentalmente por el régimen y tratamiento que cada una tiene. La multinacional Pfizer incurrió en una conducta de práctica desleal, pero erróneamente se la sancionó bajo el esquema de abuso de poder de mercado. Este importante precedente muy probablemente llevó a que nuestro legislador traslade aquel error conceptual a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Como manifestamos anteriormente, el poder de mercado requiere del análisis de circunstancias y parámetros técnicos que se deben establecer previo a la determinación de su existencia y en segundo lugar respecto del hecho de si existe o no abuso de esa posición dominante. En tal virtud, no se puede sancionar a un operador bajo el régimen de abuso de poder de mercado, sin antes determinar si efectivamente tiene esa posición en el mercado relevante en el cual se desenvuelve.

⁶⁴ *Ibid.* Página 128.

⁶⁵ *Ibid.* Página 129.

La resolución del caso Pfizer mezcla instituciones totalmente distintas (abuso de poder de mercado y competencia desleal). Una cosa es la afectación a la competencia y al libre mercado que protege la primera, y los intereses particulares indemnizatorios basados en la responsabilidad civil extracontractual que protege la segunda. Una decisión de autoridad jamás puede resolver asuntos que no fueron tratados a lo largo del proceso.

De igual forma, concluimos que no se puede confundir el régimen de abuso de posición dominante con el de prácticas desleales; las consecuencias jurídicas de abusar del poder de mercado que se tiene, son totalmente distintas a aquellas que se pueden dar en casos de competencia desleal. Precisamente por eso existen los dos regímenes, cada uno con sus propias reglas, criterios y sanciones.

2.2 El abuso de derechos de propiedad intelectual, ¿abuso de poder de mercado o práctica desleal?

Como se revisó en el capítulo anterior, cada una de las normas que rigen en el Ecuador en materia de competencia define a las prácticas desleales de manera muy similar, coincidiendo todas en que se trata de conductas contrarias a los usos honestos y las costumbres y buena fe mercantiles y comerciales. En palabras de Ángel Martínez Gutiérrez, “[...] habrá de calificarse como desleal todo aquel comportamiento que implique un abuso del derecho a la libertad de empresa.”⁶⁶

Desarrollando aquel interesante concepto, podemos establecer algunas premisas generalmente aceptadas en todos los ordenamientos jurídicos en relación al Derecho de Competencia. En primer lugar, el Derecho de Competencia no difiere con los principios más elementales de la propiedad privada y el desarrollo y prosperidad individuales de las personas; por el contrario, reconoce todos y cada uno de los derechos particulares, más bien permitiendo su ejercicio armónico dentro de la sociedad, bajo otros principios de igual importancia como el bien común y el orden público. Dicho en otras palabras, el Derecho de Competencia traza una línea que supone un límite hasta el cual el interés personal puede desenvolverse con libertad, sin afectar a terceros. Las directrices que marca el Estado en la materia, precisamente se activarán cuando ese derecho a la libre empresa se ejerza de manera desmedida, atentando contra la competencia.

⁶⁶ Ángel MARTÍNEZ GUTIÉRREZ. *El Abuso de una Posición de Dominio en el Mercado desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal*. Revista Propiedad Intelectual. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela. 2010. Página 14.

En segundo lugar y con la finalidad de delimitar y establecer de manera precisa cuáles son los casos en los cuales la competencia puede verse afectada por la actuación de los agentes económicos, la legislación ha especificado escenarios, conductas, criterios y regímenes distintos para tal efecto. A decir de esto, en el Ecuador tenemos cuatro grandes categorías: 1. Abuso de posición de dominio; 2. Acuerdos y prácticas restrictivas; 3. Concentraciones económicas y; 4. Prácticas desleales. Como es lógico, cada una de estas cuatro categorías tiene su propia conceptualización, sus propios supuestos, sus propios regímenes de verificación y sus propias medidas o sanciones a ser aplicadas.

Respecto de las dos categorías que interesan en el presente trabajo, podemos decir que el abuso de poder de mercado supone en primer lugar, que se tiene que verificar que un agente tiene esa posición de privilegio, es decir que puede tomar decisiones propias independientemente de las necesidades de los consumidores y sin que las actuaciones de sus competidores le afecten al momento de tomar esa decisión. No es ilegal, bajo ningún punto de vista, tener posición de dominio en el mercado; lo que sí está prohibido y es sancionable, es abusar del poder que se tiene. Precisamente para evitar que aquello suceda, nuestra normativa ha establecido algunas conductas que suponen un abuso de esa posición privilegiada que un agente puede tener dentro del mercado, conductas que deberán cumplir determinados parámetros y se verificarán bajo el régimen correspondiente.

En este punto es importante mencionar que el abuso de poder de mercado está compuesto principalmente del conocimiento que tiene un agente económico de que efectivamente tiene posición de dominio y del hecho de que, a sabiendas de ello, realiza una o varias conductas con una finalidad concreta; aumentar sus márgenes de ganancia, afectar el ingreso o la participación de otros oferentes en el mercado, afectar a productores o consumidores finales, imponer condiciones imposibles de cumplir, etc.

Por su parte, la categoría de prácticas desleales evidentemente no exige que exista poder de mercado, es decir, cualquier agente, tenga o no posición de privilegio, puede incurrir en el cometimiento de una práctica desleal, siempre que se compruebe que la práctica es contraria a los usos y costumbres honestos, bajo los criterios del comercio nacional o internacional, según sea el caso.

De vital importancia para nuestro estudio es el hecho de que nuestra Ley no exige que una práctica desleal necesariamente acredite conciencia o voluntad sobre su realización. Tampoco exige que dicho acto deba generar un determinado daño para otro u otros agentes competidores, para los consumidores o para el orden público en general, “[...] bastará constatar que la generación de dicho daño sea potencial [...]”⁶⁷, establece la Ley en su artículo 25.

Cuando a un agente se le han reconocido y otorgado derechos en materia de propiedad intelectual, se le ha concedido exclusividad en el ejercicio de los mismos. Como vimos anteriormente, el titular de estos derechos tiene la plena libertad de escoger si los explota a título personal, si lo hace a través de terceros concediendo licencias o si los transfiere definitivamente hacia otro agente. Uno de los principales mecanismos de ejercicio y defensa de derechos de propiedad intelectual, comprende la posibilidad de la toma de medidas en contra de quienes, sin ser titulares, se aprovechan de los mismos. Estas medidas bien pueden ser de carácter privado, administrativo o judicial.

Determinaremos con exactitud si el abuso de derechos de propiedad intelectual es abuso de poder de mercado o práctica desleal, partiendo de los siguientes hechos: 1. El Estado reconoce la propiedad privada, el interés particular y la libre empresa, siempre y cuando estos no afecten al interés común y al orden público; 2. Ese reconocimiento a la propiedad privada y a la libre empresa es recogido, entre muchas otras ramas y disciplinas, en el Derecho de Propiedad Intelectual; 3. Uno de los mecanismos de ejercicio y protección que brinda el Estado para defender esos derechos de exclusividad en materia de propiedad intelectual, es la posibilidad que tienen los titulares de impulsar acciones de carácter privado, administrativo o judicial en contra de terceros infractores; 4. Cualquier extralimitación en el ejercicio de esos derechos, es decir cualquier abuso de derechos, distorsiona totalmente la finalidad para la cual esos mismos derechos fueron otorgados, con lo cual el titular pasa a ser infractor; 5. Cualquier titular de derechos puede abusar en el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, no únicamente aquel agente que tiene posición de dominio en el mercado; 6. El abuso de derechos de propiedad intelectual constituye una práctica contraria a los usos y costumbres comerciales y sobre todo, se terminará plasmando siempre en el excesivo impulso de acciones administrativas o judiciales; 7. Nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de

⁶⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 25. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Mercado, así como tratados internacionales, la doctrina y la práctica jurídica internacional, han establecido que las conductas contrarias a los usos y costumbres comerciales son prácticas desleales generales en materia de competencia y, particularmente, al abuso de procesos judiciales o administrativos es desleal de manera específica.

En conclusión y conforme a todos los argumentos expuestos, podemos decir categóricamente que el abuso de derechos de propiedad intelectual no requiere acreditar, bajo ningún punto de vista, una posición de dominio en el mercado por parte del operador que los realiza, contrario a lo que nuestra Ley ha establecido de manera errada. El excesivo ejercicio de derechos obedece de manera inequívoca a los conceptos encontrados en prácticas y conductas desleales, tanto es así, que la misma Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado expresamente dice que, entre otras prácticas, el abuso de procesos administrativos o judiciales constituye un acto desleal para la competencia.

El abuso de derechos de propiedad intelectual debe tratarse bajo las disposiciones de prácticas desleales, régimen totalmente distinto al de abuso de poder de mercado; por consiguiente, el caso Pfizer representa un grave error en la aplicación de normas de competencia y de la misma manera, nuestra Ley debe ser reformada en ese sentido para evitar criterios contrapuestos y fallos contradictorios en el futuro.

2.3 Necesidad de la reestructuración del sistema de prácticas desleales y abuso de derechos de propiedad intelectual

Hemos analizado ampliamente las diferencias que existen entre abuso de poder de mercado y prácticas desleales, diferencias establecidas no sólo en nuestra normativa, sino en la legislación internacional, la casuística y la doctrina, que generalmente sirven como pilares fundamentales sobre los cuales se construyen las normas locales. Esas grandes diferencias nos hacen pensar inequívocamente que una misma conducta no puede estar contemplada en dos regímenes totalmente distintos, pues sus criterios de evaluación y las respectivas sanciones que podrían aplicarse, bien podrían ser absolutamente diferentes en casos similares, lo cual contradice los principios bajo los cuales el Estado está llamado a tutelar los derechos de las personas.

De mantenerse la norma tal como está, los casos de abuso de derechos pueden ser denunciados tanto como abuso de poder de mercado, cuanto como prácticas desleales. Al

existir contradicción en la Ley, ¿qué criterios utilizará la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para sancionar? Las denuncias o bien las investigaciones de oficio por abuso de derechos de propiedad intelectual, ¿deberán automáticamente ser desechadas o archivadas si no existe poder de mercado por parte de los denunciados? ¿Es acaso la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la facultada para determinar en qué casos un abuso de derechos de propiedad intelectual puede constituir abuso de posición dominante y en cuáles otros puede constituir una práctica desleal? Un tema de trascendental importancia como este no puede quedar a la libre interpretación de un ente de control, cuya función es precisamente aquella, controlar el cumplimiento de las disposiciones legales, ni más ni menos.

Como mencionamos líneas arriba, un operador con poder de mercado sí puede abusar del mismo a través del abuso de derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso será sancionado precisamente por aquello, por abusar de su posición de dominio, más no por realizar prácticas desleales. Aquello constituye una excepción o caso especial, ya que no todos los operadores que incurren en conductas desleales tienen poder de mercado. Existe un abanico de posibilidades tan amplio en materia de actos desleales, que no se los puede examinar a todos bajo la lupa del Derecho de Competencia; de igual forma, no todos estos afectan al orden público. De la misma manera, es errado pretender encasillar a todo abuso en el ejercicio de derechos como abuso de posición dominante.

Mientras una misma conducta, en este caso el abuso de derechos de propiedad intelectual, continúe tratándose en dos regímenes distintos, nos seguiremos encontrando con casos como el de Pfizer, en donde se denunció por una práctica determinada (abuso de acciones administrativas y judiciales en materia de propiedad intelectual) y se resolvió y sancionó en virtud de otra práctica (abuso de poder de mercado), pero fundamentada esta última tanto en la conducta denunciada, como en otras tantas introducidas por la autoridad en el desarrollo de sus investigaciones, sin discriminación, sin análisis y sin ningún criterio técnico jurídico.

Nuestro legislador no analizó de manera profunda las diferencias existentes entre las dos categorías de prácticas anticompetitivas que hemos contrapuesto en el presente trabajo. Tal como lo hizo el Ministerio de Industrias y Productividad en el caso Pfizer, confundió los conceptos más elementales de cada una, sin medir las consecuencias que esto indefectiblemente acarreará.

En conclusión, toda conducta que implique un abuso de derechos de propiedad intelectual debe ser tratada única y exclusivamente como práctica desleal, bajo su respectivo régimen de verificación, con sus respectivos criterios y aplicando, de ser el caso, las respectivas sanciones que esta categoría de conductas anticompetitivas establece.

CONCLUSIONES

1. El abuso de derechos de propiedad intelectual supone una extralimitación en su ejercicio, lo cual desvirtúa la finalidad para la cual estos fueron otorgados. Cuando esto sucede, es el Estado el llamado a intervenir protegiendo los derechos de terceros afectados y sancionando a quien haya cometido el abuso.

2. El abuso de derechos de propiedad intelectual generalmente se perfecciona con un uso excesivo de medidas de carácter privado, administrativo o judicial, medidas que van más allá de la búsqueda de la protección de esos derechos; por el contrario, buscan limitar o impedir la competencia, lo cual expresamente manifiesta un comportamiento contrario a la buena fe, al deber ser y a los usos comerciales aceptados.

3. El abuso de derechos de propiedad intelectual puede ser realizado tanto por agentes con poder de mercado, cuanto por agentes que no tienen posición de dominio. Su determinación no debe exigir entonces el análisis técnico que sí es pertinente en casos de abuso de poder de mercado. Por el contrario, requiere de la verificación de los elementos del cuasidelito civil, junto con consideraciones de afectación real o potencial a la competencia, según nuestra Ley.

4. Dentro de nuestra normativa, los actos o prácticas desleales tienen su tratamiento propio, totalmente distinto al de abuso de poder de mercado. Cuentan con un régimen de verificación diferente y consecuentemente, acarrear consecuencias comerciales y jurídicas diferenciadas.

5. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que ha incluido al abuso de derechos de propiedad intelectual dentro del capítulo de abuso de poder de mercado, no establece sin embargo un concepto definido sobre aquellas conductas; ha reenviado dicha tarea a lo establecido en convenios y tratados internacionales y leyes sobre la materia.

6. Todos los instrumentos normativos a los cuales se ha remitido nuestra Ley, tratan al abuso de derechos de propiedad intelectual como prácticas desleales, y no como abuso de poder de mercado.

7. En virtud de la gran diferencia que existe entre abuso de poder de mercado y prácticas desleales, no se puede incluir a una misma conducta (abuso de derechos de propiedad

intelectual) en ambas categorías; esto puede traer consigo consecuencias muy graves, como por ejemplo, obligación de que se verifiquen los requisitos de ambos regímenes para conocer y resolver sobre una misma práctica; interpretación normativa por parte del ente de control, aplicación de criterios contrapuestos en casos análogos, resolución desmedida de sanciones, entre otras.

8. Es imprescindible una reforma a nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la cual se modifique el actual sistema de verificación de abuso de derechos de propiedad intelectual. Se lo debe tratar al tenor de lo que establece el capítulo de prácticas desleales, tal como lo indica la legislación nacional e internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Editorial Aranzadi. España. 2000.
- BARONA VILAR, Silvia. *Competencia Desleal, Tutela Jurisdiccional-Especialmente Proceso Civil-y Extrajurisdiccional, Tomo 1*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Tomo I. 1972.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario Jurídico Moderno*. Tercera Edición. Gráfica Horizonte. Lima, Perú.
- CUELLAR-RIO, Manuel. *Estructuras de Mercado y Eficiencia*. México. 2007.
- FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, Carlos. *Derecho de la Competencia*. Comunidad Europea y España. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1994.
- DÍEZ-PICAZO-GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil I*. Madrid. Editorial Tecnos. 1982.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005.
- FIRST, Harry. *Controlling the Intellectual Property Grab: Protect Innovation, not Innovators*.
- GÓMEZ VELASCO, Xavier. *Los Derechos de Propiedad Intelectual como Restricción a la Competencia Económica*. Revista de Derecho No. 1. UASB. Quito, Ecuador. 2003.
- GÓMEZ VELASCO, Xavier. *Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica*. UASB. Quito, Ecuador, Corporación Editora Nacional. 2003.
- LÓPEZ CEDEÑO, Jesús Alberto. *El Delito Civil*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derehocivil/2012/08/20/el-delito-civil>. 2012.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. *El Abuso de una Posición de Dominio en el Mercado desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal*. Revista Propiedad Intelectual. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela. 2010.
- OTAMENDI, Jorge. *La Competencia Desleal*. Revista Jurídica. Universidad de Palermo. 1998.
- PAREJA, Nicolás. *De la competencia desleal*. <http://facultaddederecho.es.tl/De-la-Competencia-Desleal.htm>.

TATO PLAZA, Anxon; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Wolters Kluwe España S.A. Madrid. 2010.

PONCE MARTÍNEZ, Alejandro; ANDRADE TORRES, Paola; PONCE VILLACÍS Cristina (eds.). *La Competencia Desleal en Ecuador*.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=541&Itemid=118.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El Abuso del Derecho (Teoría de los Actos Antinormativos)*. Mérida, Venezuela. 1969.

ROGEL VIDE, Carlos. *Estudios sobre Propiedad Intelectual*. J. M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1995.

TAPIA, Mauricio. *Represión de la Competencia Desleal en el Derecho Chileno*. Revista de Derecho de la Empresa. Santiago. 2006.

UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume 13*. United Nations Publication. Geneva. 2005.

U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. 2007.

VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Primera Edición. 2008.

Legislación y Jurisprudencia

Actas de Sesión de Primero y Segundo Debates del Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de la Asamblea Nacional del Ecuador 123/126 AN.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). 1994.

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial 46. 24 de junio de 2005.

Comisión Europea. Asunto IV/29395 de 11 de junio de 1983. Asunto Windsurfing.

Comisión Nacional de la Competencia. Resolución de 11 de junio de 2012. España. Asunto Endesa.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Registro Oficial No. 244 de 29 de julio de 1999.

Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 1140-2011. Caso Nifa S.A. (Prophar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dohme.

Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico. Colombia.

Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero de 2001.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial No. 426 de 28 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Ministerio de Industrias y Productividad. Resolución No. MIPRO-001-2011 de 6 de abril de 2011.