



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO: “CONVERGENCIA DEL DERECHO DE COMPETENCIA

Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA

LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA**

AUTOR:

ANA BELÉN LUZURIAGA JIMÉNEZ, AB.

NOMBRE DEL TUTOR:

Fabricio Alejandro Chica Martínez, Ab. Mgs.

SAMBORONDÓN, MAYO, 2019

Resumen

En el presente trabajo se revisan doctrinas sobre la ineficiencia de los mercados y si ella puede relacionarse con alguna forma de ejercicio de los derechos que atribuye la propiedad intelectual, ya que, con base en la normativa ecuatoriana, cuando se abusa del ejercicio de la propiedad intelectual también puede configurarse una práctica abusiva contraria a la libre competencia y al propio mercado. Con tal finalidad, partiendo desde un enfoque racionalista, empleando la inducción, se utilizan técnicas cualitativas para evaluar el marco normativo pertinente. En tal virtud, se revisan cuáles serían las medidas para remediar los resultados negativos que se generen, sin olvidar que no deben alterar o vulnerar otros derechos y al mismo tiempo presentarse como una solución eficiente ya que no siempre la propiedad intelectual se configura como un abuso de posición de dominio.

Palabras clave: derecho de la competencia, derecho de marca, eficiencia, concentraciones empresariales.

Abstract

This paper reviews doctrines about the inefficiency of the markets and whether it can be related to any form of exercise of the rights that intellectual property attributes, since, based on Ecuadorian law, when the exercise of property is abused intellectual can also be configured an abusive practice contrary to free competition and the market itself. With this aim, starting from a rationalist approach, using induction, qualitative techniques are used to evaluate the pertinent normative framework. In such virtue, it is reviewed what would be the measures to remedy the negative results that are generated, without forgetting that they should not alter or violate other rights and at the same time present themselves as an efficient solution

Keywords: competition law, brand rights, efficiency, business concentrations

Introducción

Bajo determinados supuestos, relacionar el derecho de competencia y la propiedad intelectual puede aparecer, inicialmente, como dos derechos contrapuestos; por la protección que cada uno de estos persigue. Actualmente, la propiedad intelectual cumple un papel importante dentro del desarrollo de la sociedad (Tassano, 2015).

La protección que busca el derecho de marca consiste, en varios casos, en poder brindarle al titular de los mismos, los beneficios exclusivos para la explotación del bien objeto de la marca, lo cual, para el nivel de competencia podría presentarse como una limitación dentro del derecho de competencia (Arias,2014).

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene entre sus finalidades la eficiencia de los mismos; es así, como se busca que exista un comercio justo evitando que ciertas conductas empresariales distorsionen el mercado orientado hacia el bienestar del consumidor bajo la premisa de un sistema económico social, solidario y sostenible, correspondiendo que se realice un análisis donde interviene tanto doctrinas jurídicas como teorías económicas (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2016).

Mediante una resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado con fecha seis de mayo del año dos mil dieciséis, que norma el otorgamiento de la autorización para proceder con concentración económica por la compra de acciones de un agente económico en Ecuador, se resolvió dicha adquisición, imponiendo condiciones para el otorgamiento de la autorización respectiva, entre otras, la enajenación y el otorgamiento de licencias de determinadas marcas mismo que será revisado dentro del presente trabajo.

La función del Estado al momento de intervenir dentro de los mercados para restablecer la libre competencia no solo debe ser mediante el ejercicio de su facultad reguladora, ya que este debe analizar los efectos negativos o ineficientes que este tenga

un mercado en consecuencia del comportamiento de sus agentes para de esta manera encontrar el mecanismo que permita contrarrestar o restablecer la competencia, ya que la incorrecta implementación podría crear inseguridad jurídica (Bocanegra, 2014).

La presente revisión teórica se realiza partiendo del enfoque racionalista, utilizando el método inductivo para la exposición argumental y empleando técnicas cualitativas para el tratamiento de los elementos normativos y doctrinales con los que se desarrolla el discurso de este trabajo para que a partir de los mismos se pueda determinar la convergencia dentro del Derecho de Competencia y la Propiedad Intelectual referente a la consideración de esta últimas como Abuso de Poder de Mercado y las medidas optadas dentro del caso tratado dentro del presente trabajo.

Marco teórico

Derecho de competencia y abuso de derecho

Derecho de competencia.

Dentro de la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se presenta como la normativa entre cuyas finalidades está la regulación de la competencia dentro de los mercados locales, con el objetivo de buscar el bienestar de los consumidores; para ello, la eficiencia se presenta dentro de esta como un elemento a considerarse. En líneas generales, la ley antes citada norma en dos áreas: la competencia desleal; y, normas en defensa de la competencia, de las cuales, entre otras, se encuentran el análisis de concentraciones empresariales y los determinados abusos de poder de mercado tipificados dentro de dicho cuerpo legal (Ojeda, s.f.).

Existen varias corrientes económicas que han tratado consolidar los aspectos que abarca el término competencia, desde la perspectiva de su contenido, prevalencia, conflicto de intereses entre otros. En líneas generales, dichas concepciones se enfocan en 3 factores: la estructura, el comportamiento y el resultado del mercado. La escuela de Harvard que fue la base del derecho de competencia dentro de los Estados Unidos entre los años 60 y 70 originalmente señalaba que los factores antes citados eran

unidireccionales, no obstante, dicha teoría fue desarrollada en el sentido de que pueden existir factores externos que pueden afectar al mercado, ante lo cual el Estado es el llamado a solventarlos. Por otro lado, la Escuela de Chicago establece que el mercado está basado en el comportamiento de los agentes que intervienen dentro del mismo, para dicha escuela el poder de mercado es de carácter temporal y no requiere de la intervención estatal puesto que los mercados se regulan solos (Pedraza, 2012). Esta última corriente tuvo como predecesora una nueva tendencia que tiene como eje central la eficiencia como criterio central en beneficio a favor del consumidor más no bajo el sentido de Pareto (Gherzi & Arosemena, s.f.).

Las empresas, dentro de un mercado tienen un deber con la sociedad al poder asignar bienes o servicios al menor costo posible a favor de los consumidores. Dicho comportamiento se encuentra enmarcado en términos de eficiencia, al punto de que la misma también se considera como bien tutelado y el motivo principal de la competencia. A partir de esta, se debe desprender el estudio de los mercados para determinar su afectación dentro de la economía (Velandia, 2013).

En primera instancia el Derecho de competencia, se centra en la creación de eficiencias estáticas, que se traduce en la intervención de varios ofertantes de bienes y servicios consiguiendo la disminución del precio dentro del mercado; sin embargo, es necesario que en ellos exista innovación, lo que equivale a la creación de nuevos bienes de los cuales los consumidores estarían dispuestos a obtener, por lo que las eficiencias antes enunciadas pasarían de ser estáticas a dinámicas (Piedrahita & Cascón, 2012).

Dentro del sistema jurídico europeo se excluyó el modelo de la competencia perfecta bajo la premisa de que existen mercados con diversas estructuras, desarrollando para ello el modelo de competencia efectiva -workable competition-, que corresponde a que dentro de un mercado deben existir exigencias mínimas que no afecte el ingreso de nuevos operadores dentro del mismo (Pedraza, 2012). Sobre esta temática, el Tribunal de Justicia Europeo a través del asunto 27/76 establece a la competencia eficaz como aquella que resulta necesaria para que puedan acatar las disposiciones señaladas dentro del tratado de la Comunidad Económica Europea permitiendo a para ello que exista a nivel de los países intervinientes un mercado único.

Abuso de poder de mercado.

Dentro del ámbito del Derecho de competencia se protege a la libertad que poseen los consumidores, los ofertantes dentro de un mercado para el ingreso dentro del mismo, y, la eficiencia del sistema productivo. Por ello, para que una conducta sea considerada como prohibida, esta debe afectar negativamente el bien tutelado que dicho Derecho protege, bajo el precepto de las finalidades antes enunciadas (Velandia, 2011).

En materia de competencia, uno de los factores principales a considerar es el mercado relevante, ya que a partir de este se busca valorar las circunstancias de la competencia dentro de este, con la finalidad de poder identificar la conducta de los participantes, así como la estructura propia del mismo. En líneas generales, corresponde a la identificación de los niveles en los que los ofertantes y consumidores dentro del mercado pueden ser reemplazados (Ruiz, 2000).

Para poder efectuar un análisis jurídico económico en temas de Derecho de la competencia, se debe determinar el mercado relevante, puesto que sin conocer el alcance de este no se podría llevar a cabo un proceso de competencia. Corresponde identificar al mercado relevante a la autoridad de competencia respectiva (Marín, y otros, 2012). Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se establece que los factores para determinar si un mercado es relevante se debe tener en consideración el mercado del producto, el ámbito geográfico y las características de los ofertantes y consumidores que forman parte de estos para su posterior análisis. Corresponde a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado el análisis de cada caso que se le presente de forma independiente (Jaramillo, Esparza, Freire, & Abril, 2016).

Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado al igual que la normativa de la Comunidad Andina, no se ha determinado una definición preestablecida sobre el término de mercado relevante. Dentro de nuestra legislación se establece que corresponde a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado determinar el mercado relevante, teniendo para el efecto considerar los siguientes elementos: las características del mercado del producto o servicio, el mercado geográfico; y, las particularidades de los agentes que forman parte del aquel mercado

(Pérez, 2013). Por otro lado, mediante Resolución número once expedida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se señala que el mercado relevante es aquel que se establece mediante la combinación de mercado del producto o servicio y el mercado geográfico, estableciendo para su determinación el desarrollo de una evaluación técnica en donde se efectúe un análisis de la sustitución de oferta, demanda y competencia potencial. Este análisis consiste en establecer bienes o servicios ofertados por potenciales operadores económicos y la influencia que estos últimos pueden tener ante el incremento de precios no signifique costos o riesgos excesivos.

Sobre el mercado de referencia, la Comisión de la Comunidad Europea mediante Comunicación número 372/03 de 1997 señaló la definición de la misma en materia de competencia dentro de la normativa comunitaria, estableciendo para aquello que este corresponde a todos los productos y servicios que en función de su característica, precio o uso al que se les destine sean sustituibles para los consumidores.

Los parámetros en los que se configura la posición de dominio dentro de un mercado relevante consistente en la ventaja que posee un operador de excluir a sus competidores dentro de este. La preponderancia antes expuesta, corresponde a la facultad que tiene dicho operador en afectar a los consumidores mediante el incremento de precios del bien o servicio a adquirirse, así como la cantidad de producción a ofertarse (Abad, 2014). Este comportamiento corresponde a una práctica inversa a lo configurado dentro de la libre competencia, pues la misma corresponde a una acción unilateral por aquella ventaja que posee. Para la determinación de lo antes expuesto, se debe tener en consideración la imposición de diferentes variables que terminen afectando la mecánica propia del mercado (Romero, 2015).

Los mercados pueden comprenderse bajo el criterio de eficiencia de Pareto; sin embargo, existen circunstancias que pueden ser vistas como fallas dentro de estos, misma que se considera aquella situación en donde un modelo de libre competencia no se cumple y ante dicha circunstancia no puede alcanzar una eficiencia asignativa, paretiana y productiva que permita la asignación correcta de bienes, ante lo cual se justifica la intervención del Estado para corregirlas ya sea a través de mecanismos regulatorios, incluso sancionando conductas, o incluso participando con poder

económico dentro de ellos. En lo que consiste a las ineficiencias dentro de un mercado se considera entre otras, el poder de mercado que posee un participante dentro del mismo. A nivel doctrinal se ha identificado que es poco probable que se puedan cumplir con las condiciones que sean necesarias para lograr la eficiencia por lo que se atribuye la intervención estatal para poder subsanar este tipo de fallas lo cual incita el desarrollo de los mercados y la libre competencia (Bocanegra, 2014).

La propiedad intelectual

El derecho a la propiedad intelectual se encuentra reconocido expresamente en el artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador; así mismo, dentro del artículo 66 numeral 26 se admite nuevamente a la propiedad en todas sus formas delimitando a la misma dentro de su contenido esencial a la función y responsabilidad social y ambiental. Dicho derecho se encuentra limitado por las disposiciones que se señalen dentro Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y las disposiciones que apliquen dentro de la Constitución en lo que respecta, entre otros la protección del consumidor, las prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y competencia desleal.

El origen de los derechos de propiedad intelectual cumple con el objetivo de proteger la información técnica, artística y comercial como un bien inmaterial, con lo que producto de dicho reconocimiento se genera la creación de mercados competitivos al incentivar la motivación de innovar dentro de estos (Piedrahita,2013). En relación con lo antes lo expuesto, la propiedad intelectual se presenta como un componente importante dentro del mercado por el desarrollo que genera esta dentro del mismo. Entre los aspectos en los que se halla comprendida la propiedad intelectual se encuentra a los derechos de autor y los de propiedad industrial (Roca & Rojas, 2007). La motivación para la existencia de normativa que contenga preceptos básicos de los derechos de propiedad intelectual se centra en la retribución económica que tiene el propietario de dicho derecho, la compensación de la inversión por la invención, así como el interés de poder continuar con nuevas creaciones, y, el conocimiento de la invención a favor de la sociedad toda vez que se hayan cumplido el plazo establecido para los casos que correspondan (Mongua & Rodríguez, 2013).

Sobre la relación entre la propiedad intelectual y el crecimiento económico se han efectuado estudios sobre el efecto que tiene la primera sobre la economía. El modelo Gould & Gruben señala que la protección de los derechos de propiedad intelectual estimulan la innovación y por ende permiten el desarrollo económico, por lo que establece que el fortalecimiento de dichos derechos junto con una liberación del comercio estimulan dicho desarrollo. El estudio de Ginarte & Park concuerda con el modelo antes expuesto y establece que el crecimiento económico se encuentra estimulado por factores tales como la investigación y desarrollo así como el capital físico. Por otro lado, estudios efectuados por Yongmin Chen & Thitima Puttitanu, dentro de países desarrollados, señala que una baja protección en derechos de propiedad intelectual disminuye la protección de invenciones extranjeras mediante la imitación, afectando el mercado y el beneficio de los consumidores (Tejedor Estupiñán, Gil León, & Tejedor Estupiñán, 2018).

Dentro del ámbito económico, se han efectuado diversos estudios sobre la relación entre la innovación y el desarrollo económico. La primera corriente determinaba la intrínseca relación la innovación y el desarrollo económico, más que nada en el aspecto técnico que influye directamente con el crecimiento a largo plazo, siendo este un determinante exógeno de dicha teoría, que finalmente era considerada como una limitante dentro de las decisiones de los agentes económicos. Esta última premisa permitió el desarrollo de una nueva explicación que relaciona el crecimiento a largo plazo con otros factores adicionales a la investigación y desarrollo del conocimiento como el capital humano y el gasto público. Posteriormente, surgiría una nueva teoría en donde se incluye la relación del crecimiento económico con la investigación bajo el precepto de competencia imperfecta, en donde la variable denominada tecnología como factor exógeno permite la creación de nuevos diseños cuyo objeto es la mejora de la competitividad ocasionando a su vez que el crecimiento económico sea dinámico y continuo (Beltrán-Morales, Almendarez-Hernández, & Jefferson, 2018).

La propiedad industrial está compuesta por un lado por invenciones de carácter tecnológico como las patentes; así mismo reconoce bienes intangibles con fines comerciales, siendo las marcas parte de este último grupo (Schmitz, 2012).

Derecho de marca

La marca como activo intangible dentro de una empresa se presenta como uno de los elementos más importantes a nivel económico por el valor que puede llegar a tener, beneficiando contablemente al titular de la marca, a la que se considera como uno de los activos comerciales más importantes dentro del sector empresarial. Para poder determinar el valor de una marca se debe tener en cuenta: la posición dentro de un mercado, notoriedad, estabilidad, y la potencia que posea el producto que posea la misma para gozar de una preferencia frente a otros productos (Sánchez & Álvarez, s.f.).

Para la determinación del valor de un bien intangible bajo las normas NIC 38, se señala que los mismos pueden ser medidos de forma independiente y de forma fiable a pesar de que formen parte de una combinación de negocio, para ello se cita a las marcas de forma ejemplificativa, señalando que las mismas pueden ser consideradas con valor independiente siempre y cuando la misma sea vinculada a otro activo material o intangible.

En líneas generales, una marca se conceptualiza como aquel signo que permite distinguir a bienes y servicios que ofrece el titular de esta frente a los demás operadores dentro de un mercado. La característica principal de la misma es la distintividad que posee, puesto que aquella es la que permite la diferenciación antes expuesta (Schmitz, 2012). En el campo doctrinal, se ha considerado a la marca como uno de los activos intangibles de mayor importancia para las empresas y que forma parte del patrimonio de su titular por lo que el derecho de marca es considerado como un derecho real (Vera, 2017). El derecho característico de la marca, que es reconocido por la normativa de manera general en cada sistema jurídico, es el *ius prohibendi* que corresponde a aquella facultad que tiene el titular de este derecho para que terceros no puedan utilizar la marca sin su consentimiento y autorización, por lo que goza de disponer de la misma (Rojas, 2015).

Las marcas dentro de un mercado cumplen un rol importante, puesto que las mismas se presentan como un medio de transmitir información a los consumidores; puesto que, al ser el mecanismo para poder diferenciar bienes y servicios estas permiten poder distinguir entre las opciones que ofrece determinado mercado; y, poder

diferenciar las cualidades y características que tiene cada uno de los productos a ofrecerse por lo que el consumidor termina teniendo la capacidad necesaria de escoger a su elección. Así mismo, es importante señalar que la protección que debe brindar una marca debe ser en el sentido que las mismas estén orientadas a buenas prácticas comerciales (Bertone & De Las Cuevas, 2008).

Dentro del campo económico, la Comisión de la Comunidad Europea, mediante memorándum emitido en 1976 referente a la creación de marcas, señala el rol informativo que cumplen estas dentro de un mercado, puesto que en un mercado relevante el consumidor se encuentra con una variedad de productos finales con características similares que en ocasiones a simple vista no se distinguen sino por características de índole cualitativa, inclusive por su forma externa (Cabello, 2014).

El abuso de derecho de propiedad

El Derecho de competencia y el Derecho de propiedad intelectual en primera instancia no pueden relacionarse entre sí, por las diversas finalidades que persiguen cada uno de ellos. Ambos derechos son fundamentales para el desarrollo socioeconómico de un país, por lo que deben relacionarse dentro del ordenamiento jurídico, a pesar de que puedan existir entre ambas circunstancias que puedan generar controversias (Tassano, 2015).

Al estudiar al Derecho de competencia, es importante considerar las variables que se busca regular dentro de las normas antimonopólicas y prácticas comerciales, presentándose esta última noción como uno de los grandes retos del Derecho de competencia. Es importante señalar que la visión que se tenga referente a esta rama sea visualizada a través del derecho comparado, más que nada por la evolución que han tenido diferentes legislaciones en esta rama del Derecho, puesto que se ha creado nuevas normas que pretenden fomentar un desarrollo más eficiente frente a las infracciones en contra del Derecho de competencia (Álvarez-Londoño, 2008).

A nivel local, la normativa relacionada a propiedad intelectual tiene como finalidad velar por los derechos de esta área, señalando dentro de su contenido el

procedimiento para resolver los conflictos de interés particular que sobre ellos se presenten; no obstante, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dentro del artículo 9 concibe a la propiedad intelectual como una herramienta con la que podría desarrollarse un abuso del poder de mercado, puesto que la misma puede ser usada como elemento que puede propiciar prácticas anticompetitivas y desleales de interés general, generando una contraposición entre ambos derechos e inclusive crear confusión de atribuciones de los diferentes organismos facultados para conocer las controversias que se generen por los casos de práctica desleal u otro hecho que genere una posición de abuso dentro de un mercado por el uso de la propiedad intelectual (Superintendencia de Control de Poder de Mercado, 2013).

Para poder configurar un abuso de un derecho se deben tener en consideración dos condiciones simultaneas, una de ellas es que el comportamiento exceda los límites de la buena fe; y, que esta conducta exceda el fin para el cual el derecho fue concedido. Estas circunstancias deben ser consideradas bajo la regla de la sana critica y de conformidad a la regla de la razón en materia de derecho de competencia. Referente a los derechos de Propiedad Intelectual al ejercer el uso de los mismos de forma abusiva o distinta a las finalidades con las que se concibió dicho derecho se enmarcaría en un tipo de abuso de poder de mercado, para ello en esta rama y para la correcta identificación de los mismos se debe comprobar el mercado relevante del producto o servicio que es protegido por la Propiedad Intelectual (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, s.f.).

Una práctica que puede enmarcarse dentro de los abusos de un operador que es titular de un derecho de propiedad intelectual puede darse en el caso del otorgamiento de licencias del derecho que posee, condicionando o imponiendo contractualmente al ceder u otorgar sus derechos mediante la inclusión de cláusulas restrictivas que puedan afectar la estructura del mercado (Herrero, 2006). Otro caso, en que puede darse este tipo de abusos es cuando el titular de marca ha procedido con el registro de la misma con la intención de que sus competidores no puedan registrar la misma a su favor y poder mantener su mercado, más no con la finalidad de usar la misma en su beneficio comercial por lo cual no usa la misma, no obstante, dentro de la normativa local y legislación andina se prevé que ante la eventualidad del no uso de una marca por 3 años

sin causa justificable se puede proceder con la cancelación de la misma (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, s.f.).

Así mismo, se han presentado casos en los que los operadores económicos en conocimiento de las preferencias de los consumidores pueden abusar de dicha información proporcionándole a estos bienes o servicios mediante publicidad engañosa con la finalidad de conservar y/o aumentar la clientela que posee dicho agente. Ante ello, el derecho de competencia se presenta como un mecanismo a favor de la protección de los consumidores contra posibles abusos por parte de los ofertantes de los diferentes mercados. (Arias, 2014).

El abuso del derecho de marca puede ser considerado como un mecanismo de manipulación dentro de un mercado. Generalmente, el enunciado antes expuesto corresponde a la posición relevante que posee un operador dentro del mercado, quien tiene la titularidad de marcas con un buen posicionamiento dentro este, lo cual prima facie podría provocar en el mismo una concentración económica y por ende un posición privilegiada a favor de su titular, no obstante el posicionamiento que ha tenido la marca puede ser el producto de características propias que la destacan de los bienes y servicios poseedores de esta (Bertone & De Las Cuevas, 2008). Sobre este tipo de casos, el Tribunal de Justicia Europeo a través del asunto 26/76, conoció entre otros puntos, la infracción de un operador económico en utilizar el posicionamiento privilegiado de una marca para la realización de práctica anticompetitivas. Como resultado de la publicidad realizada a la marca, el producto que contenía esta era solicitado por los consumidores frente a otros productos de las mismas características a pesar de la diferencia de precios existentes. La práctica anticompetitiva realizada por el operador fue la inclusión de condiciones contractuales que limitaban el libre comercio del producto ya sea con la marca propia del producto como sin esta, para lo cual el operador económico argumentó que se buscaba proteger la marca bajo la regulación de las condiciones antes citadas; así mismo, la diferencia de precios entre los productos contaba con una diferencia considerable frente al de los demás competidores. Por lo antes expuesto, el Tribunal pudo señalar, entre otros, que la posición dominante del operador económico se encontraba directamente beneficiada por la consolidación de la marca dentro del mercado europeo.

Es importante señalar que a nivel dentro de la Decisión Andina número 608 referente a la libre competencia no se encuentran detalladas conductas que pueden ser consideradas como tipos de abuso de poder de mercado descartando dentro de la misma que la Propiedad Intelectual sea considerada como tal. Así mismo, dentro de la Decisión Andina 486 referente al Régimen común de Propiedad Industrial se determina que dentro de esta rama se identifica a la competencia desleal en los presupuestos señalados dentro de la normativa que básicamente son actos deshonestos y contrarios al uso de dicho derecho. Para ello establece taxativamente los casos de este tipo de prácticas que son: el engaño al inducir a los consumidores al error, confusión y aseveraciones falsas.

Inicialmente a nivel doctrinal, se señalaba que el derecho de propiedad intelectual podía ser funcional a un abuso de poder de dominio, ya que gozar del mismo permite una exclusividad frente a terceros. En la actualidad tanto el derecho de competencia estadounidense como el europeo rechazan dicha premisa, toda vez que la protección de los mismos recae sobre el bien o creación protegida. Adicionalmente, existen generalmente dentro del mercado otros bienes y servicios de otros proveedores que compiten entre sí por lo que decrece la dependencia del consumidor con determinado producto (Herrero, 2006).

Concentración Económica

Los operadores que forman parte de un mercado, dentro del ejercicio de su desarrollo pueden optar por fusionarse con otras compañías con la finalidad de lograr un mejor desenvolvimiento de su negocio, sin embargo, esta decisión puede traer consigo tanto efectos positivos como negativos dentro de los mercados, siendo una de las situaciones más complejas dentro de la libre competencia (Agüero, 2010).

A nivel local, la Superintendencia de control de Poder de Mercado conoció sobre la autorización de un proceso de concentración dentro del mercado Cervecerero. Sobre dicho proceso, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de conformidad al Expediente número SCPM-CRPI-2016-017 al tratar sobre la fusión de un operador económico mediante la compra de

acciones resolvió la subordinación de dicha adquisición mediante imposición de diversas condiciones para que se lleve a cabo la misma. La argumentación de dicha decisión expuso, entre otros aspectos, que el operador que adquiere las acciones en el porcentaje ahí señalado ocasiona que el valor de la concentración que se genera sería mayor al umbral mínimo establecido para el sector, pudiendo fortalecer su posición de dominio y afectando el ingreso de otros competidores y/o la libre competencia. Entre las condiciones resueltas por la Comisión para admitir la adquisición del porcentaje de acciones, se encuentra entre otras, la venta obligatoria de determinadas marcas, así como el otorgamiento de licencias obligatorias de otras, y otros derechos relacionados con la comercialización, producción, distribución know how, entre otros.

Sobre esta Resolución se presentó un Recurso de Reposición y ante la negativa de la misma se solicitó la apelación de esta cuyo contenido consta dentro del Expediente SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS. Entre los temas revisados dentro de dicho expediente consta que las medidas de desinversión enunciadas dentro de la Resolución SCPM-CRPI-2016-017 son de índole estructural y comportamentales. Así mismo, se tomó en consideración que las condiciones impuestas referente a la venta y licencia de determinadas marcas no resultaría suficientemente atractivas para que se pueda cumplir con el presupuesto de lograr la intervención de un nuevo operador dentro del mercado cervecero, toda vez que las marcas señaladas dentro de la medida no mantienen dentro de este mercado una cuota significativa que las haga lo suficientemente atractivas para ser adquiridas por un potencial comprador, por lo que se resolvió incluir una nueva condición para el proceso de fusión estableciendo la venta de una marca con un mejor posicionamiento dentro del mercado para poder disminuir el riesgo de que no se cumpla el mecanismo optado para el ingreso de un nuevo operador dentro del mercado, ya que al poner a disposición una marca que tenga una marca altamente reconocida dentro del mercado equivaldría a quien adquiriera la misma cuenta con una cuota asegurada dentro del mercado y a su vez ejercer una posición competitiva frente al operador económico que está por concentrarse. Adicionalmente, dentro del expediente se consideró que la autoridad en materia de Derecho de competencia debe procurar que el nuevo operador mantenga una estabilidad a largo plazo ya que no resultaría beneficioso que sea excluido del mercado por falta de utilidad.

Referente a la inclusión de la medida de que se enajene una marca con un mejor posicionamiento a nivel del mercado, se interpuso una acción de protección cuyo número de Proceso Judicial corresponde al 09332-2016-10714 en donde se determinó que la resolución optada por la autoridad de derecho de competencia no contaba con una determinación clara de la normativa aplicable en la cual base su la condición optada. Así mismo, se señala que correspondía a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado la carga de la prueba ante lo cual dicha entidad señaló que las medidas optadas tenían motivación técnica para lo cual se considera dentro de la sentencia que ningún criterio técnico puede reemplazar a los presupuestos constitucionales. La Resolución de la sentencia antes señala fue declarar la nulidad de la condición incluida dentro del expediente SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS referente a la inclusión una nueva condición para la autorización de la fusión de los operadores económicos señalados en el expediente SCPM-CRPI-2016-017.

El diseño de control de concentraciones busca revisar los riesgos que traen consigo bajo la óptica de libre competencia al menor costo social posible, con la finalidad de excluir aquellas situaciones que van en contra de la libre competencia. Los sistemas que se usan en este tipo de diseños pueden ser de carácter voluntario, obligatorio, apriorísticos, ex post y mixtos, se presentan como mecanismos a utilizarse dentro de las prácticas de concentración, teniendo cada uno de estos ventajas y desventajas. Referente al sistema obligatorio, en primera instancia se encasillaría como restrictivo para el desenvolvimiento de negocios, no obstante, podría ser distinto si el mismo establece reglas claras, seguridad jurídica y faculta la implementación y desarrollo de mecanismos de mitigación (Nehme & Mordoj, 2012).

Indistinto de las posibles conductas anticompetitivas que se presenten, se debe tener en consideración las consecuencias que estas produzcan ya sea de forma negativa o positiva; ante ello, para el establecimiento de un mercado relevante no solo se deben tener en consideración los bienes y servicios si no del tipo de conducta u operación de que se trate. Entre otras, la conducta de concentración de empresas, dentro del ámbito de competencia busca determinar el impacto que tendrá la nueva empresa dentro de un mercado referente al poder que tenga esta en el mismo (Marín, y otros, 2012).

Dentro de la normativa de competencia, se establece que para la autorización de concentraciones económicas siempre y cuando cumplan los presupuestos establecidos dentro del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de poder de Mercado, corresponde a la Superintendencia de Control de poder de mercado conocer sobre las mismas, pudiendo para el efecto en virtud del estudio y análisis a realizarse facultar dicha transacción, negarla o subordinarla. Los criterios de estadecisión se encuentran identificados dentro del artículo 25 de la ley antes citada en donde entre otros se debe identificar la situación del mercado relevante, el poder de mercado del agente económico y sus competidores, la libertad de concurrencia de conformidad a la estructura del mercado y la determinación de la situación que se generare a partir de la concentración. Así mismo, el artículo 73 establece que la Superintencia de Control de poder de mercado podrá imponer medidas correctivas con el objetivo, entre otros, impedir, corregir, restringir una conducta contraria al Derecho de Competencia, mismas que pueden consistir en cese de la práctica, actividades que restablezcan el proceso competitivo así como la inoponibilidad de cláusulas anticompetitivas.

La autoridad competente al momento de determinar una medida para contrarrestar los efectos de las concentraciones económicas debe realizarlo con la finalidad de preservar la competencia sin perjudicar o beneficiar a los operadores de los mercados. Así mismo, este tipo de medidas deben emplearse en función de la concentración empresarial, pero en líneas generales la misma debe: ser una solución para el problema de concentración presentado, no debe crear un nuevo problema dentro del mercado afectado o dentro de otro, implementarse eficaz y rápidamente; y, ser especificado al punto de ser evaluado por la autoridad que conozca sobre este (Alfaro, 2012).

Dentro de la doctrina se han identificado dos tipos de soluciones o medidas de mitigación para los casos de concentración, teniendo por un lado las denominadas estructurales que buscan redistribuir los derechos de propiedad mediante desinversiones totales o parciales; y por otro, las de conducta que corresponden aquellas medidas que no limitan los derechos de propiedad de las operadores que forman parte de la fusión sino que corresponde a un compromiso por parte estos para que no abusen de los activos que poseen. En relación a estas medidas, existe una mayor aceptación y adopción de las medidas estructurales frente a las de comportamiento en vista de que son consideradas

precisas ya que mediante esta se asigna una cuota del mercado a otro operador, de forma rápida directa y eficaz; y no requieren de un monitoreo posterior por parte de la autoridad competente como ocurre con la otra medida (Agüero, 2010).

Referente a este tipo de medidas, se ha identificado que los procesos de desinversión no se presentan como una solución tan efectiva como inicialmente se prevé. En primer lugar, el mecanismo no surte con los efectos deseados hasta que la medida sea ejecutada, lo cual no siempre ocurre de forma inmediata. Otro punto a considerar es la eficiencia que tendrá el comprador de los bienes objeto de desinversión por la poca capacidad que tenga, ya sea por conocimiento o por no tener los medios apropiados para poder producir de manera eficiente. Así mismo, la identificación de un comprador óptimo que pueda competir eficientemente dentro de un mercado puesto que existe el riesgo de que el operador obligado a la venta con el afán de no poner en riesgo su negocio puede que no opte por considerar un comprador óptimo (Alfaro, 2012).

El estado puede tomar decisiones para poder contrastar las posibles distorsiones que pueden ir en contra de la eficiencia social. Dentro del ámbito de la propiedad intelectual, las licencias obligatorias de patentes se presentan como un mecanismo de contrarrestar posibles abusos de mercado; no obstante, dicha solución deberá tomarse en virtud de otros factores que previamente deberán ser determinados por la ley, puesto que el recurso antes mencionado permite el uso de las patentes sin la autorización de su titular, por lo que de no cumplir con las condiciones mínimas determinadas en la normativa podría representar una repercusión económica negativa en contra del titular de dicho derecho desmotivando la inversión en innovación. Adicionalmente, este tipo de licencias obligatorias son viables a más de corregir una práctica competitiva como un mecanismo para dar una solución a un tema de interés público, emergencia o seguridad nacional (Tassano, 2015). A nivel económico, las licencias obligatorias en los casos de propiedad intelectual deben ser otorgadas en los supuestos de que exista una situación en donde el bienestar de los consumidores sea superior a los efectos que se generarían en contra de los incentivos que genera la protección del derecho de propiedad intelectual (Piedrahita & Cascón, 2012)

Sin embargo, el derecho de licencia obligatoria de marcas se encuentra expresamente prohibido dentro del artículo 21 de las Acuerdo sobre los Aspectos de los

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ya que resulta complicado por establecer una justificación válida para que se otorgue este tipo de imposición, inclusive, podría señalarse que tomar esta medida podría considerarse como un mecanismo de engaño para los consumidores al creer que la marca sigue siendo del titular de esta o que ha sido cedida bajo el consentimiento (Pacón, 1999).

Así mismo, se debe considerar que la intervención de la autoridad competente al limitar o beneficiar el acceso a la innovación e inversión referente a temas de propiedad intelectual, con el afán de incentivar el dinamismo dentro de un mercado a favor de los consumidores y evitar comportamientos anticompetitivos el derecho de competencia imponiendo como medida la concesión de licencias obligatorias, va en contra del incentivo ex ante propio de la propiedad intelectual de poder excluir a terceros del derecho conferido al titular del mismo.

El derecho de marca al igual que el derecho de competencia buscan poder dinamizar la economía a través de la protección de bienes y servicios que se encuentren protegidos jurídicamente dentro del mercado. Si bien dentro de los derechos de propiedad intelectual se puede identificar a la innovación mediante el registro de patentes a favor del progreso y desarrollo en beneficio de la sociedad, el derecho de marca, al contar con una característica individualista, se presenta en términos económicos como una figura dinámica a nivel comercial y para los consumidores como un mecanismo de protección (Arias, 2014). Así mismo, el derecho de marca puede ser considerado como un mecanismo de la competencia, toda vez que la distintividad que esta le otorga a los bienes y servicios permiten que compitan frente a otras marcas por su sola exposición al público permitiéndole el poder de elección (Otamendi, 2012).

El derecho de competencia debe asegurar y motivar dentro de los mercados eficiencias dinámicas con el fin de correlacionarse con las finalidades de los derechos de propiedad intelectual, que no es otro que la innovación que se traduce finalmente en el bienestar de la sociedad. Bajo este precepto, cuando exista algún tipo de conflicto en materia de competencia, la autoridad que conozca al respecto debe tener en consideración las características propias de cada mercado. A pesar de ello, no se descarta la existencia de defectos que pueden ser favorables a conductas anticompetitivas mediante el uso del derecho de propiedad intelectual, ya sea mediante

el uso indebido del poder que posee dentro de un mercado o intervenir dentro del normal funcionamiento del mercado para lo cual se debe identificar claramente el conflicto existente con el fin de que se restablezca la eficiencia dentro del mercado sin anular el derecho de propiedad intelectual (Piedrahita & Cascón, 2012).

Adicionalmente, se debe considerar la relevancia la sustituibilidad de la demanda y oferta dentro de determinado mercado, lo cual influye directamente en la cuota en la que se haya distribuido este; así como, las barreras de entrada que exista dentro del mismo. Ante ello, no siempre la propiedad intelectual debe ser considerada como una herramienta para el abuso de mercado, ya que para que se califique a esta conducta, se deberá enmarcar en algún tipo de comportamiento abusivo que sea determinado como tal conforme la normativa pertinente (Gómez, 2003). Sobre las barreras de entrada que puede existir dentro de un mercado pueden ser de índole natural o estratégicas. La primera corresponde a aquellas que se originan por características básicas de la industria en que se desarrollen tales como tecnología, demanda, costos, entre otros; variables que no son controladas por los agentes del mercado por lo que no pueden ser alteradas ya que corresponden a la misma estructura del mercado; mientras que las segundas son aquellas que se crean por el propio operador económico quien las realiza para evitar la entrada de un competidor (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, s.f.).

Así mismo, es importante recalcar que el Derecho de competencia debe utilizarse solo en caso excepcionales en donde se haya comprobado el uso de una invención por un uso abusivo de los derechos de propiedad intelectual; es por ello que el campo de acción del Derecho de competencia debe establecerse claramente, ya que un exceso o la intromisión excesiva contra la propiedad intelectual podría tener efectos negativos en el desarrollo de la invención ya que esto equivaldría a una invasión desmedida a los derechos intrínsecos de la propiedad intelectual, lo cual desmotivaría a la innovación que a largo plazo beneficia a los consumidores (Marín-Tobar, 2017).

La normativa referente a propiedad intelectual realiza ex ante la evaluación de los derechos que se originan a partir de esta, no solo en beneficio del titular de estos, sino también considerando los límites de los mismos a favor de la libre competencia y la disposición a favor de la ciencia. A pesar de esto, este tipo de facultades pueden verse

contrarias cuando el titular de este derecho ejerza las mismas y produzca eficiencias contrarias al bienestar de los consumidores y en contra de la innovación, por lo que para evitar las mismas, el derecho de competencia cumpliría el rol de regular dichas conductas (Piedrahita & Cascón, 2012).

Análisis

Dentro de la normativa vigente en materia de competencia, una de las finalidades que se persigue es el bienestar de los consumidores mediante la regulación de la competencia dentro de los mercados locales; así mismo, ha incluido dentro de su contenido la identificación de la propiedad intelectual como una forma de abuso de posición de dominio. Para poder determinar el objetivo antes expuesto, se debe considerar la eficiencia dentro de los mercados con la finalidad de que exista una correcta distribución de la asignación de costos de los bienes y servicios que se ofertan a favor de los consumidores.

La determinación de la eficiencia dentro de los mercados ha tenido una evolución importante. Existen corrientes doctrinarias que han desarrollado sus teorías en torno a la intervención estatal como herramienta para corregir aquellos factores que terminan afectando al mercado, teniendo por un lado la premisa de que es necesaria la intervención estatal para tal efecto; así mismo, existen otros criterios que establecen la auto regulación del mercado, sin que exista dicha intervención, presentando a la auto regulación como suficiente.

En líneas generales, el Derecho de competencia tiende identificar en primera instancia a las eficiencias de forma estática bajo el modelo de la existencia de varios ofertantes para conseguir a su vez precios menores, no obstante se ha identificado que dentro de los mercados se debe considerar la innovación para favorecer la creación de nuevos productos y servicios que a largo plazo terminan beneficiando a los consumidores, ante ello la competencia debe ser considerada como dinámica; sin embargo, a partir de esta consideración se puede presentar algún tipo de conflicto entre el Derecho de competencia y la propiedad intelectual, al ponderar el rol regulatorio del Estado frente a prácticas definidas normativamente como de carácter desleal, ya que al ejercer sus potestades el Estado puede restringir el ejercicio o limitar negativamente el derecho que ha sido conferido por la propiedad intelectual, provocando a su vez que las

condiciones con las que se le otorguen puedan afectar el incentivo de los creadores de invenciones, al no tener garantizada la libre disposición de su creación que le fuere otorgada al momento de concederle el derecho, no solo limitando los ingresos que puede conseguir por ser titular de los mismos, sino porque pueden existir costos que son más altos que el proceso propio de sus invenciones.

Dentro del campo de la propiedad intelectual y el Derecho de competencia, las marcas cumplen un rol importante. A nivel económico se ha podido determinar la importancia que tienen las mismas a favor de los titulares de estos por los réditos económicos, así como la potestad de prohibir a terceros el uso de las estas sin la autorización respectiva de su titular, ante lo cual el Derecho de propiedad intelectual cumple el rol otorgar y proteger los derechos de los propietarios de los mismos, logrando para esto que resulte atractivo seguir creando nuevas invenciones. A su vez, a nivel del Derecho de competencia, las marcas se presentan como un mecanismo de identificación a favor de los consumidores al poder diferenciar un producto o servicio entre varios ofertantes en determinado mercado, permitiendo ante ello el dinamismo dentro del mismo.

No obstante, si bien es cierto, las marcas y en sí el Derecho de propiedad intelectual cumplen un rol importante dentro de la economía, también pueden darse casos en que este tipo de derechos sean usados por parte de sus titulares para recurrir al ejercicio de prácticas competitivas de carácter desleal, en especial cuando el propietario de este derecho posee una posición privilegiada dentro del mercado, lo cual podría ser enmarcado como un abuso del derecho que posee, toda vez que el objeto de los operadores económicos es poder encontrar el mecanismo más ventajoso para poder tener mayores ganancias o para poder excluir a un tercero registrando una marca con este fin más no con el objetivo de usarlas comercialmente; así mismo, para los casos en que, como consecuencia de un posicionamiento privilegiado de una marca el titular de la misma, imponga, a nivel contractual, a otros operadores que cumplan el rol de proveedores o inclusive a los consumidores, condicionando la libre competencia en la adquisición de productos y servicios.

A su vez, otras legislaciones como la europea han descartado el modelo de competencia perfecta, en vista de que se ha identificado que no todos los mercados poseen las mismas estructuras, desarrollando en este sentido el modelo de competencia eficaz -workable competition- que corresponde a los parámetros mínimos que deben

existir dentro de un mercado para que no se pueda distorsionar el ingreso de nuevos agentes económicos dentro de este, y no la imposición forzada de un modelo de competencia perfecta en un mercado, que, como todo modelo teórico, no posibilita una verificación empírica.

El ejercicio absoluto del Derecho de propiedad intelectual, al otorgar un derecho exclusivo frente a terceros, bajo determinados supuestos puede ser calificado como un abuso de poder por dicha atribución; no obstante legislaciones como la europea y estadounidense rechazan dicha concepción en vista de que la exclusividad recae sobre el derecho más no sobre el producto servicio ofertado dentro del mercado. Por otro lado, es importante tener en consideración que, dentro del Derecho de marcas, la posición privilegiada que pueda llegar a tener esta dentro de un mercado corresponde a características propias de la misma.

Dentro de las Decisiones Andinas referente Libre Competencia y Propiedad Industrial no se ha señalado que esta última sea considerada como un abuso de posición de dominio si no más bien se enmarca en el hecho de poder ser usada o considerada como una práctica desleal, no obstante a lo largo del trabajo se ha podido identificar que existen conductas que pueden privilegiar a los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a sus competidores. Ante ello puede revisarse dentro de otras legislaciones como la Europea u la anglosajona sobre este tipo de procesos para poder identificar las medidas a optarse más que nada por la evolución que ha tenido la competencia y el rol de la eficiencia dinámica dentro de los mercados a través de la innovación.

Así mismo, es importante considerar el modelo económico que actualmente rige con base en nuestra legislación. A nivel constitucional, se ha reconocido a la propiedad en todas sus formas, incluyéndose dentro de esta a la propiedad privada y a la propiedad intelectual, sin embargo, establece como delimitación para todas estas formas la necesidad de que cumplan una función y responsabilidad social y ambiental –Art. 66, numeral 26, de la Constitución de la República del Ecuador-. En concordancia con este particular, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación establece de manera limitante que los derechos de propiedad intelectual deben ser aplicados en función a lo establecido dentro de la Constitución y además se debe velar por la protección del consumidor y de la libre competencia, evitando a su vez la competencia desleal.

A nivel económico, en función a las necesidades de las empresas, estas pueden evaluar la posibilidad de fusionarse con otros agentes económicos. Si bien es cierto, este tipo de decisiones depende de la situación de determinado mercado, también puede presentarse como uno de los mecanismos para ejercer algún tipo de abuso de poder de mercado, por lo que no se puede adjetivar dicha conducta sin antes haber efectuado un análisis referente a la realidad económica, no solo de los operadores económicos que están por realizar dicha transacción, sino a miras del impacto que ha de suscitarse dentro del mercado en que dichos operadores desarrollan su actividad.

En el Expediente número SCPM-CRPI-2016-017, la autoridad competente consideró la viabilidad de autorizar la adquisición de un paquete accionario a favor de uno de los operadores económicos con mayor posición dentro del mercado en que efectúa sus actividades económicas, para ello estableció una serie de condiciones que, a criterio de la autoridad competente, pueden ser consideradas como mecanismos viables para que permitan contrarrestar los efectos propios de una concentración económica, propia de dicha operación, disponiendo para el caso concreto la inclusión de colocar como medida la venta y licencia obligatoria de determinadas marcas, con el fin de evitar algún tipo de ventaja competitiva e inclusive abuso de poder de mercado. La justificación de la autoridad competente sobre la toma de las medidas antes enunciadas son de carácter técnico sin poder justificar dentro de los procesos que se han conocido dentro del presente trabajo la motivación a través de la normativa que relacione las medidas optadas sobre el derecho de marca con lo que se podría estar vulnerando los derechos de los titulares de los mismos.

La intervención estatal dentro de los temas de competencia se encuentra justificada para poder contrarrestar las posibles prácticas que vayan en contra del correcto funcionamiento de los mercados, sin embargo bajo esta facultad no puede tomar medidas que restrinjan otros derechos como los de propiedad intelectual por lo que resulta necesario la identificación y toma de medidas de mitigación ante una posible infracción, puesto que no todos los mercados funcionan ni se manejan de la misma forma así mismo no toda conducta puede ser calificada como tal.

La venta de un derecho de propiedad intelectual como mecanismo eficiente para poder contrarrestar posibles infracciones dentro de los mercados, no puede resultar como la solución frente a este tipo de inconvenientes, si bien la medida en primera instancia se presenta como una alternativa de poder asignar a otros agentes económicos

un bien que le permita competir no existe garantía del uso eficiente de dicha adquisición como en efecto pudiera realizarlo titular inicial de dicho derecho; así mismo puede presentarse el caso de que no existan otros operadores que se encuentren interesados en la adquisición de esta propiedad, lo cual dilataría el proceso de ejecución de la medida, no cumpliendo la finalidad que busca la imposición de la medida de forma eficaz.

Por otro lado, es importante considerar que, en lo que respecta a la medida de licencias obligatorias del derecho de marca, este particular se encuentra tácitamente prohibido dentro de las Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio en virtud de que a nivel de los derechos de marca no se encuentra una medida que amerite la imposición de esta medida, en contraste de lo que ocurre con el tema de patentes que contempla factores tales como interés público, emergencia o seguridad nacional, así como los determinados dentro de la ley, para que pueda optarse por tomar a la licencia obligatoria como medida de mitigación.

Por otro lado, al momento de tomar una medida para poder subsanar algún tipo de abuso dentro de un mercado en primera instancia se debe determinar de conformidad con la estructura propia del mercado en que es objeto de análisis; así mismo, las medidas a optarse deben ser orientadas como una solución para la supuesta ineficiencia que pudiese presentarse dentro de un mercado producto de las prácticas anticompetitivas a la que se presente, sin vulnerar o anular otro derecho, como es el caso del derecho de propiedad intelectual, mismo que puede verse afectado si se obliga a transferir el dominio del mismo o exista la imposición de que se otorguen licencias de carácter obligatorio.

Conclusiones

En líneas generales el Derecho de competencia y el de la propiedad intelectual comparten como finalidad el bienestar de los consumidores dentro de los mercados, por lo que existe una relación que puede ser correlativa entre los mismos; no obstante, estas ramas también poseen objetivos y finalidades propias que pueden traer consigo dificultades para que coexistan, sin que se presente una afectación que vulnere a uno de ellos.

Se ha identificado la importancia que tienen los derechos de propiedad intelectual en especial el Derecho de marca dentro del campo económico y el rol de protección a favor de los titulares de este derecho; sin embargo, existen procedimientos que pueden limitar este tipo de derechos con el afán de encontrar un correcto funcionamiento del mercado, cuando se haya identificado algún tipo de práctica o conducta que termine afectando el bien jurídico protegido por el Derecho de competencia y que se encuentre regulada dentro del contexto señalado en la normativa relacionada a la materia.

Las concentraciones empresariales pueden ser consideradas como un riesgo para la libre competencia, por lo que la toma de medidas por parte de la autoridad competente, para contrarrestar los posibles efectos, se presenta como una alternativa; no obstante, no toda medida se presenta como una solución y más aún cuando se limite o restrinja el ejercicio de algún derecho. En el caso revisado dentro del presente trabajo de conformidad a las resoluciones optadas por la autoridad competente en materia de derecho de competencia se tomaron en consideración medidas que incluían la limitación del derecho de propiedad intelectual sobre determinadas marcas con la finalidad de que al existir una alta concentración dentro del mercado cervecero se motive la inclusión de un nuevo operado con la finalidad de que exista mayor competencia y dinamismo dentro del mismo, no obstante la medida fue visualizada desde el punto de vista técnico sin tomar en consideración las disposiciones legales referente a las marcas ni tomando en consideración si en efecto las medidas serían las más eficientes para poder contrarrestar los efectos de la concentración que se iba a formar producto de la fusión por adquisición de acciones. Así mismo, la decisión tomada por la autoridad competente va en contra de una disposición tácita del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que prohíbe las licencias obligatorias por lo que la medida optada carecería de validez toda vez que la disposición determinada dentro de la normativa internacional antes expuesta está jerárquicamente por encima de las disposiciones en el caso de que las hubieren dentro de la ley, puesto que dentro de nuestra legislación solamente se hace referencia a las licencias obligatorias en temas de patentes por la naturaleza de las mismas.

Por otro lado es importante poder identificar los aspectos positivos que puede tener la propiedad intelectual dentro de un mercado, no solo desde el punto de vista de la innovación y la relación con el desarrollo económico que esta representa. Dentro del

derecho de marcas, por la naturaleza de las mismas se brinda a determinado producto o servicio una identificación propia lo cual permite que se diferencie de otros de similares características, con ello el consumidor tiene varios ofertantes dentro de un mercado y la opción de escoger dentro del mismo. Ahora bien, retomando las medidas optadas en el caso tratado, obligar a un agente económico a que venda o licencia de manera obligatoria un producto podría generar confusión dentro del consumidor que adquiere el mismo puesto que relaciona a la marca con el proveedor de dicho bien o servicio y no se puede garantizar que el nuevo titular del derecho continúe con las mismas características del producto como por ejemplo la calidad de los mismos.

Es importante que, las medidas que considere la autoridad de competencia como mecanismo preventivo, deban ser claramente identificadas y que vayan en función de cada mercado que es objeto del análisis respectivo, revisando los puntos a favor o en contra de cada una, ya que un desequilibrio vulneraría otro derecho e inclusive se podría considerar como una medida poco eficiente para lograr la solución pretendida, toda vez que los mercados tienen estructuras distintas en cuanto a su desarrollo, intervinientes, barreras de entrada entre otros.

Así mismo, a pesar de que existen situaciones en donde se puede presentar algún tipo de abuso por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual, no se puede generalizar a esta como un abuso de posición de dominio, para ello se deben identificar las conductas que el titular de ese derecho realice para poder determinar si se trata de un abuso de derecho y que van en contra de la libre competencia. Dichos comportamientos deben ser realizados de mala fe o que sean utilizadas de forma contraria al fin que se le ha dado a dicho derecho; más no va relacionado al hecho de alguna ventaja competitiva que tenga el derecho de propiedad intelectual producto del desarrollo e inversión que este ha adquirido.

Por otro lado, sería recomendable que dentro de la normativa vigente o mediante la expedición de resoluciones de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado exista parámetros que permita tener lineamientos claros para tratar temas de medidas de mitigación que permitan relacionarse con los informes técnicos que se usen para el efecto.

Referencias bibliográficas

- Abad, M. Y. (2014). Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias. *Revista de Derecho Económico*, (76), , 11-60.
- Agüero, F. (2010). Rol de las medidas de mitigación o condiciones Impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: un análisis aplicado al sector retail. *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*.
- Alfaro, M. D. (2012). Medicinas que no curan: el problema de la ineffectividad de los remedios en las concentraciones empresariales. . *THEMIS: Revista de Derecho*, (61),, 55-64.
- Álvarez-Londoño, L. F. (2008). Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina. *Vniversitas*, 247-262.
- Arias, F. (2014). DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA y DERECHO DE MARCAS:¿ Una auténtica tensión jurídica? *Principia Iuris*, 11(11).
- Arias, F. (2014). EL DERECHO DE MARCAS FRENTE A LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE LA COMPETENCIA. . *Principia Iuris*, 12(12).
- Beltrán-Morales, L. F., Almendarez-Hernández, M. A., & Jefferson, D. J. (2018). El efecto de la innovación en el desarrollo y crecimiento de México: una aproximación usando las patentes. . *Problemas del desarrollo*, 49(195), , 55-76.
- Bertone, L. E., & De Las Cuevas, G. C. (2008). *Derecho de Marcas, vol. i, t. i*. Buenos Aires: Heliasta.
- Bocanegra, C. E. (2014). Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120), 181-219.
- Cascón, F. C. (2014). Estandarización, propiedad intelectual y derecho de la competencia. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, (35), 311-320.
- Europea, U. Comunicación de la Comisión, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Diario Oficial de la Unión Europea n C, 372, 0005-0013.
- Ghersí, O., & Arosemena, F. (s.f.). LA REGLA DE LA RAZÓN Y CONDUCTAS PER SE ILEGALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECUATORIANO: REFLEXIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO.
- Gómez Velasco, X. (2003). Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica. *Foro revista de derecho*.
- Herrero, C. (03 de 02 de 2006). Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la

competencia comunitario europeo. En *Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación. Volumen VI*. Dykinson. Obtenido de <http://vlex.com/vid/comparativo-antitrust-estadounidense-294678>

- Jaramillo, D., Esparza, E., Freire, R., & Abril, V. (2016). *El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el Derecho de Competencia ecuatoriano: Una propuesta metodológica de análisis*.
- Jiménez, D. (s.f.). El sistema jurídico ecuatoriano y la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado, breve conocimiento del procedimiento y mecanismos alternativos al procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia. En *Apuntes de Derecho de Competencia*.
- Marín, M., Durand, J., Diva, Á., Ojeda, T., Ríofrío, J., Jaramillo, F., & Barzallo, J. (2012). *Régimen de Competencia*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marín-Tobar, L. (2017). La convergencia entre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia al amparo de la legislación ecuatoriana. *Advocatus*, (34), 321-326.
- Mongua, J. F., & Rodríguez, J. A. (2013). El análisis económico del derecho de los activos intangibles: costos de transacción. *Criterio Jurídico Garantista*, 5(8), 98-123.
- Morales, A. A. (2016). Crítica semiótica al derecho de marcas. *Signa: Revista de la Asociación Española de Semiótica*, (25), 373-384.
- Nehme, N., & Mordoj, B. (2012). Diseños institucionales de control de concentraciones. *Estudios Públicos Revista de Políticas Públicas*, 87-137.
- Ojeda, T. (s.f.). CONSIDERACIONES Y CONCEPTOS PRINCIPALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA LEY ORGÁNICA DE CONTROL DEL PODER DEL MERCADO EN EL ECUADOR. En S. D. MERCADO, *APUNTES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA* (págs. 57-68).
- Otamendi, J. (2012). *Derecho de marcas, Octava edición*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pacón, A. M. (1999). IMPLICANCIAS DE TRIPS EN EL DERECHO DE MARCAS. *Temas de derecho industrial y de la competencia* (3), 177-212.
- Pedraza Córdoba, J. D. (2012). La delimitación conceptual de la competencia efectiva en el marco del régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas.
- Pérez, E. (2013). Mercados relevantes como un método poco riguroso en la determinación de poder de mercado. *USFQ Law Review*, 1(1), 9.
- Piedrahita, C. A. (2013). LA INNOVACIÓN SUBSIGUIENTE COMO LÍMITE ECONÓMICO PARA LA VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE RELACIONADO CON LAS NEGATIVAS A CONTRATAR O LICENCIAR. *Vniversitas*, (126), 269-298.

- Piedrahita, C. A., & Cascón, F. C. (2012). Regulación "ex ante" y control "ex post": la difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 307-330.
- Reyes Blanco, O. (2014). Teoría del Bienestar y el óptimo de Pareto como problemas microeconómico. . *REICE Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas*, 2(3), , 217-234.
- Roca, S., & Rojas, J. (2007). *Propiedad Intelectual y comercio en el Perú: Impacto y agenda pendiente*. . ESAN Ediciones.
- Rojas, L. (2015). Conceptualización y análisis del agotamiento del derecho de marca en la Comunidad Andina de Naciones. *Administración y desarrollo* 45 (1), pp. 25-38.
- Romero, M. F. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. *Revista CES Derecho*, 6(1), 111-122.
- Ruiz, G. (2000). Definición de mercado relevante y políticas de competencia. *THEMIS: Revista de Derecho*, (41), 297-310.
- Sánchez, H. A., & Álvarez, J. R. (s.f.). La marca: un intangible con alto valor comunicacional.
- Schmitz, C. (2012). Distintividad y uso de las marcas comerciales. *Revista chilena de derecho*, 39(1), 9-31.
- Servicio Nacional de Derechos Intelectuales. (s.f.). Obtenido de <https://www.derechosintelectuales.gob.ec/biblioteca/>
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. (2013). Propiedad Intelectual y Competencia. *XVIII SEMINARIO INTERNACIONAL "PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA"*.
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. (2016) Expediente número SCPM-CRPI-2016-017 Obtenido de <http://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-CRPI-2016-036-CHIFA-01-08-2016.pdf>.
- Tassano, H. (2015). La convergencia entre el derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual. *Derecho PUCP*, 237-248.
- Tejedor Estupiñán, R. A., Gil León, J. M., & Tejedor Estupiñán, J. M. (2018). . Derechos de propiedad intelectual (DPI) y crecimiento económico: una revisión. . *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 26(1), , 225-243.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. U. Externado de Colombia.
- Vera, L. (2017). *Derecho Marcario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Jurisprudencia

STJCE de 14.2.1978, asunto 27/76. United Brands Company contra Comisión Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027>

STJCE de 25.10.77 , asunto 26/76. Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0026&qid=1559019772657&from=ES>

Normativa

Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial 440.

Asamblea Nacional. (2011) Ley Orgánica De Regulación y Control Del Poder De Mercado. Registro Oficial 555

Asamblea Nacional. (2016) Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación Registro Oficial 899

Andina, C. (2000). Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial (1 diciembre 2000).

Andina, C. (2005). Decision 608. Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en La Comunidad Andina (15 julio 2005).