

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

El metatagging: ¿una práctica desleal?

Lorena Nicole Sáenz Proaño

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título
de Abogada

Quito, 19 noviembre de 2021

© 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 la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Lorena Nicole Sáenz Proaño
Código:	00200820
Cédula de identidad:	1722696216
Lugar y fecha:	Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

EL METATAGGING: ¿UNA PRÁCTICA DESLEAL?¹

METATAGGING: AN UNFAIR TRADE PRACTICE?

Lorena Nicole Sáenz Proaño²
nicosaenzp@gmail.com

RESUMEN

La presente investigación busca determinar bajo qué circunstancias la práctica del metatagging puede llegar a ser sancionada por el Derecho de Competencia Desleal. Así, se analiza principalmente los actos desleales que han sido directamente relacionados con la práctica en estudio: los actos de confusión y el aprovechamiento de la reputación ajena. Adicionalmente, se analiza si el fenómeno bajo análisis puede ser considerado una práctica desleal bajo la aplicación de la cláusula general de prohibición de la Competencia Desleal, prevista en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El artículo busca también ser una guía para la autoridad de competencia al momento de identificar casos de metatagging desleal, además de ser un aporte al desarrollo de los competidores de un mercado, quienes a partir de dicha identificación, podrán diseñar sus estrategias publicitarias dentro de las normas, principios y parámetros de la Competencia Desleal.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to assess under what circumstances metatagging practices can be deemed unfair trade practices. We will thus analyze the types of unfair trade practices that have been closely related to metatagging, such as deceitful practices. We will also consider if metatagging can be considered an unlawful trade practice under the general provision set forth in Article 25 of the Ecuadorian Competition Act. This article aims to provide guidance to the authorities in the assessment of whether metatagging can be considered an unfair trade practice, in addition to being a contribution to the development of undertakings to design their advertising strategies without infringing Unfair Competition regulations, principles and parameters.

1 Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención de título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos.

2 © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Competencia Desleal, Prácticas
Desleales, Metatagging, Confusión,
Explotación Indevida.

KEYWORDS

Unfair Competition, Unfair Trade
Practices, Metatagging, Confusion,
Improper Exploitation.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. NORMATIVA DEL DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. ESTADO DEL ARTE. – 5. LAS DIFERENTES RAMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. – 6. EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. – 7. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL QUE PODRÍAN VERIFICARSE EN EL METATAGGING SEGÚN LA NORMATIVA ECUATORIANA. – 8. EL METATAGGING COMO ACTO DE CONFUSIÓN. – 9. EL METATAGGING COMO ACTO DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA. – 10. LA CLÁUSULA GENERAL EN LA COMPETENCIA DESLEAL. – 11. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En la actualidad, no es novedad que para cualquier empresa la presencia dentro del mercado en línea es de vital importancia, pues ello no solo conlleva que sus productos y servicios sean conocidos a nivel local e internacional, sino que implica la rápida localización de toda información que pueda llevar a los posibles consumidores a sus páginas, y por ende, poder así consolidar transacciones merciales. De esa manera, dos son los factores que deben considerarse para lograr que determinado sitio web sea reconocido: i) la visibilidad y ii) el posicionamiento³.

En el primer caso, se hace referencia a la facilidad con la que un potencial usuario, consumidor o visitante puede encontrar una página web establecida de entre el resto de servidores que posean las mismas características. El segundo hace alusión a la utilización de distintas técnicas de programación para lograr que ciertos webs⁴ se distribuyan en la parte superior y principal de una lista de resultados tras realizarse una búsqueda de un servicio o producto en específico.

Así, la correcta introducción de elementos descriptivos dentro de las páginas web con la finalidad de obtener una mejor presencia dentro del internet ha llevado a la aparición de las metaetiquetas, también conocidas como *metatags* por su nombre en inglés.

En ese sentido, la figura del *metatag* consiste en la utilización de etiquetas dentro de la configuración del código fuente HTML⁵ de un sitio web, entendiéndose a este como

³ Carlos Lopezosa et al., “Mapa de visibilidad y posicionamiento en buscadores de los principales grupos mediáticos españoles”, *El profesional de la Información*, no. 2 (2020), <https://doi.org/10.3145/epi.2020.mar.03>. (Último acceso: 22 de septiembre de 2021).

⁴ *Ibid.*

⁵ Laura Mejía et al., “Visibilidad de la investigación científica en las universidades pertenecientes a la AUSJAL: Caracterización de los sitios Web”, *Revista Salutem Scientia Spirturus*, no. 1 (2016),

un archivo de texto con una serie de rótulos que interpretan la información que contiene una determinada página web. Es decir, los *metatags* son aquellas etiquetas utilizadas dentro de toda página web, destinados para que los buscadores los detecten y generen así una coincidencia entre la palabra clave ingresada en la búsqueda y el *metatag* empleado dentro de un determinado sitio web.

Es así que la práctica del denominado *metatagging* nace y se configura como una “práctica por la que un operador económico introduce como *metatag* en el código de su sitio web una marca renombrada ajena de forma que se aprovecha del prestigio de dicha marca para mejorar su posicionamiento en los resultados de búsqueda”⁶, incrementando en consecuencia, el tráfico y ventas de su página web.

De esa forma, las prácticas de *metatagging* han facilitado que los operadores económicos saquen provecho de un posicionamiento de mercado; de ahí que cada vez sea más elevada la cantidad de empresas que dediquen parte de sus recursos a implementar *metatags* como palabras clave y elementos descriptivos para elevar su ubicación en el mercado, al optimizar las coincidencias para los buscadores.

Sin embargo, dado que el *metatagging* podría implicar un comportamiento parasitario⁷, desde su aparición han surgido dudas referentes a su legitimidad. Así, tomando en cuenta la carga moral y ética que este tipo de prácticas implica, el *metatagging* se ha catalogado doctrinariamente como un área gris del derecho que a lo largo de los años ha generado cierta discusión en torno a su posible sanción.

Por ello, la investigación aquí presente se centrará en analizar en qué casos el *metatagging* podría constituir una práctica de Competencia Desleal, así como determinar si la misma puede ser objeto o no de sanción bajo el Derecho de Competencia Desleal. De ahí que sea necesario estudiar a profundidad la figura del *metatagging* con la finalidad de definir las circunstancias bajo las cuales esta podría ser categorizada como deshonesto y desleal.

En cuanto a metodología refiere, el presente trabajo utilizará un análisis inductivo con enfoque cualitativo, pues para el estudio se hará uso de casos específicos analizados dentro de la jurisprudencia estadounidense, con el objetivo de llegar a un acercamiento

<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/salutemscientiaspiritus/article/view/1389/pdf>. (Último acceso: 23 de septiembre de 2021).

⁶ Carlos Amunátegui Perrelló, “Los Metatags en el Comercio Electrónico. Un Análisis de la Jurisprudencia Norteamericana y la Doctrina Española”, *Revista Chilena de Derecho*, no. 2 (2006), <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000200003>. (Último acceso: 22 de septiembre de 2021).

⁷ *Ibid.*

de la práctica en referencia hacia la realidad ecuatoriana. De igual manera, se empleará ampliamente doctrina internacional con miras a identificar los requisitos y elementos necesarios para establecer si el *metatagging* es o no una práctica desleal.

2. Normativa del Derecho de Competencia Desleal en Ecuador

Dentro del presente trabajo, es pertinente aludir a las normas que a lo largo de los años han regulado al Derecho de Competencia Desleal en el Ecuador, pues en el contexto global esta rama nace de dos formas: 1) vinculada al Derecho de Propiedad Intelectual, y 2) de la Responsabilidad Civil Extracontractual en la jurisprudencia francesa⁸.

2.1. Ley de Propiedad Intelectual

En Ecuador, el Derecho de Competencia Desleal se origina en un medio histórico-mundial, pues apareció en un inicio en la hoy derogada Ley de Propiedad Intelectual expedida en el año 1998, que dedicaba su Libro IV a la Competencia Desleal. En el apartado, la ley definía a la Competencia Desleal⁹ como “todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”¹⁰. Ello permite ver que, desde su primera aparición en la legislación ecuatoriana, la Competencia Desleal se vería guiada por la buena fe comercial, un concepto que se encuentra presente hasta la actualidad en el régimen ecuatoriano.

Posteriormente, la Ley de Propiedad Intelectual fue reemplazada por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Código INGENIOS, mismo que entró en vigencia el 9 de diciembre de 2016¹¹.

Es preciso recalcar que, pese a que la Ley de Propiedad Intelectual contenía un apartado dedicado exclusivamente a la Competencia Desleal, el mismo fue derogado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el año 2011.

2.2. Decisión 486 de la Comunidad Andina

⁸ Alfonso Mirando Londoño, Juan David Gutiérrez Rodríguez, “Historia del Derecho de la Competencia”, *Revista Boliviana de Derecho*, no. 3 (2007), (Último acceso: 25 de septiembre de 2021).

⁹ Para efectos del trabajo, se utilizará indistintamente los términos práctica desleal y acto de competencia desleal como sinónimos.

¹⁰ Artículo 284, Ley de Propiedad Intelectual [LPI], R.O. Suplemento 320 de 19 de mayo de 1998.

¹¹ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, [Código INGENIOS], R.O. Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

En el año 2000, la Comisión de la Comunidad Andina¹², de la cual el Ecuador forma parte desde el año 1969¹³, expidió la Decisión 486¹⁴ dentro de la cual los actos de Competencia Desleal se ven contemplados bajo la rama de la Propiedad Industrial, puesto que el artículo 258 de la decisión define a estos como: “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”¹⁵. Como se puede apreciar, nuevamente se define a las prácticas desleales bajo la idea de la buena fe comercial; no obstante, la definición no logra cubrir a cabalidad el espectro de lo que una práctica desleal puede conllevar, por lo que la Decisión 486 se convierte en la línea base para un posterior desarrollo especializado en la materia dentro de cada país miembro.

2.3.Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM¹⁶, el Derecho de Competencia y la Competencia Desleal se regularon dentro de un mismo cuerpo pese a que protegen dos bienes jurídicos distintos, algo que transformó en inusual al régimen ecuatoriano.

De esa manera, los artículos 25, 26 y 27 de la LORCMP se enfocan en detallar de manera ejemplificativa y no taxativa las diversas formas en las que las prácticas desleales pueden materializarse; creándose así una guía especializada de lo que podría constituir un acto desleal en el territorio ecuatoriano. En ese sentido, la presente ley define a los actos desleales como “[...] todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria”¹⁷; lo que deja ver que, al igual que las leyes antes mencionadas, la LORCPM sigue la línea de la buena fe comercial como principio rector.

3. Marco Teórico

3.1. El *Metatagging* como Práctica Desleal

¹² Es un mecanismo de integración subregional creado en el año 1969, tras el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo del mismo año. En la CAN se encuentran como países miembros a Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador.

¹³ “Comunidad Andina (CAN)”, Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Gobierno de la República del Ecuador, accedido el 26 de septiembre de 2021, <https://www.aduana.gob.ec/comunidad-andina-can/>.

¹⁴ Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Cartagena, septiembre de 2000, ratificada por el Ecuador el 14 de septiembre de 2000.

¹⁵ Artículo 258, Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

¹⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁷ Artículo 25, LORCPM.

Con lo antes mencionado, varias autoridades de competencia han catalogado al *metatagging* como una práctica desleal. En específico, han clasificado esta nueva metodología publicitaria bajo dos conceptos: actos de confusión y actos de aprovechamiento de la reputación ajena. Todo ello puesto que, durante las últimas décadas, diversas empresas giraron sus estrategias publicitarias al internet, una plataforma universal que les permite obtener cierto reconocimiento nacional e internacional sobre los servicios y productos que se ofrecen.

En ese sentido, las prácticas tradicionales de marketing se vieron en la necesidad de evolucionar y aparecieron así nuevas estrategias como el *metatagging*, que, por medio del uso de *metatags*, también conocidos como metaetiquetas, permiten a un competidor mejorar su posicionamiento y ubicación en el resultado de navegación de buscadores como Google, Yahoo y Bing.

En este contexto, el *metatagging* se vale de una cantidad de metaetiquetas cuyo objetivo es describir el contenido de lo que una página web puede ofrecer, y las introduce en la codificación HTML¹⁸ de un servidor.

Es decir, para que una página web de determinada empresa pueda escalar en el posicionamiento en la red, requiere utilizar diversas metaetiquetas que consisten de nombres de marcas, servicios, y otros factores que, generalmente, pertenecen a otras empresas de mejor posicionamiento, para que así, se facilite la localización en el radar de búsqueda de navegador y por ende, el sitio web de la empresa sea más visible y pueda aparecer entre las primeras opciones de búsqueda cuando determinadas palabras clave han sido introducidas en la barra del buscador de internet por parte del usuario.

De esta manera, la problemática del uso del *metatagging* surge al momento en que una empresa se sirve de elementos distintivos de terceros como palabras clave para la búsqueda que potenciales consumidores vayan a realizar, toda vez que dicho uso no autorizado de las características y estrategias de marketing de otra empresa podría entenderse como un abuso de reconocimiento del tercero o bien un intento de acto de confusión que podría generar, en consecuencia, un cambio en la decisión de compra del consumidor que bajo esta situación se encuentra frente a un marco de competencia distorsionada.

3.2. Una nueva teoría

¹⁸ Sirve para delimitar y definir el contenido de una página web, además, describe los elementos que componen a determinado sitio web, tales como, imágenes, vídeos, entre otros.

Como se ha expuesto, tradicionalmente la jurisprudencia internacional ha calificado al *metatagging* como una práctica desleal por el efecto potencial de error que este puede tener en el consumidor medio¹⁹. Sin embargo, recientemente se ha generado una nueva propuesta respecto de cómo podría considerarse al *metatagging* bajo otra perspectiva.

Bajo esta nueva teoría, en casos como *CCBN.com, Inc. vs. C-call.com, Inc.*, se ha resuelto que el *metatagging* no puede ser sancionado bajo el Derecho de Competencia Desleal, puesto que cualquier tipo de confusión o aprovechamiento que podría configurarse a través del empleo de esta práctica, no llega a tener verdaderamente un lugar, dado que no cumple con los requisitos que caracterizan y constituyen a un acto desleal como tal²⁰.

De esa manera, la postura señala que el *metatagging* —pese a que podría llegar a ser una práctica de publicidad parasitaria— no constituye una práctica desleal por la naturaleza misma del *metatagging*²¹. Todo ello dado que resulta sumamente difícil probar que un error real y efectivo se llegó a generar dentro del consumidor al momento de concretar una compra, ya que el uso de metaetiquetas no se encuentra a la simple vista de un usuario²².

Así, el presente trabajo se centrará en determinar si, de acuerdo con la normativa de Competencia Desleal ecuatoriana, el uso de marcas, servicios y productos de terceros como palabras claves dentro de las estrategias de *metatagging* de una empresa en buscadores como Google, Bing y Yahoo, podrían considerarse una práctica desleal por acto de confusión o, a su vez, por acto de aprovechamiento de la reputación ajena frente al entendimiento de un consumidor medio dentro del mercado en estudio. Para tal efecto, se tomará como línea de partida la nueva teoría expuesta en este apartado para analizar diversos pronunciamientos relevantes sobre el *metatagging* en tribunales extranjeros, así como posiciones encontradas en la doctrina.

4. Estado del arte

¹⁹ Para efectos del trabajo, se considerará a un consumidor medio como aquel que se encuentre normal o medianamente informado del producto o servicio al que está expuesto, sea razonablemente atento y perspicaz en cuanto al mercado en el que se encuentra participando para su consumo.

²⁰ *CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc.*, Tribunal de Distrito de Massachusetts, 18 de noviembre de 1999, párr. 106. (Traducción no oficial).

²¹ José Massaguer Fuentes, “Conflicto de Marcas en Internet”, *Revista Thémis*, no. 39 (2016), 409-432.

²² *Ibid.* 416.

Previo a iniciar con el desarrollo de la problemática propuesta, es preciso mencionar que la noción de Competencia Desleal es un tópico que ha causado gran debate doctrinario, lo que ha llevado a que no exista uniformidad al momento de definir qué configura una práctica desleal.

En ese sentido, el reconocido autor Hermenegildo Baylos Corroza indica que los actos de Competencia Desleal pueden entenderse como aquellos que buscan modificar el libre consentimiento de los consumidores, utilizando medios inaceptables que contrarían la costumbre de operación dentro de los oferentes de un mercado²³. Ello quiere decir que, la Competencia Desleal se manifiesta a través de conductas maliciosas que van en contra de la buena fe comercial, cuya consecuencia se refleja en un debilitamiento del mercado.

Por otra parte, el doctrinario José Massaguer Fuentes²⁴ indica que para que un acto desleal se materialice, es necesario que este persiga fines concurrenciales, y por tanto, que el acto suponga competir en el mercado con ofertas similares o idénticas y tener el objetivo oculto de equiparar el producto propio al de un tercero. En ese sentido, una práctica desleal no es tan solo aquella que contraría a las costumbres de los oferentes de un mercado, sino que además, es aquella práctica que se opone a la buena fe objetiva que sirve como regla de conducta ético-valorativa en un período de tiempo determinado.

Al contrario, el autor Hugo Becerra ha dicho que las prácticas desleales se definen como actos opuestos a los usos y costumbres honestas de un mercado, que se caracterizan tener la intención de causar daño o aprovecharse de determinadas circunstancias que puedan terminar perjudicando a un competidor del mismo mercado en el que se opera²⁵. Así, las prácticas desleales pueden considerarse como una herramienta por medio de la cual se coloca al resto de competidores bajo una situación de inferioridad o desigualdad.

Dentro de este contexto, y tras el gran crecimiento y diario uso del internet y todas sus plataformas de búsqueda en la red, varios autores han definido al *metatag* y el *metatagging* de diversas maneras. Por ejemplo, el magíster Alex Sosa²⁶, señala que el *metatag* no es más que un código escrito en lenguaje HTML que sirve para que los buscadores de internet sepan sobre qué trata un determinado sitio web. Es decir, el

²³ Hermenegildo Baylos Corroza, *Teoría de los derechos sobre creaciones espirituales: La Propiedad Intelectual y La Propiedad Industrial, Naturaleza Jurídica y Relaciones* (Madrid: Editorial de la Universidad de Madrid, 1969).

²⁴ Jose Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 1999).

²⁵ Hugo Becerra Acevedo, "Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial", *Revista Jurídica UNAM*, no. 79 (2019), 195-223.

²⁶ Alex Sosa, "Uso de marcas de terceros competidores en Google ads sin autorización en el Perú ¿infracción marcaria o acto de competencia desleal?", *Derecho & Sociedad*, no. 54 (2020), 140-155.

objetivo de estas metaetiquetas no es otro que lograr que cualquier buscador, sea este Google, Bing, o Yahoo, comprenda el contenido de la página que se ha creado y pueda, de esa manera, ubicarla con mayor facilidad dentro de sus páginas indexadas.

Por otro lado, María Enciso Alonso-Muñumer et al.²⁷, establecen que el *metatag* es aquel código insertado en la matriz de toda página web al momento de configurarla; volviéndose invisibles a ojos de los internautas, ya que, pese a que los buscadores están facultados para leer y detectar las metaetiquetas en su base de datos, estas jamás quedan a la simple vista de un navegador que no hace más que concentrarse en los nombres principales que el mismo buscador indica dentro de sus resultados.

En cuanto al *metatagging*, los escritores Alberto Palomar y Carmen Pérez han mencionado dentro de sus estudios que este consiste en utilizar a los *metatags* para hacer uso del renombre o marca de terceras personas que se encuentran dentro de un mismo mercado; logrando un aprovechamiento del prestigio ajeno y la publicidad de otros para dar prioridad a su sitio web, una vez que determinadas palabras sean empleadas dentro de un buscador para llegar a diferentes productos y servicios²⁸.

De forma distinta, José Massaguer Fuentes²⁹ indica que el *metatagging* es una práctica publicitaria en línea desarrollada durante los últimos años, por medio de la cual se vinculan a los *metatags* de una marca registrada ajena, lo cual provoca confusión cuando el potencial consumidor busque a través de internet una empresa en concreto y termine por encontrar una empresa competidora distinta que ofrezca servicios o productos similares a lo requerido por el usuario.

Siguiendo esta línea de ideas, José Castelló³⁰ define al *metatagging* como el ejercicio por el cual un operador económico se sirve de los *metatags* insertados en las páginas web de otras empresas reconocidas y bien posicionadas, para utilizarlos en su

²⁷ María Enciso Alonso-Muñumer, Manuel García-Villarrubia Bernabé, Daniel Vázquez Albert y Javier Fernández Lasquetty Quintana, “Impacto de la economía digital en el alcance del Ius Prohibendi de los derechos de marcas”, en *Actualidad: Propiedad Industrial & Intelectual*, ed. E. Ortega (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 87-106.

²⁸ Alberto Palomar, Carmen Pérez, “¿Qué se entiende por ambush marketing y el Metatagging? ¿Existe normativa en España que regula y protege a los afectados por estas prácticas?”, en *Derecho Deportivo. Legislación, Comentario y Jurisprudencia*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 632-634.

²⁹ José Massaguer Fuentes, “La Justificación del Cambio de Orientación Normativo”, en *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, (Barcelona: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 131-134.

³⁰ José Juan Castelló Pastor, “Problemas Derivados del uso de la Marca en Internet”, en *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 291-313.

propia codificación y así mejorar su lugar dentro de los resultados de búsqueda; generando, en consecuencia, un incremento en el tráfico y ventas de su sitio web.

5. Las diferentes ramas del Derecho de la Competencia

Los esfuerzos internacionales que se han implementado alrededor del mundo con miras a prevenir, erradicar y corregir la Competencia Desleal dentro de un contexto de actualidad en el cual el mercado internacional se encuentra creciendo a gran velocidad gracias a la aparición de las compras en línea y el mercado internacional globalizado hacen que el Derecho de Competencia Desleal merezca un estudio apartado.

Por ello, y a fin de esclarecer la temática objeto del presente análisis, es menester iniciar por distinguir entre el Derecho de la Defensa de la Competencia, del Derecho de la Competencia Desleal, pese a que ambos forman parte una vertiente principal denominada Derecho de la Competencia.

5.1. Derecho de Defensa de la Competencia

De acuerdo a lo expuesto por autores como Diego Bauche, la diferencia principal de ambas subramas radica en el bien jurídico que protegen³¹, pues en el caso del Derecho de Defensa de la Competencia, lo que se busca proteger es a la competencia en sí misma; entendiéndose a esta como aquella situación del mercado donde los competidores tienen la facilidad de desarrollar sus actividades económicas y los consumidores están en la capacidad de tomar sus decisiones de libre compra, con la posibilidad de tener a su disposición la suficiente información sobre los productos y servicios ofertados.

Es así que, el Derecho de Defensa de la Competencia, también llamado derecho antimonopolio, tiene como fin sancionar y prevenir aquellas conductas que afectan la competencia en los mercados; enfocándose en la erradicación de conductas como los cárteles, los oligopolios, fusiones dañinas entre competidores, abuso de posiciones dominantes, entre otras. En ese sentido, esta rama se ocupa de lidiar con los efectos nocivos que una libre competencia podría generar si no se contralase el poder de mercado de cada operar económico.

De esta manera, el derecho antimonopolio centra su investigación en conductas que tienen o podrían causar un efecto negativo sobre determinado mercado y sus consumidores como un todo. Pues como se ha mencionado, el Derecho de la Defensa de la Competencia, y como a su vez su nombre lo indica, tiene como objetivo primario

³¹ Diego Mario Bauche García, *La Empresa* (México: Editorial Porrúa, 2002), 198-267.

garantizar la competencia entre los operadores económicos que participen en el mercado y, con ello, fomentar la calidad de los bienes y servicios ofertados, así como promover los derechos de los consumidores.

5.2. Derecho de Competencia Desleal

Contrario a lo antes explicado, la autora Cristina Samaniego señala que el Derecho de la Competencia Desleal vela por la concurrencia de los operadores económicos dentro de un mismo mercado, con la finalidad de que la competencia se vea desarrollada a través de prácticas honestas, así como también de los buenos usos y costumbres³².

Es decir, para Vázquez, esta área se encarga de evitar y sancionar las conductas deshonestas de las empresas, tanto si afentan o no al mercado, puesto que busca proteger los derechos de los consumidores, así como fomentar una competencia limpia y sana.

De esa manera, el Derecho de Competencia Desleal se ocupa de sancionar y prevenir las conductas de leales de las empresas dentro de un mismo mercado, independientemente de que estas tengan o no efectos negativos. En ese sentido, esta rama trata de impedir que las empresas utilicen malas prácticas para dañar a sus competidores y por extensión, a los consumidores del mercado.

Dentro de las conductas que el Derecho de Competencia Desleal sanciona se encuentran: la publicidad engañosa, actos de confusión, denigración, explotación de reputación ajena, entre otras.

En esta línea de ideas, cabe recalcar que la Competencia Desleal es considerada una de las ramas con mayor dificultad, en cuanto a interpretación se refiere, para el legislador, pues el adjetivo “desleal” no constituye un término jurídico en sí mismo, ya que al contrario, se encuentra estrechamente relacionado con la moral y la ética, mismos que entran dentro de un ámbito sumamente subjetivo y difícil de delimitar³³.

6. El acto de Competencia Desleal

Teniendo como punto de partida las definiciones mencionadas, la doctrina ha determinado elementos que permiten identificar la existencia o no de un acto de Competencia Desleal en el mercado. Entre ellos se encuentran: i) que el acto se genere

³² Cristina Samaniego, *Competencia desleal en Cuba* (La Habana: Editorial Unijuris, 2013), 67-101.

³³ Jorge Jaeckel, *La Competencia Desleal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 78-90.

dentro del mercado, ii) que tenga fines concurrenciales y, iii) que la práctica sea objetivamente contraria a la buena fe y los buenos usos mercantiles³⁴.

6.1. Acto desarrollado en el mercado

En relación al primer requisito, el autor Juan Sánchez señala que para que una práctica desleal pueda consolidarse como tal, debe entenderse al mercado desde un “sentido amplio, como equivalente al ámbito económico de las relaciones humanas”³⁵. De esta manera, debe considerarse como acto dentro del mercado aquel que puede desarrollarse antes, durante o después de una actividad comercial; independientemente de si la operación en sí misma logra llevarse a cabo o no.

Asimismo, el autor Rafael García³⁶ menciona que para el efecto, la práctica debe tener cierta trascendencia externa dentro del mercado, sea esta potencial o real, pues considera que una vez que determinado acto se encuentre dentro del mercado, no es necesario que subsista una relación directa entre el sujeto infractor y el sujeto afectado, ya que basta con que el acto o conducta realizada se de dentro de un mercado para que la normativa referente a Competencia Desleal sea aplicable.

6.2. Fines concurrenciales

Respecto al segundo requisito, el doctrinario Massaguer destaca que la concurrencia “hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables”³⁷, por lo que tener fines concurrenciales debe comprenderse como aquellos que revelan objetivamente su idoneidad para asegurar o promover la transmisión de las prestaciones propias o de un tercero en el mercado.

De ello, se puede extraer que el fin concurrencial no se traduce a una colaboración conjunta de dos operadores económicos. Por el contrario, significa competir con prestaciones semejantes con la meta de asimilar el producto propio a uno ajeno, con la finalidad oculta de generar un perjuicio hacia los otros competidores.

Con ello dicho, cabe recalcar que el finalidad concurrencial es una característica casi inherente al mercado, pues son excepcionales las actividades que se puedan desarrollar dentro de un mercado que no tengan en el fondo una finalidad concurrencial; teniendo en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el propósito mismo de una

³⁴ Mauricio Velandía, “Competencia Desleal y Signos Distintivos”, *Boletín Latinoamericano del Derecho de Competencia y Competencia Desleal*, no. 17 (2003), 36-74.

³⁵ Juan Sánchez, *El Concepto de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 2010), 394-396.

³⁶ Rafael García, *Derecho Mercantil Colombia* (Bogotá: Ediciones Bonet, 1976), 316-320.

³⁷ Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley*, 124.

práctica comercial recae en promover o asegurar la difusión de las operaciones económicas.

6.3. Sobre la buena fe y los usos mercantiles

En cuanto al tercer requisito, y específicamente sobre lo que refiere la buena fe, doctrinariamente se ha indicado que dentro de la competencia desleal, es la buena fe subjetiva la que se aplica al estudio, pues ésta “[...] se traduce en el uso de la libertad de competir, en el hecho de que las reglas de conducta imponen la obligación de permitir el libre ejercicio de la competencia entre los agentes”³⁸.

De esa forma, Jaeckel señala que la buena fe en la esfera comercial se encuentra entendida como la conciencia que los operadores económicos deben tener de no perjudicar a otro competidor o, a su vez, “la convicción de honestidad, honradez y lealtad en la concertación y cumplimiento de los negocios”³⁹.

En ese sentido, es obligación de todo operador económico emplear los medios habituales y comunes para cerrar un negocio, sin utilizar a su favor herramientas que puedan colocar a los demás agentes bajo una posición de inferioridad o bien, de desigualdad. Por ello, para que un acto de Competencia Desleal se configure, es necesario que el mismo se caracterize por tener la intención de causar daño o aprovechar determinadas circunstancias que puedan terminar perjudicando a cierto competidor.

Por otra parte, en relación a los actos contrarios a los buenos usos y costumbres honestas, la doctrina resalta que la jurisprudencia colombiana ha indicado que para que una práctica se considere desleal, “basta con que la conducta desborde las prácticas usuales”⁴⁰. Sin embargo, la costumbre mercantil tomada a consideración a lo largo de la historia difiere de dicha aseveración, pues esta considera que una práctica desleal se configura en el momento en el que se cumpla con todos los requisitos establecidos por el cuerpo normativo que regule el mercado en estudio para poder determinar la existencia o no de una sanción.

Es así que, la Comunidad Andina dentro de su Tribunal de Justicia, TJCAN, ha establecido que al referirse a buenos usos mercantiles, se hace referencia a la costumbre como fuente de la rama del derecho comercial y que, cuando se hace alusión a la noción de las buenas costumbres, por el contrario, se tiene en mente a la cautela moral

³⁸ Concepción Molina, *La Lealtad en la Competencia* (Madrid: Montecorvo, 1993).

³⁹ Jaeckel, *La Competencia Desleal*, 59.

⁴⁰ Banco Santa Fe c. Hotel Humboldt, Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, 3 de febrero de 1992, párr. 61.

socialmente aceptada según el lugar y época en la que determinado acto se este llevando a cabo⁴¹.

7. Actos de Competencia Desleal que podrían verificarse en el *metatagging* según la normativa ecuatoriana

En el caso ecuatoriano, las prácticas de Competencia Desleal se encuentran clasificadas de manera ejemplificativa dentro del artículo 27 de la LORCPM, donde se enumeran algunos actos considerados como desleales, entre los cuales se encuentran: los actos de confusión, la explotación de la reputación ajena, actos de comparación, actos de imitación, actos de engaño, entre otros⁴².

Ahora bien, para efectos del trabajo en cuestión, únicamente se analizará aquellas prácticas desleales que han sido directamente corelacionadas con el *metatagging*; siendo éstos: i) los actos de confusión y, ii) el aprovechamiento o explotación de la reputación ajena.

7.1. Actos de confusión

Conforme a lo prescrito en el artículo 27 de la LORCPM, debe entenderse por acto de confusión como la “[...] conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad [ajena]. [...] [S]e reputa desleal el empleo signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas [...] que se asocien a un tercero”⁴³.

En ese sentido, como bien explica Jorge Otamendi⁴⁴, la forma más habitual y clásica de Competencia Desleal dentro del mercado, sin importar los bienes y servicios que se ofrezcan, se centra en el intentar confundir al consumidor con la finalidad de cambiar la elección que realice; demostrándole una realidad distinta a la verdadera, ya sea por medio de la confusión sobre las prestaciones que existen, o respecto del origen empresarial del que provienen.

Siguiendo esta línea de ideas, el autor Portellano indica que la confusión se genera por medio de todas las actividades que se manifiesten como aptas para incitar en el consumidor un error efectivo sobre la procedencia de un bien, un producto o servicio

⁴¹ Kraft General Foods Inc. v. Frutera Colombiana S.A., Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 12 de septiembre de 1997, pág. 17.

⁴² Artículo 27, LORCPM.

⁴³ Artículo 27, LORCPM.

⁴⁴ Jorge Otamendi, “La Competencia Desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, no. 2 (1998), 143-178.

como tal⁴⁵. De igual manera, el doctrinario Massaguer define a los actos de confusión como todo comportamiento ideal para crear desasosiego con la actividad, establecimientos ajenos, prestaciones y procedencia empresarial de otros competidores⁴⁶.

Por su parte, Delio Gómez ha señalado que “en la confusión hay el deseo de engañar para lucrarse cabalgando sobre el prestigio del empresario rival, sus signos distintivos, sus productos o servicios y el de sus establecimientos de comercio”⁴⁷.

Es así que, la confusión, de acuerdo a los principios doctrinarios mencionados y siguiendo lo dispuesto en el artículo 27 de la LORCPM, posee un amplio espacio de aplicación que lleva a que cualquier método suficiente para causar confusión en los consumidores pueda ser sancionado.

De esta manera, es menester resaltar que la doctrina insiste en recalcar que para que exista un correcto funcionamiento de la economía de mercado, resulta esencial que sea posible distinguir entre las diferentes compañías que confluyen dentro de un mismo mercado, así como entre los distintos productos y servicios que se encuentran siendo ofertados⁴⁸. Por lo que, al protegerse la distintividad de las actividades se vela por el interés de los competidores, así como también se busca proteger el derecho de todos los consumidores que, dentro de un mercado guiado por el principio de libre competencia, deberían estar seguros de su elección⁴⁹.

Ahora bien, en el ordenamiento ecuatoriano la confusión se encuentra también regulada por la Decisión 486 y el Código INGENIOS, dos cuerpos legales dentro de los cuales el riesgo de asociación genera una imposibilidad para registrar cualquier signo distintivo⁵⁰. Consecuentemente, dentro de los mismos se establece como derecho del titular de una marca la posibilidad de impedir que un tercero utilice un signo que pueda causar confusión o, a su vez, riesgo de asociación con su marca, sin previo permiso del titular⁵¹.

Al respecto, cabe recalcar que la confusión, como figura contemplada tanto dentro de la Propiedad Industrial como dentro de la Competencia Desleal, constituye en realidad

⁴⁵ Pedro Portellano Díaz, *La Imitación* (Madrid: Civitas, 1995).

⁴⁶ Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley*, 125.

⁴⁷ Delio Gómez Leyva, *De la deslealtad en la competencia económica* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998).

⁴⁸ Alfredo Bullard et al., “El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, no. 39 (1999), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10442>. (Último acceso: 14 de octubre de 2021).

⁴⁹ José María de la Cuesta, *Competencia desleal por confusión* (Madrid: Civitas, 2000).

⁵⁰ Artículo 360, Código INGENIOS.

⁵¹ Artículo 155, LPI.

una sola figura que hace referencia a la utilización de prestaciones de manera tal que no sea posible la distinción de estos frente a los productos de un tercero, o a su vez, que exista equivocación sobre del origen empresarial de los cuales estos provienen⁵².

Dentro de este contexto, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se ha destacado que la semejanza de los signos puede dar cabida a “ dos líneas definitorias del acto de confusión; una interpretada en sentido estricto y la otra en sentido amplio”⁵³.

7.1.1. Confusión en sentido estricto

La jurisprudencia señala que la confusión en sentido estricto se genera cuando existe “un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación”⁵⁴, lo que implica que el consumidor medio considere que las diversas prestaciones ofertadas se originan de la misma empresa. En ese sentido, dos son las subdivisiones que pueden identificarse dentro de la confusión en sentido estricto: i) confusión directa o inmediata y ii) la confusión indirecta o mediata.

En el primer caso, se hace alusión a aquella confusión que se da cuando el consumidor, dada la similitud o gran aproximación de las prestaciones, concluye que se trata de un mismo signo distintivo al momento de tomar la decisión de compra⁵⁵. Por esta razón, el TJCAN, sostiene que este tipo de confusión lleva por característica principal que “el vínculo de semejanza induzca al comprador a adquirir un producto o usar un servicio determinado en la creencia de que está comprando o usando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios”⁵⁶.

En cuanto a la confusión indirecta, se ha indicado que esta resulta de aquellos casos en los que un consumidor medio se encuentra en la posibilidad de identificar que se trata signos distintivos diferentes, pero su similitud le lleva a pensar que ambos provienen de la misma empresa, asumiendo que las escasas diferencias se atribuyen a una modernización del producto o bien, que los mismos proceden de distintos establecimientos o sucursales⁵⁷. Por este motivo, el TJCAN advierte que la confusión indirecta se destaca porque el vínculo de similitud “hace que el consumidor atribuya, en

⁵² Karina Espinoza, “El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, no. 5 (2007), <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/115>. (Último acceso: 16 de octubre de 2021)

⁵³ Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 268.

⁵⁴ Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 266.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Proceso No. 108-IP-2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de octubre de 2012, párr. 9.

⁵⁷ Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 259.

contra de la realidad de los hechos, a dos productos o dos servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común”⁵⁸.

7.1.2. Confusión en sentido amplio

Al hablar de confusión en sentido amplio se hace referencia al escenario frente al cual un consumidor aún siendo consciente de que ambas prestaciones tienen un distinto origen empresarial, supone erróneamente que entre las empresas oferentes de cada producto o servicios existe una relación, sea esta comercial, económica o de organización⁵⁹.

Así, es preciso señalar que a partir de esta categorización se plantea la clasificación del riesgo de asociación, una figura con la cual el consumidor desarrolla una relación mental entre determinada prestación y un origen empresarial que, en realidad, no existe.

Sobre el riesgo de asociación, el TJCAN ha resaltado que se trata de “la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica”⁶⁰.

En este contexto, pese a que la confusión resulta ser una misma figura dentro de ambas ramas, tanto en Competencia Desleal, como en Propiedad Industrial, varias son las distinciones en los criterios utilizados por las autoridades competentes para definir la existencia o no de un acto de confusión.

Es así que, como bien indica Massaguer, en el derecho de marcas el riesgo de confusión visto desde la perspectiva de la Propiedad Industrial se encuentra guiado por la Decisión 486 y el Código INGENIOS en el caso ecuatoriano. Por otra parte, en el sistema de la Competencia Desleal, la confusión se estudia bajo los parámetros de la LORCPM.

Otra diferencia que la doctrina destaca entre la observación de la confusión dentro de Propiedad Industrial y la Competencia Desleal, recae en que, en el primer caso la confusión se rige por los principios de especialidad y registro. De esa manera, la protección sobre el riesgo de asociación se determina en base al título de registro y se limita a las prestaciones protegidas o a su vez, a aquellas productos o servicios que se encuentren directamente relacionados; exceptuando de ello a las marcas de alto renombre y notorias.

⁵⁸ Proceso No. 108-IP-2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de octubre de 2012, párr. 9.

⁵⁹ Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 257.

⁶⁰ Proceso No. 265-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 26 de febrero de 2015, párr. 8.

Por otro lado, la Competencia Desleal se enfoca en la protección de signos no inscritos o a su vez, de otros medios de distinción que no sean susceptibles de resguardo por la Propiedad Industrial, lo que conlleva a que la aplicación de esta área de estudio se remita a dichos supuestos⁶¹.

De ello que la doctrina indique mayoritariamente que la confusión como acto de competencia desleal no tiene como finalidad el duplicar la protección que se ofrece por medio del derecho marcario, por el contrario, ambas ramas incluyen esta figura de manera complementaria con la finalidad de lograr una protección más amplia⁶².

7.2. Aprovechamiento de la reputación ajena

Sobre los actos de aprovechamiento o explotación de la reputación ajena la LORCPM establece que “se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”⁶³.

De esa manera, respecto de la deslealtad y tal como lo señala Eva Domínguez⁶⁴, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena se fundamentan en el empleo del buen nombre y fama de terceros para difundir la propia oferta dentro del mercado y así llamar con mayor facilidad a la clientela. Es decir, bajo esta figura el competidor desleal logra beneficiarse del esfuerzo ajeno y de los costos incurridos por terceros en actividades de promoción dentro de un mercado para ganar un espacio en el mismo.

Al respecto, la doctrina ha precisado determinados requisitos que deben verificarse a fin de constatar la configuración un acto de explotación de la reputación ajena; dentro de los cuales se encuentran: i) la existencia de prestigio adquirido por el tercero, ii) presencia de un comportamiento apto para conseguir un aprovechamiento de dicho prestigio ajeno y iii) que la explotación sea indebida⁶⁵.

7.2.1. Existencia de prestigio

En relación a este requisito, la jurisprudencia de la Comunidad Europea señala que no todos los agentes económicos que operan dentro de un mercado poseen reputación o prestigio; al contrario, quienes ostentan de esta calidad son únicamente aquellas que han logrado cierta consolidación, llegando a ella a través del posicionamiento de una

⁶¹ Montiano Monteagudo, “El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal”, *Revistas Jurídicas UNAM*, no. 13 (2015), 67-114.

⁶² Espinoza, *El Acto de Confusión*, 127.

⁶³ Artículo 27, LORCPM.

⁶⁴ Eva María Domínguez, *Distribución de productos de imitación desde la perspectiva del derecho de la competencia desleal* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011).

⁶⁵ SPA y Eurotronic c. Distribuciones Sergipack, Audiencia Provisional de Barcelona, 05 de marzo de 2013.

marca en el mercado⁶⁶. Consecuentemente, mientras mayor sea el grado de dicha implementación del signo distintivo, mayor sería el riesgo de explotación de reputación ajena que determinada empresa posea.

7.2.2. Comportamiento apto para el aprovechamiento del prestigio

Por otra parte, cuando se habla de la presencia de un comportamiento idóneo para lograr el aprovechamiento de la reputación ajena, resulta necesario resaltar que la actividad en cuestión debe efectivamente implicar una explotación de la reputación ajena como, por ejemplo, la utilización de signos distintivos de manera no autorizada por el tercero.

De ahí que, el empleo de estos signos por parte del operador desleal causarían una asociación en beneficio del supuesto operador desleal, “diluyendo la capacidad de atracción del signo distintivo utilizado indebidamente”⁶⁷. Asimismo, Silvia Baron resalta que el uso de signos distintivos comprende la traslación del buen nombre y la fama ganadas con esfuerzo a un competidor desleal que inadecuadamente obtiene y logra aprovecharse de la reputación y prestigio de una empresa⁶⁸.

7.2.3. Explotación indebida

Respecto de este requisito, Baldo Kresalja destaca que es lógico que la explotación de la reputación ajena tenga como condición el uso indebido “pues la reputación industrial no puede considerarse como una propiedad excluyente de su titular, ya que en muchos casos los terceros pueden hacer mención o uso de ella dentro de las normas de corrección generalmente aceptadas”⁶⁹.

Así, es preciso enfatizar en que el aprovechamiento para ser sancionado por la competencia desleal debe ser indebido, puesto que puede darse lugar a supuestos de uso de buena fe de los signos distintivos, así como casos en los que el uso de la marca de terceros se encuentre respaldado por licencias otorgadas por los titulares de dichos signos distintivos a favor del competidor que se encuentra aprovechando de la reputación de un tercero legítimamente.

Siguiendo esta línea de ideas, el TJCAN ha establecido que:

En un mercado competitivo ganar prestigio es muy difícil; lograr posicionar una marca es un trabajo soportado en grandes esfuerzos empresariales. Por lo tanto, si un competidor se aprovecha de la reputación ajena con la finalidad de falsear la competencia y causar

⁶⁶ Domínguez, *Algunas cuestiones sobre*, 330.

⁶⁷ Nicolás Martínez, *Explotación de la Reputación Ajena* (Madrid: Civitas, 2001).

⁶⁸ Silvia Barona, *Competencia Desleal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

⁶⁹ Baldo Kresalja, “Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la Competencia Desleal”, *Revista de Derecho*, no. 47 (1993): 42.

daño a un competidor específico, estaríamos en frente de un acto de competencia desleal vinculado con la propiedad industrial. El aprovechamiento del prestigio ajeno se materializa en el hecho de que un competidor se cuelga o utiliza la fama, el prestigio o la notoriedad de determinada marca para distorsionar la competencia y causar perjuicio a un competidor, que bien podría ser la disminución de las ventas o la dilución de la capacidad distintiva de la marca⁷⁰.

De esa manera, y como bien lo indica la autora María Llobregat⁷¹, el motivo por el cual el legislador sanciona las prácticas de explotación de la reputación ajena se debe a que, de no hacerlo, se reprimiría el esfuerzo de los operadores económicos, quienes para continuar con el dinamismo del mercado deben tener un espacio de protección sobre su reputación alcanzada.

A partir de esto, en lo que respecta al consumidor, si bien el reprimir esta conducta no protege de forma directa sus intereses, de todas formas se busca salvaguardar la confianza de los consumidores en el prestigio del operador afectado, impidiendo que los productos y servicios seleccionados no frustren sus expectativas.

8. El *Metatagging* como acto de confusión

Varios autores al estudiar el *metatagging* coinciden en que dentro de la misma se forma principalmente un acto de confusión, pues como se indicó con anterioridad, la confusión puede darse de distintas formas y, en el caso en estudio, ha sido ampliamente mencionado que dentro de este es posible verificar un riesgo de asociación.

Así, generalmente se ha mencionado que estas prácticas implican que el consumidor medio concluya que existe algún tipo de relación o vínculo económico entre el competidor desleal que se encuentra ofertando el producto o servicio, y el titular de la marca que se está utilizando como *metatag*.

En ese sentido, la doctrina ha destacado que ciertos actos de *metatagging* en efecto pueden generar confusión a través de la actividad publicitaria que se realiza, puesto que al utilizar una marca reconocida como palabra clave o *adword* en su código HTML podría conllevar a que el consumidor piense que los productos o servicios ofrecidos tienen un vínculo, sea este comercial, económico o de organización con el competidor leal⁷².

A modo de ilustración, se puede tomar el siguiente ejemplo de la experiencia estadounidense. Un empresario sin relación alguna con la compañía Walt Disney utilizó

⁷⁰ Proceso 032-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 23 de agosto de 2013, párr. 20.

⁷¹ María Llobregat, *Temas acerca de la Propiedad Industrial. Madrid* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2007), 346-467.

⁷² Jane C. Ginsburg et al., *Trademark and Unfair Competition Law 428* (New York: Wolters Kluwer, 1996).

en su código HTML como palabras clave ‘disney transportation’, con la finalidad de promocionar en su sitio web un servicio de transporte a las atracciones de Disney en Orlando. Por ello, la empresa Walt Disney demandó al empresario, alegando que dicha obra constituía un riesgo de asociación apta para hacer creer al consumidor que Walt Disney patrocinaba o poseía algún vínculo con el servicio de transporte⁷³. Sin embargo, la corte resolvió que el vínculo entre una empresa y la otra no era deducible, puesto que pese a que, si bien el distintivo ‘disney’ estaba siendo utilizado para identificar un servicio ajeno a lo ofrecido por Walt Disney, en ningún momento se daba a entender a los consumidores que la prestación provenía de la misma empresa Walt Disney.

De esta manera, se estaría hablando de una confusión en sentido amplio que genera que el consumidor, aun teniendo conocimiento de que ambas prestaciones provienen de un origen empresarial distinto, supone equivocadamente que entre las empresas existe algún tipo de relación, dado que al buscar a una empresa en específico, los resultados resaltan los sitios web de otro competidor que ha utilizado el buen posicionamiento y renombre de otra empresa para mejorar su ubicación en el navegador.

No obstante, en casos como, Corporación EMC c. Hewlett-Packard Co. (HP)⁷⁴ y CCBN.com Inc. c. C-call.com Inc.⁷⁵, se ha determinado que, si bien puede afirmarse que una confusión inicial toma lugar en la mente del consumidor al dar el primer clic de búsqueda e incluso al ingresar por error a la página web con mejor posicionamiento en la red, es simplemente irreal concluir que cualquier confusión inicial sobre las marcas de servicio se traduciría en una confusión real en la compra de productos de las partes⁷⁶, puesto que cualquier consumidor medio que explore la página visitada con la mínima diligencia podrá aducir que entre una empresa y otra no existe relación alguna, en tanto no se encontraría mención de signos distintivos de la otra empresa en el diseño visual de la página web ingresada que puedan inducir al consumidor a creer que existe un vínculo comercial o económico.

En este orden de ideas, es preciso mencionar que existe una gran diferencia entre lo que el *metatagging* implica y el diseño que se deja a la vista del consumidor, pues en el primer caso y como se ha explicado con anterioridad, la configuración del *metatagging*

⁷³ Nuria Bermejo Gutiérrez, *Prácticas Promocionales en Internet: ¿Una práctica nueva?* (New York: Wolters Kluwer, 2005).

⁷⁴ Corporación EMC c. Hewlett-Packard Co., Corte del Distrito de California, San Francisco, 14 de febrero de 2004, párr. 63.

⁷⁵ CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc., Tribunal de Distrito de Massachusetts, 18 de noviembre de 1999, párr. 106. (Traducción no oficial).

⁷⁶ CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc., párr. 106.

no es posible ser identificada por un navegador común que tan solo basa sus búsquedas en los resultados arrojados por buscadores como Google y Yahoo y que solo tiene la posibilidad de ver como producto final el nombre de la página web en sí misma; mientras el diseño de la página web se ve compuesto por el nombre de la empresa a la que se ha ingresado y los signos distintivos de la misma.

Así, en la sentencia *Playboy Enterprises, Inc. c. Calvin Designer Label*⁷⁷, la corte señaló que respecto de los *metatags*, no existe configuración alguna de un acto de confusión por riesgo de asociación cuando la utilización de una marca de renombre se ha hecho bajo el principio de buena fe con el objetivo de indexar el contenido de su sitio web a una mejor visualización; dejando de lado cualquier intención de asociar las prestaciones a los de otra empresa.

Adicionalmente, en el caso *Brookfield Communications, Inc. c. West Coast Entertainment Corp.*⁷⁸, la corte estableció que dado a que los *metatags* constituyen lenguaje HTML que no es visible para el consumidor al momento de una búsqueda, sería poco probable que una confusión resultase de la utilización de marcas en el configuración de una página web, ya que al ingresar a un sitio web la dirección de dominio es evidentemente distinta a la de la marca empleada como *metatag*, por lo que cualquier tipo de confusión inicial desaparece al momento en que un consumidor ingresa a la página y puede observar que se trata de una empresa en específico, que poco o nada tiene que ver con aquella empresa que en principio se encontraba buscando.

Siguiendo esta línea de ideas, el autor Gustavo Guidini ha indicado que para identificar la presencia de un riesgo de asociación en prácticas de *metatagging* no es suficiente con probar una confusión efectiva, por el contrario, para ello es indispensable acreditar la aptitud del acto para confundir⁷⁹. Así, la legislación ecuatoriana no determina una regulación especializada ateniendo a la carga de la prueba, por lo que, aplicando el principio *onus probandi incumbit actoris*, aquel que alega la ocurrencia de un hecho en específica es quien deberá probarlo⁸⁰.

Dentro de este contexto, y teniendo en cuenta que son los intereses de los consumidores los que se buscan salvaguardar bajo la figura de los actos de confusión, la

⁷⁷Playboy Enterprises, Inc. c. Calvin Designer Label, Corte del Distrito de California, San Francisco, 8 de septiembre de 1997, párr. 204.

⁷⁸Rachel Jane Posner, “Manipulative Metatagging, Search Engine Baiting, and Initial Interest Confusion”, *Hein Online* (2000): 439-505.

⁷⁹ Gustavo Guidini, *La Concurrencia* (Roma: UTET, 2001).

⁸⁰ Juan Galindo, *Derecho Procesal Administrativo* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2018).

prueba tendría que corroborar la probabilidad de que un consumidor medio estime que existe una relación económica entre quien lleva a cabo el posicionamiento a su favor, y el operador económico afectado.

De esta manera, para que esta práctica tenga lugar, la conducta debe ser apta para generar confusión y, como se ha establecido en el desarrollo de diversas sentencias, esto no tiene cabida, pues si un competidor emplea la marca de un tercero como *metatag*, lo hace con la finalidad de que su oferta aparezca en los primeros resultados indexados al buscador de internet, más no para identificar su oferta como la de otro operador económico.

Asimismo, el autor Alex Sosa ha destacado que la práctica del *metatagging* no se realiza a título de marca, por lo que no sería susceptible su categorización como un acto de confusión, dado que el efecto buscado no es que el consumidor se vea imposibilitado de diferenciar entre una oferta y otra, sino que sus prestaciones aparezcan “como opción más cercana o alternativa cuando el consumidor busque por la oferta competidora”⁸¹.

Es así que, el efecto causado por la práctica del *metatagging* no es que el consumidor medio no pueda diferenciar entre una oferta y otra, al contrario, lo que busca el competidor supuestamente desleal es que su oferta, evidentemente distinta a la que el consumidor demanda por su reputación comercial, salga como la opción más parecida o, a su vez, alternativa, cuando se busque por la oferta competidora⁸².

9. El *metatagging* como acto de aprovechamiento de la reputación ajena

Una parte de la doctrina ha identificado a las prácticas de *metatagging* como un acto de aprovechamiento de la reputación ajena dado que, en el caso en estudio, la empresa supuestamente parasitaria utiliza el renombre y reputación de otra con el objetivo de obtener un mejor lugar de posicionamiento en los resultados indexados a determinado buscador de internet.

Con ello, resulta preciso mencionar que para que un acto de aprovechamiento de reputación ajena se configure, es indispensable que exista una protección jurídica sobre el renombre de la empresa afectada en tanto este acto signifique un coste de garantía referente a la fidelidad de los consumidores hacia una marca determinada. Por ello, los

⁸¹Sosa, *Uso de marcas*, 146.

⁸²*Ibid.*

operadores e luchan por adquirir y conservar una buena fama y reputación a lo largo de la existencia de sus actividades económicas.

De este modo, el ordenamiento jurídico busca impedir que la buena reputación y renombre de una empresa sea injustamente menoscabada o que, a su vez, otro competidor “obtenga una ventaja inmerecida al aprovecharse indebidamente de la reputación ajena”⁸³.

En ese contexto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han determinado que, para que una práctica de *metatagging* sea susceptible de sanción bajo la figura en análisis, es necesario que ciertos requisitos se verifiquen, siendo estos: i) existencia de prestigio adquirido por el tercero, ii) presencia de un comportamiento apto para conseguir un aprovechamiento de dicho prestigio ajeno y iii) que la explotación sea indebida⁸⁴; mismos que se han mencionado con anterioridad. Así, es indispensable una valoración caso por caso para poder determinar si es que se cumplen los criterios indicados.

Dentro de este marco, en primer lugar se debe verificar que exista prestigio o reputación adquirida por el agente económico supuestamente afectado. En el caso del *metatagging*, por la naturaleza misma de la práctica, efectivamente este requisito se constata, dado que la misma busca utilizar como *metatag* el nombre de una empresa que se encuentre bien posicionada en los buscadores de internet con la finalidad de impulsar el sitio web en cuestión; implicando que por tanto, la empresa goza de un alto nivel de reputación.

En cuanto al segundo requisito, para que el *metatagging* se considere una práctica desleal es preciso corroborar que se trata de un acto idóneo para lograr el aprovechamiento de la reputación ajena. De ello, Carlos Molina⁸⁵ recalca que claramente la práctica en cuestión resultaría un medio idóneo para alcanzar el aprovechamiento del prestigio de otra empresa, pues es justamente del posicionamiento de otro competidor de lo que se vale el *metatagging* para incrementar o bien elevar la ubicación de la empresa supuestamente infractora dentro del mercado en línea.

De esta manera, el debate de si el empleo del *metatagging* conlleva o no a la configuración de una práctica desleal por parte del operador económico, recae en el tercer requisito, donde se examina la existencia de un uso indebido del aprovechamiento.

⁸³ Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 276.

⁸⁴ Eurotronic c. Distribuciones Sergipack, Audiencia Provisional de Barcelona, 05 de marzo de 2013, párr. 110.

⁸⁵ Carlos Molina Sandoval, *La competencia desleal en Latinoamérica* (Bogotá: Angosta Editores, 2014), 234-256.

Así, resulta indispensable tener en mente que la explotación indebida se observa bajo la noción de la buena y la mala fe subjetiva. Es decir, mientras exista un uso de buena fe por parte del agente supuestamente parasitario en cuanto a la marca reconocida como metatag, podría argumentarse que un aprovechamiento indebido no tiene cabida, mientras que, si de mala fe se habla, entonces una clara explotación indebida tendría lugar⁸⁶.

Dentro de este contexto, una parte de la doctrina ha enfatizado que el uso de signos distintivos sin autorización alguna del tercero y, en especial de mala fe, conllevan a que se constituya un acto de aprovechamiento de la reputación ajena. De ahí que, en los casos en los que el *metatagging* sea empleado con la sola intención de dañar al tercero afectado - es decir, con el ánimo de menoscabar la reputación y demanda en la oferta del competidor - no cabría duda de que dicha práctica sería sancionable⁸⁷.

Sin embargo, otro grupo doctrinario, bien representado por el autor Montiano Monteagudo⁸⁸, sostiene que la finalidad del *metatagging* recae en lograr que el competidor supuestamente desleal posicione su oferta en una mejor ubicación dentro de las páginas indexadas al buscador web, siendo así más que evidente que un agente económico emplea este tipo de práctica con el objetivo de elevar su oferta frente a la del resto; dejando de lado la intención de dañar a otro competidor y constituyendo por tanto una actividad realmente competidora que carece de motivación para dañar a otro competidor en su propio beneficio.

Adicionalmente, dado a que los *metatags* se encuentran ocultos a la vista del consumidor, podría decirse que estos no poseen mala fe subjetiva, ya que para que el menoscabo sea potencial o real frente a un operador económico en cuanto a explotación indebida se refiere, el consumidor tendría que ingresar a las páginas indexadas en el buscador y encontrar en su diseño gráfico elementos que dañen la reputación y renombre del tercero supuestamente afectado.

Ahora bien, en caso de encontrar elementos que constituyan una explotación indebida de la reputación ajena al ingresar en el sitio web, queda claro que estos solo podrían evidenciarse en el diseño gráfico, lo cual excluye por completo a los *metatags* y, por tanto, al *metatagging* como práctica desleal, ya que entonces la intención de dañar al competidor caería en otro método publicitario.

⁸⁶ María Llobregat, *Temas acerca de*, 401.

⁸⁷ Miguel Del Pino, Miguel, Mariano Peruzzotti, *Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2019).

⁸⁸ Montiana Monteagudo, *La protección de la marca renombrada* (Madrid: Civitas 1995).

En tal sentido, y puesto a que los dos primeros supuestos parecen constarse en el uso del *metatag*, si la autoridad competente decide obviar el requisito de explotación indebida y por tanto de mala fe subjetiva, como elemento indispensable para la sanción del *metatagging* como práctica desleal, de todas formas deberá poner en un balanza los intereses confluyentes para decidir finalmente cuál debe proteger. Pues, en este escenario dos son los intereses que se contraponen, los del empresario supuestamente afectado y los del consumidor⁸⁹.

Así, se deberá tener en consideración que dentro de los efectos que la restricción de esta modalidad podría causar, se encuentran: i) la pérdida de información en el consumidor quien, gracias al uso de esta práctica, posee más información sobre las prestaciones a las que puede tener acceso en el mercado, ya que al aparecer en su lista de resultados más ofertas competidoras puede obtener mejores beneficios, precios, y atributos; y, ii) la “reducción de la competencia, toda vez que eliminaría una herramienta que actualmente usan las empresas para identificar e informar a los consumidores que han expresado interés en los productos de sus competidores”⁹⁰.

De igual forma, la autoridad de competencia deberá tener en mente como contrapartida que existe un costo de oportunidad en no sancionar este tipo de práctica, siendo esta la pérdida de información a la que el consumidor podría haber accedido en ausencia del *metatag*.

10. La Cláusula General en la Competencia Desleal

Con todo lo antes mencionado, resulta indispensable dedicar un apartado a la cláusula general de la Competencia Desleal. En ese sentido, tal como señala el doctrinario Pinkas Flint⁹¹, las distintas legislaciones de Competencia Desleal usualmente optan por precibir una cláusula general en la cual se señala una definición de práctica desleal para posteriormente enlistar de manera ejemplificativa ciertos actos que se consideran ilícitos y el caso ecuatoriano no es la excepción.

Ahora bien, la importancia de dicha cláusula recae en la adaptabilidad que la misma posee a las situaciones posteriores a la promulgación de la norma. Por ello, Juan

⁸⁹ Sosa, *Uso de marcas*, 148.

⁹⁰ Elisa Mariscal, David Evans, “The Role of Keyword Advertising in Competition among Rival Brands”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, no. 619 (2012), 6-14.

⁹¹ Pinkas Flint, *Estudio del Tratado de Defensa de la Libre Competencia* (Madrid: Civitas, 2016).

Ignacio Peinado y María José Carazo mencionan que su flexibilidad posibilita que “conductas antijurídicas se subsuman en ella, sin haber sido previstas por el legislador”⁹².

De esa manera, la inclusión de una cláusula general tiene un carácter interpretativo, puesto que permite a la autoridad de competencia aplicar caso por caso aquellos criterios valorativos expuestos por la cláusula. Además, cabe recalcar que esta otorga seguridad jurídica, teniendo en cuenta que, gracias a ella, el competidor conoce que los actos contrarios a la buena fe, usos y costumbres honestas, clasifican como desleales⁹³.

Sin embargo, su gran amplitud provoca cierta problemática, ya que como bien manifiesta la doctrina “[...] las cláusulas generales tienen una textura abierta o vaguedad que complica extraordinariamente su aplicación”⁹⁴. Todo esto puesto que “[...] la cláusula general tipifica un acto de Competencia Desleal en sentido propio, distinto a los actos [...] que la ley ha estimado tipificar en concreto”⁹⁵.

Por ello, Felipe Palau indica que la aplicación de la cláusula general supone la exclusión o descarte de aplicación de los tipos específicos de la ley, siendo por tanto impropio un análisis conjunto⁹⁶.

En Ecuador, la cláusula general de prohibición de competencia desleal se encuentra contemplada en el artículo 26 de la LORCPM, el cual indica que “[...] quedan prohibidos y serán sancionados [...] los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten [...] cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia [...]”⁹⁷.

Esta disposición reviste de gran importancia, ya que permite la restricción y sanción de una conducta que posiblemente no encaje en ningún supuesto previsto por el legislador al poder ser aplicada de forma autónoma; logrando así que la protección contra la Competencia Desleal no se convierta en obsoleta frente a la aparición de nuevas prácticas comerciales.

Sin embargo, en el caso del *metatagging*, para que esta pueda ser catalogada como práctica desleal, el competidor presuntamente afectado debería probar que el uso del

⁹² Juan Ignacio Peinado, María José Carazo, *La Publicidad Desleal* (Madrid: Centro de Publicaciones, 2017), 608-653.

⁹³ Alberto Emparaza, *El boicot como acto de competencia desleal* (Madrid: Civitas, 2004), 404-432.

⁹⁴ Daniel Irigoyen, Rafael García, *El Derecho de la Empresa* (Madrid: Civitas, 2011), 158-160.

⁹⁵ José Ramón, *Jurisprudencia sobre el Derecho de Competencia* (Madrid: Tirant Lo Blanch, 2007), 814-967.

⁹⁶ Felipe Palau, “Competencia Desleal”, *Revista de Competencia*, no. 23, (2019), 76-145.

⁹⁷ Artículo 26, LORCPM.

metatag por otro operador resulta en impedimento de la competencia leal, algo que no podría darse, ya que el uso del *metatagging* permite a varios operadores poco posicionados dentro del mercado obtener una mejor visibilidad hacia el público consumidor, lo cual en ningún caso supondría un impedimento de competencia honesta, al contrario, significaría en un aumento en el nivel de competencia que a su vez se traduciría en un beneficio para el consumidor.

Si se habla de una restricción o falseamiento de la competencia, la doctrina ha señalado que para lograr tener este tipo de efectos es necesario poseer un poder de mercado significativo⁹⁸. Por lo que, teniendo en mente que, en su mayoría, aquellos operadores que utilizan los *metatags* son justamente quienes carecen una posición dominante en el mercado, la verificación de este supuesto resulta sumamente difícil, puesto que no cuenta con uno de los requisitos fundamentales para generar estos efectos en la competencia.

En cuanto a la distorsión de la competencia, llegar a probar el supuesto sería igualmente complicado, ya que el empleo del *metatag* permite a varios competidores estar al alcance del conocimiento de los consumidores, por lo cual se estaría hablando de una práctica altamente competitiva, al incrementar la oferta y calidad de los productos a disposición de los consumidores. Adicionalmente, para probar una distorsión del mercado tendría que haberse falseado, restringido o impedido la competencia honesta⁹⁹, algo que ha sido descartado anteriormente.

Con ello analizado, parecería difícil catalogar al *metatagging* como una práctica desleal bajo la cláusula general. Sin embargo, mal se haría en excluir por completo esta posibilidad, ya que muy bien podría darse que operadores económicos bien posicionados utilicen al *metatagging* con la finalidad de evitar que nuevos agentes aparezcan en las páginas de búsqueda indexadas; resultando así en un afianzamiento de su poder de mercado, así como también una disminución en la competencia y consecuentemente, en una restricción de los derechos del consumidor. Por lo que, la autoridad de competencia deberá analizar caso por caso, las circunstancias bajo las cuales la práctica del *metatagging* se está llevando a cabo.

11. Conclusiones

⁹⁸ Antonio Martín-Laborda, *Falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal* (Madrid: Tirant Lo Blanch, 2000).

⁹⁹ Mario de la Puente, *Distorsión de la Competencia: el caso de Estados Unidos* (Bogotá: Editorial UTADAO, 2017).

De lo antes estudiado, se evidencia que el *metatagging* constituye una nueva herramienta publicitaria que permite a diferentes empresas lograr un buen posicionamiento en el mercado en línea, así como facilita su exposición en plataformas de recorrido mundial como Google, Yahoo y Bing.

Sin embargo, y puesto a que esta práctica publicitaria se sirve de nombres de empresas y marcas de renombre para subir su posición dentro de las páginas indexadas en los buscadores web, una buena parte de la doctrina cataloga al *metatagging* como un ejercicio que debe ser sancionado por del Derecho de Competencia Desleal, al considerarse como una práctica parasitaria.

No obstante, como se demuestra por medio de la investigación del presente trabajo, antes de encasillar a cualquier uso de *metatagging* como una práctica desleal, sea por acto de confusión, por aprovechamiento de la reputación ajena, o bien por la cláusula general de la Competencia Desleal, es necesario realizar un estudio de los hechos caso por caso para poder llegar a una decisión sobre su sanción. Pues, como se puede ver, no es factible una categorización *a priori* de este tipo de prácticas.

Así, se debe tener en mente que el Derecho de Competencia Desleal tiene como finalidad la protección de la competencia honesta, limpia y sana, además de los derechos de los consumidores. Por lo que, una vez analizadas las dos prácticas por las cuales la doctrina se enfoca en sancionar al *metatagging*, es posible concluir que, en primer lugar, si bien existen autores que plantean que el *metatagging* se relaciona con los actos de confusión, no es factible tal suposición, puesto que esta práctica podría ser sancionable solo si generase un riesgo de asociación.

En tal sentido, un consumidor medio debería considerar que existe un vínculo económico entre el operador supuestamente desleal y aquel que ostenta de un renombre, todo lo cual debe ser probado por el presunto operador afectado para que la práctica sea sancionable. Sin embargo, aquello no sería posible, principalmente porque, dada la naturaleza misma de los *metatags*, estos no se encuentran a la vista de los consumidores, ya que estos se encuentran inmersos únicamente en la codificación HTML de un sitio web, siendo casi imposible que un consumidor medio pueda conocer los contenidos de los mismos, sin poseer conocimientos de programación, o bien inmiscuirse en la codificación de cada página web que visita. Es decir, no podrían concluir que existe cualquier tipo de relación entre una empresa y la otra, ya que desde un inicio los consumidores no se encuentran expuestos a este tipo de confusión.

En cuanto al aprovechamiento de la reputación ajena se concluye que, para su sanción, resulta necesaria la constatación de una explotación indebida guiada por una mala fe subjetiva, un elemento sumamente difícil de probar, pues el *metatagging* se lleva a cabo a nivel de codificación fuera del alcance de la vista del consumidor, por lo que podría decirse que no tienen la posibilidad de causar un daño a otros competidores, ya que para que el menoscabo sea potencial o real, el consumidor tendría que ingresar a las páginas indexadas en el buscador y encontrar en su diseño gráfico elementos que dañen la reputación y renombre del tercero supuestamente afectado. Caso en el cual se estaría hablando de una práctica publicitaria completamente ajena al *metatagging*.

Así, parecería ser que la regulación del *metatagging* caería bajo la cláusula general de Competencia Desleal, pues su amplitud abarcaría sin problema todo el fenómeno que constituye esta práctica, al considerar como desleal todo acto que falsee, restrinja o distorciona la competencia. Empero, estos supuestos resultan sumamente difíciles de verificar, por la esencia de lo que constituye el *metatagging* y por quienes suelen utilizar esta práctica publicitaria. No obstante, su exclusión definitiva no es recomendable, ya que podrían existir casos en los que probar la aplicación de estos supuestos sea factible.

Es así que, a juicio de la presente investigación, las prácticas de *metatagging* resultan en su gran generalidad exentas de ser catalogadas como una práctica desleal ya que, en su mayoría, significan una práctica que potencia y estimula la competencia dentro del mercado al impulsar a los operadores económicos a mejorar sus prestaciones con el objetivo de ser preferidos por los consumidores que ahora se encontrarían altamente expuestos a nuevos oferentes dentro del mercado.