



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

**EL CASO DE UBER ANTE EL DERECHO  
ECUATORIANO: ¿POSIBLE COMPETENCIA  
DESLEAL?**

Autora:

**Ana Sofía Vergara González**

Director:

**Dr. Esteban Francisco Coello Muñoz**

**Cuenca – Ecuador**

**2024**

## **DEDICATORIA**

Esta tesis está dedicada al ángel de mi vida, mi papi, Oswaldo Vergara, quien, aun en su ausencia física, fue mi mejor compañía y ejemplo durante este recorrido. Gracias por confiar en mis capacidades hasta el final, todos mis logros son gracias a usted y su amor incondicional.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi familia, en especial a mi persona favorita, mi abuelita, mi mayor ejemplo de superación, gracias por apoyarme incondicionalmente en todo momento.

A mis profesores, los doctores Esteban Coello Muñoz y Santiago Vega Malo, por su ayuda en la elaboración del presente trabajo y por haber compartido sus conocimientos con excelencia profesional y humana.

A la Universidad del Azuay por brindarme la oportunidad de completar mis estudios universitarios mediante una beca estudiantil. Me siento profundamente agradecida por su apoyo y respaldo durante esta etapa crucial de mi formación profesional.

## **RESUMEN:**

La economía colaborativa pretende implantar una nueva forma de consumo en nuestra sociedad hiperconectada y consumista. Esta tendencia impulsa el uso compartido de bienes infrautilizados, satisfaciendo, de esta forma, un mayor número de necesidades con un menor número de recursos; valiéndose, principalmente, de medios electrónicos y digitales que facilitan la conexión entre oferentes y usuarios. Durante los últimos años, han surgido un sinnúmero de empresas o aplicaciones que, basadas en este modelo de consumo, ofertan bienes o servicios de diferente naturaleza. Una de las áreas más populares es la de los servicios de transporte, cuyo mayor exponente es Uber, una plataforma que ofrece sus servicios en más de diez mil ciudades a nivel global. Sin embargo, pese a las ventajas que representa, a nivel social y económico, el uso de la esta aplicación, su presencia ha generado gran resistencia por parte de los diferentes sindicatos o asociaciones de taxistas de cada ciudad, quienes exigen a las autoridades la prohibición o regulación de la plataforma, debido a que, a su parecer, esta prestación del servicio de transporte constituye una práctica de competencia desleal por violación de normas, puesto que prestan el mismo servicio que un taxi convencional pero no cumplen con los mismos requisitos legales, obteniendo, de esta forma, una ventaja significativa en el mercado. El objetivo del presente estudio es determinar, mediante un análisis jurisprudencial, doctrinal y de legislación comparada, si se configuran los supuestos de deslealtad por parte de Uber, bajo el marco jurídico ecuatoriano.

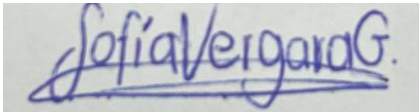
**Palabras clave:** Competencia Desleal, Economía Colaborativa, Plataformas Digitales, Servicios de la Sociedad de la Información, Servicios de Transporte, Taxi, Uber.

## ABSTRACT:

The collaborative economy aims to implement a new form of consumption in our society, which is hyper-connected and consumerist. This trend encourages the sharing of underutilized goods, thus satisfying a greater number of needs with fewer resources, using mainly electronic and digital means that facilitate the connection between suppliers and users. In recent years, many companies and applications have emerged based on this consumption model and offer goods or services of different kinds. One of the most popular areas is transportation services, whose greatest exponent is Uber, a platform that offers its services in more than ten thousand cities around the world. Despite the advantages that the use of this application represents, at a social and economic level, its presence has generated resistance from the different unions or associations of taxicab drivers in different cities. They demand the authorities prohibit or regulate the platform since, in their opinion, this provision of transportation service constitutes a practice of unfair competition. They argue the violation of rules as they provide the same service as a conventional cab but do not comply with the same legal requirements, thus gaining an important advantage in the market. The objective of this study is to determine, through jurisprudential, doctrinal, and legislative analysis, the existence of unfair competition practices in the transportation sector according to the Ecuadorian legal system.

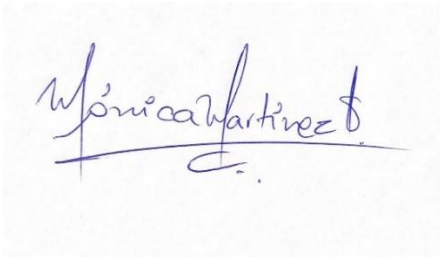
**Keywords:** unfair competition, collaborative economy, digital platforms, information society service, transport service, cab, Uber.

### Translated by:



Ana Sofía Vergara González

### Approved by:



Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.  
Cod. 29598

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<i>DEDICATORIA</i> .....	<i>I</i>
<i>AGRADECIMIENTO</i> .....	<i>II</i>
<i>RESUMEN:</i> .....	<i>III</i>
<i>ABSTRACT:</i> .....	<i>IV</i>
<i>ÍNDICE</i> .....	
<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	<i>1</i>
<i>CAPITULO 1</i> .....	<i>2</i>
<i>1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA: CASO UBER</i> .....	<i>2</i>
1.1. Generalidades .....	<i>2</i>
1.2. Denominación y definición .....	<i>4</i>
1.3. Objeto de la economía colaborativa .....	<i>7</i>
1.4. Factores de la economía colaborativa .....	<i>8</i>
1.4.1. Factor económico: .....	<i>8</i>
1.4.2. Factor Ambiental: .....	<i>8</i>
1.4.3. Factor Sociocultural: .....	<i>9</i>
1.4.4. Factor Tecnológico: .....	<i>9</i>
1.5. Principios de la economía colaborativa.....	<i>9</i>
1.5.1. Masa Crítica: .....	<i>9</i>
1.5.2. Poder de lo subutilizado: .....	<i>9</i>
1.5.3. Confianza entre extraños: .....	<i>10</i>
1.6. Tipos de sistemas de economía colaborativa .....	<i>10</i>
1.6.1. Sistemas de servicios de productos:.....	<i>10</i>
1.6.2. Mercados de redistribución: .....	<i>10</i>
1.6.3. Negocios colaborativos: .....	<i>11</i>
1.7. Antecedentes de la economía colaborativa en el transporte. ....	<i>11</i>
1.7.1. Cabify:.....	<i>12</i>
1.7.2. Uber:.....	<i>12</i>
<i>CAPÍTULO 2</i> .....	<i>17</i>
<i>2. LA COMPETENCIA DESLEAL COMO DISCIPLINA DEL DERECHO DE CORRECCIÓN ECONÓMICA</i> .....	<i>17</i>

2.1.	Constitución económica .....	17
2.2.	Derecho de corrección económica: diferencias entre el derecho de competencia y la competencia desleal .....	19
2.2.1.	Definición y tipos de competencia.....	20
2.2.2.	Derecho de Competencia .....	22
2.2.3.	Competencia Desleal .....	27
2.2.4.	Diferencias entre las ramas que componen el derecho de corrección económica: .....	36
2.3.	La competencia desleal: marco legal .....	37
2.3.1.	Análisis de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM ....	38
2.3.2.	Proyecto de ley orgánica de competencia desleal.....	41
<b>CAPÍTULO 3.....</b>		<b>44</b>
3.	<b>UBER: UNA PRÁCTICA DE COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR ....</b>	<b>44</b>
3.1.	Análisis de casos de competencia desleal por violación de normas por parte de Uber en la legislación comparada.....	44
3.1.1.	Madrid: .....	45
3.1.2.	Barcelona: .....	46
3.1.3.	São Paulo: .....	50
3.1.4.	Colombia:.....	51
3.2.	Pronunciamiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. ....	53
3.3.	Competencia desleal de Uber por violación de normas en el marco jurídico ecuatoriano.....	54
3.3.1.	Determinación del tipo de servicio prestado por Uber. ....	54
3.3.2.	Delimitación del marco legal de competencia desleal ecuatoriano para el caso en cuestión. ....	56
3.3.3.	Regulación del servicio de taxis según la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTTSV); su Reglamento de Aplicación; y el Reglamento de Transporte de Pasajeros en Taxi Convencional y Ejecutivo (RTPTCE).....	58
3.3.4.	Configuración del supuesto de deslealtad por violación de normas concurrenciales y no concurrenciales.....	59
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>		<b>63</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>65</b>

# INTRODUCCIÓN

La economía colaborativa surge como una alternativa para aliviar las consecuencias de la crisis socioeconómica, es decir, con fines meramente cooperativistas. Por una parte, pretende habilitar o economizar el acceso a ciertos bienes o servicios; y por otra, generar, ingresos extras a quienes poseen bienes ociosos. Esta tendencia se enfoca en crear nuevas formas de satisfacer necesidades sin que se precise la propiedad del bien, aunque no excluye la transferencia de propiedad de bienes de segunda mano.

El impacto social junto a la globalización tecnológica, crearon el escenario perfecto para el desarrollo de negocios que, basados en la economía colaborativa, han creado plataformas digitales donde se ofrece el intercambio de bienes o servicios a cambio de una ganancia. Uber es considerada como una estas aplicaciones, que permite a sus usuarios acceder a un servicio de transporte prestado por particulares, que se registran como conductores en la aplicación. Esta situación ha devenido en varios tipos de controversias alrededor del mundo, pues las asociaciones de taxis se sienten perjudicados, pues es evidente que prestan el mismo tipo de servicio que los denominados taxis ejecutivos.

Los gremios de taxistas alegan que la actividad de Uber se ajusta al supuesto de deslealtad por violación de normas, sin embargo, los representantes de la compañía sostienen que su actuar se trata simplemente de un servicio de intermediación, por lo que deben sujetarse a las leyes que regulan los servicios informáticos. Hasta el momento, este tema es fuertemente debatido, en diversos lugares existen ya pronunciamientos oficiales que han determinado la situación legal de Uber en sus territorios, en base a diferentes criterios y principalmente, conforme a las normas vigentes en cada país.

En Ecuador, hasta el momento, no existe una resolución vinculante que determine la situación de Uber en el país, dejando sin respuesta un tema de relevancia jurídica, por lo que se pretende, mediante la implementación de un método comparativo-inductivo, brindar una respuesta a esta incógnita con base en el marco jurídico ecuatoriano. Se analizarán conceptos académicos, normas y legislación comparada a fin de determinar si el servicio prestado por Uber se configura como una práctica de competencia desleal, lo cual es indispensable para la seguridad jurídica de los operadores económicos y de la sociedad en general.



# CAPITULO 1

## 1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA: CASO UBER

### Introducción:

Compartir es tan antiguo como el hombre, ha sido la base del desarrollo social; sin embargo, las tecnologías informáticas han maximizado esta posibilidad, alejándonos de la idea de ser propietarios de la mayor cantidad de bienes y fomentando la tendencia de compartir bienes infrautilizados por sus dueños. Varias empresas florecen en este ámbito, mediante la creación de plataformas que permitan el intercambio de bienes y servicios, beneficiándose todas las partes por el negocio, incluidos, en muchos casos, los intermediarios. Este desarrollo tecnológico y las modificaciones en el mercado implican una serie de situaciones novedosas que deben ser reguladas conforme a las necesidades actuales, en pro del interés general.

### 1.1. Generalidades

Los procesos económicos y sociales se encuentran constantemente evolucionando con el fin de adaptarse a las necesidades de cada sociedad, en determinado tiempo y espacio; es por esto que, ante la insuficiencia del actual sistema para satisfacer diferentes imperativos de la sociedad, tanto a nivel individual como a nivel colectivo, se buscan nuevas alternativas que puedan, al menos de cierta manera, cubrir con las exigencias actuales, este es el caso de la Economía Colaborativa, una nueva tendencia en la economía, que se encuentra en su auge debido a las ventajas que representa su aplicación.

Pese a que autores como Marcus Felson, Joel Spaeth y Ray Algar analizaron el tema con antelación, el término se popularizó con la llegada de la obra *“What’s Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption”* (2010), de los autores Roo Rogers y Rachel Bostman. Esta obra explica cómo la sociedad está cambiando y adaptándose a una nueva modalidad de consumo, en virtud de la cual, mayor parte de la población puede acceder a ciertos bienes o servicios y consecuentemente, satisfacer necesidades que antes no podía o al menos, no con frecuencia.

Los autores realizan un profundo análisis de cómo a lo largo de la historia la humanidad se ha desarrollado mediante la colaboración, desde el principio de los tiempos las tribus repartían las tareas entre sus miembros, compartiendo obligaciones y gozando colectivamente de los beneficios. La reciprocidad y el intercambio representaron la clave de la supervivencia del hombre, el consumo se regulaba por la clase socioeconómica de cada familia y los bienes se adquirían en beneficio colectivo; no obstante, cuando las condiciones económicas de la población mejoraron y aumentó el poder adquisitivo, la sociedad cambió su forma de consumo.

La constante necesidad de diferenciarse de las masas, las aspiraciones sociales, sumadas al poder de la persuasión y la publicidad, la implementación de métodos que faciliten y promuevan el consumo y la constantemente creación de nuevas necesidades por parte de las grandes compañías, provocaron que las sociedades se tornen hiperconsumistas, promoviendo la adquisición de la mayor cantidad de bienes y su constante renovación, sin consideración alguna de las consecuencias ambientales, económicas y sociales que este consumismo desmedido acarrea.

Pese a estos antecedentes, durante los últimos años, factores como la concientización social, la situación económica y el apresurado desarrollo tecnológico, crearon las condiciones perfectas para el florecimiento de la Economía Colaborativa, una novedosa tendencia que permite que particulares que poseen bienes en exceso o son propietarios de bienes infrautilizados o en desuso, los compartan con aquellos que no pueden acceder a determinados bienes, y por lo tanto, estarían vetados de satisfacer ciertas necesidades. (Rogers & Bostman, 2010)

Esta nueva conciencia social es la principal finalidad, “algún día miraremos al siglo XX y nos preguntaremos por qué poseíamos tantas cosas.” (Walsh, 2017). Es por esto, que la economía colaborativa supone reordenar la manera en la que las personas satisfacen sus necesidades, mediante el intercambio, con el fin de modificar los hábitos de consumo de las sociedades pero que también responde a la búsqueda constante, de quienes participan en el mercado, de encontrar escenarios o circunstancias que impliquen menor grado de intervención o control estatal, procurando la maximización del desarrollo económico. (Bajaña & Gonzalez, 2019)

## 1.2. Denominación y definición

Durante los últimos años, se ha denominado a este sistema colaborativo de varias maneras, siendo las siguientes a saber, las más utilizadas: “Economía Consumer to Consumer” “Economía Peer to Peer”, “Consumo Colaborativo” (Collaborative Consumption) y “Economía Colaborativa” (Sharing Economy). Varios autores consideran esta última denominación la más idónea, debido a que abarca de mejor manera el objeto de esta tendencia, el consumo colaborativo se considera como una actividad dentro de un sistema mucho más complejo y amplio que es la economía colaborativa, sin embargo, hasta el momento no existe un consenso sobre el nombre ideal para denominar a la misma.

Si bien se considera que estas prácticas no son un descubrimiento reciente, su estudio y alcance se ha desarrollado bajo las condiciones sociales, económicas, medioambientales y tecnológicas de la actualidad. En un principio estas prácticas no tenían un ánimo de lucro, su objetivo era intercambiar activos de manera desinteresada, como por ejemplo Wikipedia, que consiste en una enciclopedia de libre acceso, que provee a los internautas una plataforma que les permite acceder y compartir artículos de tipo enciclopédico; otro ejemplo es Couchsurfing, un sitio web que permite a viajeros conseguir alojamiento gratuito en otros lugares, con la finalidad de intercambiar cultura e intereses entre el anfitrión y el huésped. (Gomez & Morales, 2015)

Posteriormente, surgieron nuevas plataformas que se desenvuelven dentro de este modelo, basando sus negocios en el intercambio; sin embargo, cada una de estas posee sus propias características y particularidades, que ha provocado desacuerdo entre los académicos respecto de la naturaleza de esta nueva forma de consumo, motivo por el que no existe una definición consensuada respecto de qué elementos son necesarios para que se califique a una práctica o negocio como parte de la economía colaborativa.

Bostman y Rogers (2010) definen a la teoría del consumo colaborativo como un modelo de consumo en virtud del cual particulares o iguales (peer to peer) comparten entre sí, a fin de satisfacer mutuamente sus necesidades materiales. Cuando los autores emplean el término compartir no lo utilizan como sinónimo de gratuidad, pues es

evidente que, en la mayoría de los casos, lo que pretende el oferente es obtener una contraprestación. De esta forma, un particular ofrece en el mercado un bien infrautilizado o el servicio que este presta, a cambio de un beneficio económico; por lo que “comparto” algo que poseo y que no es de mi provecho o que, a pesar de ser de mi provecho, no lo utilizo de manera frecuente, por lo que puede satisfacer las necesidades de otras personas.

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016), expresa que se trata de “un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de [...] consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados [...] valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet”. No se puede negar el papel fundamental que juega el internet en el funcionamiento de la economía colaborativa, es precisamente este componente el que permitió la difusión de esta tendencia, pues permite la conexión individuos que pretenden dar uso a activos ociosos o infrautilizados.

Díaz-Foncela, Marcuello, & Monteal (2016), citando a Sharing España definen a la economía colaborativa como: “modelo empresarial y de consumo en los que gracias a las nuevas tecnologías se accede a bienes y servicios más eficientes y participativos, basados en la comunidad y la confianza, así como en la oferta basada en el acceso al bien improductivo en contraposición a su adquisición”. De esta definición podemos extraer un aspecto relevante de la economía colaborativa que es el elemento de la comunidad y confianza, mismo que persigue el objetivo de compromiso cooperativo entre quienes integran la sociedad, para lo cual la tecnología ha resultado un eje fundamental, puesto que permite la interconexión en red de personas y bienes, brindando a toda la comunidad interconectada las herramientas necesarias para generar la confianza entre extraños, que es un principio fundamental de la economía colaborativa.

Dentro de la doctrina existen opiniones divididas respecto de quienes pueden intervenir en las relaciones que surgen de la economía colaborativa. Por una parte, nos encontramos a los defensores de la economía colaborativa “pura”, cuyos defensores se oponen a la posibilidad de que terceros obtengan ventajas económicas en estas transacciones, ni siquiera los consideran parte de la relación; mientras, otra parte de la

academia reconoce a estos intermediarios como agentes de la relación contractual, y, por ende, reconocen la posibilidad de que estos puedan beneficiarse del negocio.

Comisión Europea (2016) sostiene que la economía colaborativa consiste en “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”; y posteriormente, establece que dentro de la economía colaborativa existen tres categorías de agentes: en primer lugar, quienes prestan los servicios, o sea, quienes van a compartir los recursos, activos o bienes que son de su propiedad; en segundo lugar quienes van a entregar algo a cambio de recibir este servicio o bien, es decir, los usuarios, quienes se obligan a dar una contraprestación a cambio del beneficio que reciben; y, finalmente, los intermediarios, quienes conectan a los dos anteriores para facilitar su comunicación y las transacciones que se den entre los mismos.

Bajo esta perspectiva, una transferencia de propiedad de un bien no podría ser considerado como una transacción de economía colaborativa, pues lo define simplemente como el uso temporal del bien o disfrutar del servicio que este pueda brindar, sin embargo, es importante recalcar que varios académicos si consideran a la venta de bienes se segunda mano como parte de esta tendencia de consumo. Por otro lado, la Comisión Europea si reconoce a los intermediarios como agentes de este modelo, pero no especifica si los mismos pueden o no obtener ventajas económicas.

Schor & Attwood (2017, p.3) definen a la economía colaborativa a partir de las características que comparten muchas de estas plataformas que utilizan este modelo para crear su negocio, y expresan lo siguiente:

- a. La tecnología juega un papel fundamental dentro de estas transacciones, esta se basa en la utilización de plataformas o aplicaciones;
- b. Dependen de un sistema de reputación digital para generar mayor confianza en los usuarios;
- c. Debe ser una economía entre pares, P2P;

- d. Si bien la mayoría de los proveedores opta por unirse a plataformas con ánimo de lucro, se considera que los proveedores son independientes y deben contar con todas las herramientas necesarias para cumplir con su servicio.

Esta concepción es mucho más estructurada y a diferencia de la definición establecida por la Comisión Europea, sí determina la posibilidad de que los intermediarios puedan obtener ganancias cuando por medio de sus plataformas se concrete una transacción. Además, trae a colación otro tema importante, respecto de la relación entre el proveedor y el intermediario, la cual no debe ser comprendida como un vínculo laboral, pues no se trata de trabajadores dependientes de un empleador, son simples facilitadores.

Cada autor engloba en su definición diferentes elementos que a su parecer componen la economía colaborativa, sin embargo, a mi parecer, después del análisis previo, los elementos necesarios para que se configure una relación de consumo colaborativo, son los siguientes:

- a. Las tecnologías de la información y comunicación (TICs), que son las que permiten, mediante algoritmos, demandar y ofertar en tiempo real, conectando al usuario con el oferente.
- b. En segundo lugar, la necesidad de mercados multilaterales, pues estos permiten que se demande y se oferte, por parte de dos o más grupos de operadores económicos, diferentes productos y, al comunicarlos, la plataforma obtiene una ventaja.
- c. La confianza y la comunidad, mediante la implementación de casillas de comentarios y calificaciones, al ser el único camino para poder contratar con un extraño.
- d. La utilización de bienes o activos infrautilizados u ociosos, caso contrario, se trataría simplemente de una relación normal de consumo que se vale de las nuevas tecnologías para ser ofertado.

### **1.3. Objeto de la economía colaborativa**

Ciertos autores consideran que el objeto o finalidad que persigue la economía colaborativa, es la posibilidad de acceder a un bien, al servicio que presta el mismo, de manera temporal, sin la necesidad de adquirirlo, en virtud del desuso de ese bien por parte de su propietario; sin embargo, para gran parte de los académicos, esto no excluye el hecho

de que la venta de bienes de segunda mano sea considerado también como una práctica de economía colaborativa, en la medida que se pretenda proporcionarle nuevo uso a recursos ociosos o en desuso, a esta postura se suman los autores Bostman & Rogers (2010), quienes sostienen que el acceso al bien puede darse de diversas formas: alquiler, préstamo, trueque, canje, venta de bienes segunda mano, entre otros.

#### **1.4. Factores de la economía colaborativa**

Como se ha comentado anteriormente, compartir no es algo nuevo, sin embargo, la creciente proliferación de la economía colaborativa, que se basa precisamente en este intercambio, se debe a la presencia de diferentes factores que han confluído globalmente, resultando la clave para el desarrollo de este nuevo modelo de consumo, es por esto por lo que serán analizados brevemente a continuación:

##### **1.4.1. Factor económico:**

Se considera que fue a partir de la Gran Recesión o Crisis de 2008, la cual se originó en Estados Unidos y provocó una crisis financiera internacional, producto de la incertidumbre económica y social por la que atravesaba el mundo, se buscaron alternativas que permitan satisfacer las necesidades de manera más económica y a su vez, generar nuevas plazas de empleo informal, lo cual ha sido fundamental en el desarrollo acelerado de la economía colaborativa. Continúa en la actualidad teniendo gran aceptación, pues hoy estos negocios basados en esta modalidad se han convertido en el sustento diario de mucha gente, por un lado; y de otro lado, han permitido a otras personas acceder de manera más económica y frecuente a ciertos servicios de los que antes se privaban.

##### **1.4.2. Factor Ambiental:**

Este factor es producto de la concientización masiva que existe actualmente sobre el cuidado del planeta, sobre la importancia de cuidar los recursos ambientales de los que gozamos todavía pero que se están agotando debido a la sobre producción e hiperconsumismo en el que hemos incurrido; es así como se genera esta conciencia social de que no siempre se necesita ser dueño de un objeto para poder obtener el servicio que este nos puede brindar.

### **1.4.3. Factor Sociocultural:**

El factor sociocultural es producto de los dos anteriores, debido a que causan en el individuo un impacto que lo motiva a buscar alternativas ante los problemas ambientales y económicos, conduciéndolo a optimizar recursos; y, así, en conjunto, se genera una nueva conciencia sobre las personas y por lo tanto, poco a poco va surgiendo una nueva cultura social, en la cual ya no se busca poseer la mayor cantidad de bienes posibles, pues no es necesario.

### **1.4.4. Factor Tecnológico:**

El desarrollo tecnológico ha sido sin duda uno de los pilares fundamentales para este modelo que crece a ritmo vertiginoso, las aplicaciones móviles han resultado la mayor ventaja de la economía colaborativa, pues permiten la interconexión de personas de todas partes del mundo, las cuales se unen a una red que brinda confianza, facilidad de comunicación, accesibilidad, diversidad de métodos de pago, opciones de envío o entrega, promociones, entre muchas otras ventajas.

## **1.5. Principios de la economía colaborativa**

La economía colaborativa se fundamenta en los siguientes principios, que permiten diferenciar a este modelo de consumo de los demás, ya existentes:

### **1.5.1. Masa Crítica:**

La masa crítica consiste en la necesidad de contar con un número suficiente de consumidores que adquiera lo que se ofrece en el mercado, de manera que resulte auto sostenible. Este principio es fundamental para la economía colaborativa por dos aspectos: en primer lugar, porque se trata de la cuota o porción de mercado con el que debe contar un servicio o producto que se ofrece para que el mismo resulte competitivo. (Burbano, 2019), lo cual resulta esencial para cualquier negocio; y, en segundo lugar, porque requiere personas que ofrezcan estos productos o servicios en el mercado, caso contrario, existiría únicamente demanda sin oferta.

### **1.5.2. Poder de lo subutilizado:**

Este principio se refiere a la utilidad que tienen varios bienes que las personas poseen y los cuales son subutilizados, es decir, muchas de las cosas que adquirimos no



son utilizadas ni la mitad del tiempo de su vida útil, es por esto, que resultaría óptimo para el medio ambiente y para la economía de varias personas, que estos bienes se compartan entre la comunidad.

### **1.5.3. Confianza entre extraños:**

Con la finalidad de poder alcanzar el objetivo de la economía colaborativa, es decir, conectar a quien ofrece un servicio o un bien con un igual que lo requiere, se han creado varias plataformas, las cuales permiten conectar a los oferentes con los individuos del mercado creando relaciones, las cuales requieren un mínimo de confianza, es por esto que se implementan cajas de comentarios y sistemas de calificaciones dentro de estas aplicaciones para que la comunidad pueda basarse en las experiencias de los demás usuarios y así tener mayor seguridad al realizar cualquier transacción.

## **1.6. Tipos de sistemas de economía colaborativa**

El concepto de economía colaborativa, como se menciona en líneas anteriores, no es unánime o consensuado, sin embargo, los autores Rogers y Bostman (2010) tras varios años de estudios y análisis de ejemplos de consumo colaborativo, han distinguido doctrinariamente tres tipos de sistemas de economía colaborativa, a saber:

### **1.6.1. Sistemas de servicios de productos:**

Este sistema permite al usuario beneficiarse del bien sin necesidad de adquirir el mismo, es decir, puede acceder al producto y utilizarlo, sin necesidad de ser propietario y de esta manera satisfacer una necesidad. “¿Cuántos de ustedes tienen un taladro eléctrico? [...] Van a usar ese taladro eléctrico unos 12 o 13 minutos en toda su vida [...] Entonces, ¿por qué no alquilar el taladro? o, aún mejor, ¿por qué no alquilar el propio taladro a otros y hacer dinero con eso?”. (Rogers & Bostman, 2010)

### **1.6.2. Mercados de redistribución:**

Estos espacios, de manera física o virtual, permiten al individuo ofrecer a los usuarios productos con vida útil, que no se utilizan de manera frecuente o dejaron de satisfacer las necesidades de sus propietarios, lo cual permite aumentar el ciclo de vida de los bienes y a su vez, reducir los costos de adquisición de los bienes o el servicio que prestan los

mismos. Los mercados de segunda mano o “mercados de pulgas” son ejemplos de este tipo de sistema.

### **1.6.3. Negocios colaborativos:**

Este sistema de economía colaborativa consiste en intercambiar activos tangibles e intangibles, que no son productos, como por ejemplo espacios físicos, capacidades, tiempo, dinero; consiste en una interacción entre personas quienes contribuyen a un consumo responsable. (Arroyo, 2018). Un claro ejemplo de este tipo de sistema es el denominado “coworking”.

## **1.7. Antecedentes de la economía colaborativa en el transporte.**

Usualmente se considera a Uber como la primera plataforma de transporte economía colaborativa, debido a su trascendencia y rápido crecimiento a nivel mundial, sin embargo, podemos considerar que el primer antecedente de este modelo de negocio es el sitio web denominado Seamless Wheels, creada en el año 2003, plataforma en virtud de la cual se podía contratar limusinas de manera directa, sin necesitar de un intermediario, es por esto que el servicio fue muy requerido, especialmente por importantes firmas jurídicas de Manhattan, sin embargo, fue cerrada ante las amenazas que recibió Jason Finger, su creador, por parte de las mafias que controlaban el servicio de las limusinas.

En 2008, Tom DePasquale, crea una aplicación llamada Taxi Magis, partir del lanzamiento del primer iPhone, una aplicación que funcionó en 25 ciudades de Estados Unidos, que permitía al usuario solicitar taxis y recibía un mensaje con la información del conductor y el tiempo de espera; además, aceptaba realizar pagos a través de la aplicación, que en ese entonces era novedoso. Sin embargo, esta aplicación no buscaba conductores externos, sino que funcionaba dentro del mismo gremio de taxistas.

En la actualidad, esta forma de ofrecer y acceder a servicios de transporte se ha popularizado, incluso permitiendo contratar diferentes vehículos acorde a las necesidades que se pretendan satisfacer; es por esto que se han creado un sinnúmero de plataformas alrededor del mundo, unas más populares que otras, que han representado una ventaja en la economía tanto de usuarios como de oferentes pero ha provocado también la

inconformidad de gremios de transportistas en diferentes países al sentirse perjudicados por la falta de regulación de estas nuevas situaciones.

### **1.7.1. Cabify:**

En el año 2011, en la ciudad de Madrid, fue fundada la aplicación Cabify. En principio, su fundador, pretendió introducir vehículos eléctricos en diferentes ciudades de Europa, sin embargo, los estudios concluyeron que los clientes no estaban dispuestos a pagar altas cantidades de dinero por transportarse pocos kilómetros, con lo que surge una nueva idea, Cabify. Para lograr emprender este negocio, fue necesaria la inversión de capital externo, lo cual no fue complicado conseguir ante el ejemplo del acelerado crecimiento de Uber.

En un principio se ofrecía el servicio de transporte en autos de alta gama por lo que los costos eran más elevados, destinados para cierto grupo de personas; posteriormente, la compañía crea Cabify Lite, ofreciendo el servicio en vehículos de gama media, con costos menores a los de un taxi y, además, la compañía se asocia a Waze, con lo que logran ofrecer un excelente servicio en el mercado. Su fama aumentó rápidamente y al poco tiempo la empresa estableció sedes en diferentes países de Latinoamérica, manteniendo operaciones en más de 35 ciudades en diferentes países, dentro de las cuales se encuentran Quito y Guayaquil desde el año 2016.

### **1.7.2. Uber:**

Sin duda Uber Technologies, Inc., es la empresa más famosa dentro del modelo de economía colaborativa que presta servicios de transporte. Garrett Camp y Travis Kalanick fundaron la compañía en el año 2009, en la ciudad de San Francisco - Estados Unidos, la cual desarrolló la plataforma electrónica Uber, gracias a su impacto al momento se encuentra funcionando en más de 10.000 ciudades alrededor del mundo, sin embargo, también ha traído consigo nuevos desafíos jurídicos que deben ser resueltos.

#### **1.7.2.1. Historia:**

Garret Camp, quien vivía en San Francisco, había notado una deficiencia en la prestación de servicio de taxi debido a la alta demanda y la reducida oferta que existía en la ciudad, lo cual provocaba que el servicio sea de mala calidad y representaba un

problema para la población, pues es un servicio indispensable para la misma; además, el gremio de taxistas de San Francisco presionaban a las autoridades para que no incrementen el número de licencias de taxis, lo cual estaba causando descompensación entre el número de habitantes y el número de taxis que podían operar. (Burbano, 2019)

A raíz de este problema, particulares se asociaron en diversos grupos para empezar a prestar servicios de transporte de manera ilegal, sin embargo, no tuvo mayor acogida por la falta de seguridad que sentían los usuarios. Es por esto que Camp analizaba una idea de negocio que solucionara este problema y en el año 2008, tras asistir a un importante evento sobre tecnología, que tuvo sede en París conoció a quien sería su socio, Travis Kalanick. Cuando Camp comentó que se encontraba trabajando en este proyecto Kalanick quedó maravillado con la idea y decidió invertir capital.

Es así como, en 2009, tras definir el grupo de trabajo, fundan la compañía Ubercab, debido a que “cab” es la forma en la que se denomina a un taxi en Estados Unidos. En un principio el servicio se ofrecía en autos de lujo, que eran adquiridos por la compañía, por lo que el servicio era más costoso que un taxi; sin embargo, tuvo gran acogida debido al servicio innovador que se prestaba, al poder solicitar el servicio mediante una aplicación, ver el recorrido del vehículo, poder comunicarse con el conductor, entre otros, lo cual resultaba novedoso para la época; motivo por el que el año 2010 la compañía tuvo una recaudación de 1.25 millones de dólares.

En el 2011, debido al éxito de Ubercab, el gremio de taxistas se levantó en contra de la compañía; como consecuencia, representantes de la Agencia de Transporte Público de San Francisco y de la Comisión de Servicios Públicos de California, advirtieron a los representantes de la empresa sobre las repercusiones legales a las que se podían enfrentar si no cesaban su actividad. Ante varios problemas con el sindicato de taxistas, la compañía decide retirar la palabra “cab” de su nombre y pasa a llamarse simplemente Uber, un hecho que les resultaba conveniente de igual manera, debido a que sostenían que no se trataba de un servicio de taxis regular.”

Este mismo año, debido a su rápido crecimiento, Uber llega a New York y a París gracias a importantes inversiones, entre estas la inversión de \$32 millones de dólares de

Jeff Bezos, creador de Amazon. Pese a este éxito, representaba un problema para la empresa conseguir los costosos carros de lujo para poder prestar el servicio, es por esto que en el año 2012 la compañía anuncia la llegada de UberX, que es Uber tal y como lo conocemos actualmente, es decir, permite que personas particulares, que cuenten con un vehículo y licencia, puedan prestar servicio de transporte a nombre de Uber, siempre y cuando cumplan con los requisitos que la compañía exige a sus conductores y que se entregue cierto porcentaje de la ganancia que recibe el conductor por cada carrera, convirtiéndolo en un intermediario.

Progresivamente, Uber llegaba a más y más ciudades en Europa y América y en el año 2015 llega a China, lugar donde se encuentra domiciliada la compañía Didi Chuxing, a cuyos representantes y trabajadores no les cayó bien la noticia de la llegada de la compañía estadounidense a su país. El CEO de Uber reconoció que la batalla les resultaba muy costosa, se encontraban ante una desventaja radical, pues mientras ellos únicamente estaban disponibles en 100 ciudades del país, su competencia lo estaba en 400. Pese a tener varios problemas, lograron llegar a un acuerdo y se fusionaron, creando una entidad valorada en 35.000 millones, resultado de la suma del valor de cada compañía al momento de su fusión, sin embargo, Uber solo recibiría el 20% de las participaciones de la nueva sociedad.

En el mismo año anuncian UberPool, servicio que permite a los usuarios compartir el vehículo con otras personas que van por la misma ruta o lugares cercanos, lo cual permitía reducir aún más los costos. En 2015 lanzan UberCargo (únicamente en Hong Kong), un servicio que permitía solicitar busetas para transportar objetos más grandes; y, tres meses más tarde, lanzan UberEats, aplicación que ofrecer servicio de comida a domicilio.

Poco a poco Uber ha mejorado la prestación del servicio de transporte y continúa haciéndolo, brindado de esta manera más opciones, comodidades y mayor seguridad a sus usuarios. Se permite el pago con tarjetas directamente desde la aplicación, GooglePay, entre otros métodos de pago; elegir diferentes vehículos según las necesidades, como por ejemplo un vehículo que permita transportar a más de cuatro personas; solicitar un auto eléctrico para contribuir con el medio ambiente, entre otros. Además, la compañía, para

mejorar su servicio y evitar depender de otras compañías, compró la empresa cartográfica “deCarta” para la gestión de localización de los usuarios y consumidores.

### **1.7.2.2. Modelo de Negocio de Uber**

Uber es la plataforma más representativa dentro de la economía colaborativa, se trata de un negocio P2P, cuya principal objetivo es conectar a usuarios y conductores, con el fin de facilitar la prestación del servicio de transporte mediante una plataforma multilateral, la cual puede ser definida como “un lugar físico o tecnológico donde se establecen una serie de reglas y es proporcionada una infraestructura con el objetivo de permitir una transacción o un encuentro entre integrantes de dos o más grupos diferentes”. (Villa, 2015)

Mediante esta plataforma, un particular puede solicitar un servicio de transporte urbano, de la siguiente forma: en primer lugar, una vez creada la cuenta, el solicitante debe escoger su destino y la aplicación rastreará automáticamente su ubicación, por lo que se reflejará de inmediato el trayecto y las diferentes opciones de servicios que presta la compañía, como por ejemplo UberX, que consiste en un auto pequeño con capacidad máxima de tres personas o UberGreen para solicitar un auto eléctrico, junto a la estimación del costo por la carrera.

Una vez que el cliente selecciona la opción más conveniente para sus necesidades procede a seleccionar el método de pago, del que se debitará el valor al terminar la carrera, cuando se han seleccionado todos los datos debe confirmar el viaje. Su llamado será atendido por un conductor que se encuentre cerca del sector donde se encuentra el usuario quien procede a aceptar la carrera. En este momento el usuario podrá ver su ubicación en tiempo real y el tiempo que tardará en llegar a recogerlo; además, podrá acceder al perfil del conductor, en el que constará la puntuación que otros clientes le hayan asignado por su servicio.

Una vez concluido el viaje, tanto el conductor como el pasajero podrán evaluarse mutuamente. La evaluación es un tema indispensable para el funcionamiento de la plataforma, permite que la empresa mantenga el control de quienes prestan el servicio y verifique, constantemente, que se estén cumpliendo las reglas mínimas requeridas al

momento de calificar como conductor, caso contrario, debe ser inmediatamente expulsado de la plataforma, en virtud del principio de confianza.

### **1.7.2.3. Situación legal de Uber:**

Pese al rápido crecimiento de Uber a nivel global debido a la gran acogida por parte de los usuarios y de personas que buscan medios de subsistencia o de generar ingresos extras, la compañía se ha enfrentado a varios conflictos legales, en diferentes países, pues su éxito ha sido considerado una amenaza para el gremio de taxistas, quienes se han asociado en ciudades como Berlín, París, Londres, Madrid, entre otros, para organizar grandes protestas a fin de que las autoridades prohíban el uso de esta aplicación o que sean regulados y tengan que acatar los mismos requisitos que deben cumplir los conductores de taxis para poder operar en el mercado, debido a que consideran que esta práctica constituye un acto de competencia desleal por violación de normas, colocándolos en una situación de ventaja.

Uber sostiene que su servicio es simplemente de intermediación, por lo que debe regirse a las normas que regulan a las empresas de tecnología y ser considerados como prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para la compañía el problema no radica únicamente en que no puede cumplir con las cargas regulatorias, el problema es que su precio es mucho menor como empresa de transporte que como empresa de tecnología. Este tópico será tratado a profundidad más adelante.

### **Conclusiones:**

Delimitar los elementos que configuran la economía colaborativa y su finalidad es fundamental, no únicamente para la economía, sino también para el derecho; solo así, se pueden determinar las normas e instituciones que van a regular este nuevo fenómeno. Tanto el avance tecnológico como la economía colaborativa implican una serie de ventajas económicas y sociales, no obstante, se desarrollan en un marco jurídico insuficiente, que no responde a las necesidades actuales, constituyéndose el escenario perfecto para que los operadores económicos eludan obligaciones y se posicionen en una situación de ventaja frente a sus competidores, lo cual es contrario a los fines del derecho y su imperante necesidad para el correcto desenvolvimiento de la vida en sociedad.

## **CAPÍTULO 2**

### **2. LA COMPETENCIA DESLEAL COMO DISCIPLINA DEL DERECHO DE CORRECCIÓN ECONÓMICA**

#### **Introducción**

La competencia desleal es una de las ramas del derecho de corrección económica, cuyo objetivo es evitar o cesar prácticas desleales dentro del mercado, es decir, aquellos actos que son contrarios a la buena fe; y, cuando sea el caso, indemnizar a los operadores económicos cuyos derechos hayan sido vulnerados por estas conductas desleales. Ecuador carece de un sistema de protección contra la competencia desleal efectivo, que responda a la naturaleza de la materia, al confundirlo con el derecho de competencia, lo cual lo ha convertido en una rama prácticamente inoperante, por ser ineficaz e insuficiente para proteger los derechos de los agentes económicos cuando estos son vulnerados por ilícitos de deslealtad.

#### **2.1. Constitución económica**

El Estado Social de Derecho llega a contemplar y proteger la posición del individuo en la sociedad, es decir, el estado empieza a regular e intervenir en las relaciones económicas, culturales y sociales de sus ciudadanos, las cuales, por su relevancia, no podían quedar a decisión de los particulares. Esta es una de sus principales diferencias con el Estado Liberal, que se caracterizó por su política de abstencionismo, *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), doctrina en la que se basaron los estados por mucho tiempo, sosteniendo que estas relaciones son de carácter particular y que por lo tanto el estado no podía intervenir ni formar parte.

Si bien las asambleas constituyentes de la época transformaron radicalmente las estructuras económicas del Antiguo Régimen, estas buscaban que se adopte el liberalismo económico universalista, el cual no regulaba derechos de índole económico, como lo expresa García-Pelayo (1991, p. 2856) consideraba al orden económico un sistema sustancialmente diferente al orden estatal, pues buscaban distintos fines y operan bajo leyes de distinta naturaleza, económicas y jurídicas, respectivamente.



Es así como, en el siglo XIX, una vez instaurado el liberalismo, se generan las condiciones que permitieron la implantación del capitalismo y con ello surgen nuevas cuestiones que deben ser resueltas. El radicalismo bajo el cual se manejaba el Estado Liberal, la falta de límites a los derechos considerados como privados, sumado a las transformaciones sociales y varios acontecimientos mundiales, desembocan en una crisis sociopolítica que requería la adopción de un nuevo modelo estatal, que satisfaga las nuevas necesidades del pueblo y así, nace el Estado Social, adoptando medidas de política económica y social que posteriormente adquirieron fundamento constitucional.

A partir de la primera guerra mundial, se difunde en Europa, influenciados por Estados Unidos, la idea de implementar políticas económicas y normas jurídicas que regulen el mercado; el estado asumió un nuevo rol que permitía reactivar la economía y a su vez, controlar el tráfico económico. Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919, nace la noción del Derecho Económico, principalmente en Alemania, donde también se populariza la idea de la “Constitución Económica”, utilizada para designar precisamente este conjunto de principios o preceptos constitucionales que pretendían habilitar, orientar y limitar la actividad económica del Estado y los ciudadanos.

Si bien, hasta el momento, no existe unanimidad sobre el concepto de Constitución Económica, esta idea se ha utilizado, en su mayoría, para referirse a estas normas constitucionales sobre las cuales se cimienta el sistema económico. García-Pelayo (1991, p. 2857), la define como las normas que fundamentan el marco jurídico que determina la estructura y el funcionamiento del orden y proceso económico; estas normas pueden ser principios que orientan el comportamiento de los actores públicos o privados o pueden consistir en garantías más rigurosas.

El Estado supera su separación con la sociedad y deja de lado su papel neutral, asumiendo su responsabilidad de mantener y orientar las condiciones fácticas de las cuales depende el mercado y la libre determinación de los operadores económicos; motivo por el que, actualmente, las constituciones ordenan la vida económica de sus administrados, mediante el reconocimiento de principios y valores aplicables a la realidad económica del país, regulando los diferentes aspectos que implican la macro y microeconomía.

Los derechos de los comerciantes dejan de ser absolutos como en la Edad Media, época en la que las agrupaciones gremiales se autogobernaban y regulaban el comercio a su placer y se tornan relativos a medida que el mercado evoluciona y pone en evidencia que la actividad productiva y los sectores de la producción requieren protecciones especiales. Los competidores requerían de herramientas para desarrollar su actividad y para actuar frente a las amenazas a las que se enfrentan en el ejercicio de su profesión; así, progresivamente, se desarrolla el derecho civil y mercantil, dentro del derecho privado; y a su vez, el derecho económico en el sector público.

Esta evolución normativa e institucional se desarrolla con base en los principios constitucionales, los cuales dotan de validez formal a las normas. “La Constitución [...] es el instrumento por el que se establece [...] el modelo económico, sobre la base del cual se determinan los mecanismos de corrección del tráfico económico a diferente nivel y desde varias aristas” (Alvear, La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar, 2018). En cumplimiento de sus deberes, el estado ecuatoriano determina a lo largo de la Constitución de la República del 2008 un sinnúmero de principios rectores sobre los cuales debe cimentarse el sistema económico y la institucionalización del derecho de corrección económica, con el fin de velar por los intereses públicos o privados, dependiendo del caso.

## **2.2. Derecho de corrección económica: diferencias entre el derecho de competencia y la competencia desleal**

A raíz del florecimiento del modelo económico constitucionalizado surge el Derecho de Corrección Económica, englobando el conjunto de principios y normas, sustantivas y procesales, que permitan corregir la conducta de los agentes económicos dentro del mercado, por la relevancia de la actividad económica en todos los aspectos de la vida en sociedad y su protagonismo en el campo político, a nivel nacional e internacional.

El artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en su segundo inciso que: *“el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”*. Este y otros principios constitucionales inspiran al

ordenamiento jurídico, por lo que, las normas de menor jerarquía, relativas a derechos económicos, deben garantizar que se proteja y se fomente la competencia dentro del mercado.

Dichos derechos, como la libre empresa, la libre contratación o el derecho a la propiedad, cumplen funciones sociales, económicas, de orden público e incluso ambientales. El estado, mediante el derecho de corrección económica determina los principios de clausura del sistema de libertades constitucionales, fijando los límites bajo los cuales se pueden ejercer o gozar estos derechos, previniendo y sancionando su ejercicio abusivo o incorrecto.

Las normas de corrección económica limitan el ejercicio de los derechos económico mediante la determinación del marco jurídico en el que se pueden desenvolver los operadores económicos, constituyendo un macrosistema que debe abarcar tres microsistemas a saber: sistema de defensa a la competencia o derecho de la competencia; derecho de competencia desleal; y, defensa al consumidor. A continuación, se realizará un breve análisis sobre las diferencias entre derecho de la competencia y competencia desleal como herramientas jurídicas de corrección del tráfico económico.

### **2.2.1. Definición y tipos de competencia**

A fin de comprender de mejor manera los tópicos que se desarrollan a lo largo del presente trabajo de titulación, es necesario definir en primer lugar la competencia de mercado. La competencia es connatural a las relaciones humanas. En términos generales la podemos definir como la pugna entre dos o más sujetos que buscan alcanzar una misma meta; en el ámbito económico, se trata de una situación similar. El Instituto de Investigaciones Witker & Varela (2003) expresan que la competencia consiste en la “conurrencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado concreto en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio, en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores”

Podemos sintetizar que la competencia es una realidad económica y/o una situación patrimonial, en virtud de la cual los sujetos económicos, tienen efectiva libertad tanto para

ofrecer y vender bienes o servicios aptos, en un mercado definido; como para elegir a quién y bajo qué condiciones los adquieren; basándose en un sistema de oferta y demanda en el cual los agentes disponen de cierto margen de libertad y puede desenvolver su actividad económica siempre y cuando sus derechos estén debidamente protegidos y delimitados en el ordenamiento jurídico.

A nivel doctrinario, se ha dividido a la competencia en dos clases, las cuales difieren sustancialmente la una de la otra, como se explica a continuación:

#### **2.2.1.1. Competencia perfecta o pura:**

Es la situación en la que el mercado se desarrolla en un ambiente de transparencia, sin que existan barreras de entrada a competidores que ofrecen los mismos productos o servicios; además, el número de agentes económicos que ofrecen y demandan un producto es tan grande que se lo puede considerar infinito, de manera que ni competidores ni usuarios pueden ejercer influencia decisiva sobre los precios ni sobre ningún otro aspecto.

Hay autores que sostienen que en una competencia perfecta los productos deben ser homogéneos, es decir, el producto o servicio que se presta es idéntico, sin importar de donde proviene, de manera que el usuario puede adquirirlo a cualquier oferente, siendo el producto de cualquier empresa el sustitutivo perfecto del que puede ofrecer otra, sin embargo, esta hipótesis rompería el principio de innovación.

#### **2.2.1.2. Competencia imperfecta:**

En este escenario nos encontramos ante un mercado que no cumple con las características mencionadas en el tópico precedente, en el que no existe una competencia perfecta y por lo tanto, la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de empresarios se encuentra restringida, pues existen operadores o grupos económicos que ejercen una posición dominante en el mercado cuyo actuar deriva en un monopolio, oligopolio o monopsonio y son quienes determinan las reglas en las que se desenvuelve el mercado; algunos bienes o servicios no tienen sustitutos, de forma que ciertos operadores económicos si pueden determinar y controlar los precios o cantidad de producción, obteniendo mayor utilidad.

Como se mencionó anteriormente, esta división únicamente se la hace con fines académicos, con el objetivo de comprender de mejor manera los componentes o condiciones que confluyen en el mercado; pues, en la realidad, no existe un mercado en el que se desarrolle la competencia perfecta, es una utopía, una situación hipotética. Si bien en cada mercado estos factores se presentan con distinta intensidad y en diferentes niveles o magnitudes, es evidente que existen operadores económicos que influyen de manera decisiva cómo funciona el mercado.

## **2.2.2. Derecho de Competencia**

### **2.2.2.1. Evolución histórica del Derecho de la Competencia:**

#### **2.2.2.1.1. Estados Unidos:**

La sistematización de las normas que regulan las conductas anticompetitivas es relativamente nueva, el Derecho de la Competencia o Derecho de la Libre Competencia, como tal, tiene su origen en Norteamérica a finales del siglo XIX y posteriormente fue extendiéndose a todo el mundo. Canadá fue el primer país en dotarse de normas de competencia, sin embargo, unos meses más tarde Estados Unidos adoptó y desarrolló de manera más extensiva y completa estas normas y por esto generalmente son considerados como los pioneros de las leyes conocidas como *antitrust*.

El Acta de Independencia de Estados Unidos, en palabras de Thomas Jefferson, señala que “todos los hombres son creados iguales”. Jefferson consideraba que la nación debía regirse por el principio de igualdad, debido a que era la única forma de que el poder económico estuviese en manos de muchos, desde pequeños agricultores hasta empresarios. Varios doctrinarios respaldaron este orden socioeconómico e incluso sostenían que se trataba de un orden natural, que emanaba de Dios y por eso la humanidad debía someterse a este por siempre. (Caceres, 2002)

Con el pasar del tiempo, los pequeños agricultores, aquellos que producían para el autoconsumo, van desapareciendo y nace un nuevo tipo de agricultores, quienes comercializan sus productos dentro de los mercados y con el dinero que obtenían, adquirían bienes que eran de propiedad de los empresarios, generando relaciones de interdependencia entre ambos. Poco a poco las relaciones laborales cambian y se tornan

más complejas y el país se desarrolla rápidamente a nivel industrial y urbano, dando como resultado un nuevo orden socioeconómico, caracterizado por las concentraciones económicas denominadas *trust*, que en castellano significa confianza.

Mediante este mecanismo, los representantes de empresas dedicadas a la misma actividad económica se agrupaban con la finalidad de controlar el mercado y los precios de determinado bien o servicio y de esta forma eliminaban la competencia. Es por esto por lo que los agricultores o pequeños comerciantes, empiezan a verse amenazados por los *trust*, especialmente en el servicio de los ferrocarriles, que resultaba indispensable para transportar productos o conseguir maquinaria. Al no existir un sustituto, sus propietarios fijaban las condiciones bajo las cuales se prestaría el servicio y optaron por priorizar a las empresas más grandes, perjudicando a los más débiles

El temor general que produjeron las concentraciones económicas causó un malestar que no pudo ser ignorado por las autoridades, por lo que el gobierno se planteó dos posibles soluciones: debían adquirir el control de las grandes compañías y su propiedad; o, instaurar una política de libre competencia, basada en un mercado competitivo, que permita descentralizar el poder.

Los comerciantes y ciudadanos consideraron que la primera opción era inoperante, pues el poder seguía manteniéndose en pocas manos y solo se cambiaría el grupo de personas que toma las decisiones; por lo que se acepta la segunda alternativa, siempre y cuando, una vez invocadas las normas *antitrust* ante la existencia de un monopolio y reestablecido el normal funcionamiento del mercado, esta intervención cese. (Caceres, 2002)

Bajo este contexto se promulga la Ley Sherman de 1890, en honor al senador John Sherman, quien patrocinó su promulgación. El senador sostuvo que si no se toleraba a un monarca como poder político al que se debía someter una nación, con menor razón se debía aceptar un rey de la producción o de cualquier bien o servicio indispensable para vivir, por lo que el estado debía oponerse a estas conductas y siendo el único capaz de poder determinar las reglas que limitarían la libre disposición de los operadores

económicos en el mercado, pues la falta de regulación estaba impidiendo el correcto funcionamiento del mercado y en general, de la economía.

La Ley Sherman establece dos prohibiciones de carácter general: “a) los acuerdos que restringen la competencia entre estados o naciones extranjeras y, b) el intento de monopolizar el comercio nacional o internacional.” (Zuquilanda, 2020). De esa forma, se limitó y prohibió la libertad de acuerdos entre operadores económicos, declarando ilegal todo acto o contrato en forma de *trust*, que pretenda formar asociaciones que eviten la efectiva competencia y estableció las consecuencias que acarrearía la falta de observancia a estos enunciados.

Con la finalidad de remediar las deficiencias de la Ley Sherman, en 1914, se aprueba la ley Clayton que fijó las normas jurídicas contra conductas comerciales restrictivas, como el caso de los contratos de distribución utilizados como mecanismos de fijación de precios o la sectorización de mercados; y, posteriormente, en 1936, se promulga la ley Robinson-Patman, norma jurídica que determinaba las normas contra la discriminación de precios. Estas leyes siguen vigentes hasta la actualidad y son el marco de regulación del derecho de competencia en Estados Unidos de América.

#### **2.2.2.1.2. Europa:**

A partir de la segunda guerra mundial, Europa se enfrentaba una grave crisis económica y social, bajo estas condiciones, surgen nuevos criterios para la regulación de la actividad económica y mercantil, los cuales determinaron el papel reactivador que debían ejercer los estados europeos ante la crisis. De esta forma, se dictan normas anticompetitivas en Alemania, país que impulsó el desarrollo del derecho de competencia en Europa y fue ejemplo para otras legislaciones del continente; sin embargo, si bien se inspiraron en las normas *antitrust* de Estados Unidos, aquí se prohibió el abuso de la posición de dominio más no el monopolio. (Alvear, Derecho de Corrección de Mercado: Derecho de la Competencia y Competencia Desleal, 2006)

En 1957 se suscribe el Tratado de Roma entre las autoridades de los países que conforman la Unión Europea, que constituyó un gran precedente a nivel mundial para el desarrollo del Derecho de Competencia y contiene las normas jurídicas que regulan y

sancionan las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio, integrando en un solo sistema la actividad económica de los países miembros y ha permitido la armonización de normas en materia de derecho de competencia dentro de la comunidad europea.

#### **2.2.2.1.3. Latinoamérica y Ecuador:**

En América Latina se establecen normas de derecho de la competencia, progresivamente, a partir de mediados del siglo XX, empezando por Argentina en 1919, en México en 1934, Chile en 1959, Colombia en 1959 y Brasil en 1962; pero en su mayoría, se trataba de letra muerta, pues las leyes eran constantemente inobservadas por los operadores económicos, tratándose de una existencia meramente formal.

Es así que la Comunidad Andina (CAN), un organismo de integración regional creado en el año 1969 en Colombia, con la finalidad de crear un mercado común que permita y promueva el desarrollo económico de Latinoamérica, mediante un proceso de integración supranacional, inicia su desarrollo normativo en materia de competencia, a partir de la promulgación de la Decisión 230, la cual contenía las normas comunitarias para la protección y promoción de libre competencia dentro de la región, que fue reemplazada, en el 2005, por la Decisión 608.

Tanto la doctrina como el Tratado de Roma establecen cuatro ilícitos anticompetitivos: concentraciones económicas, prácticas colusorias prohibidas, abuso de posición de dominio y ayudas públicas; mientras la Decisión 608 solo regula las prácticas colusorias prohibidas y el abuso de posición dominante. Es por esto por lo que en la práctica nos encontramos ante dos problemas, en primer lugar, ante los vacíos normativos; y, en segundo lugar, ante la falta de concordancia entre las leyes internas de cada país y la norma supranacional.

En el caso de Ecuador, desde el año 2011, el derecho de la competencia está regulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y por su respectivo Reglamento de Aplicación, estos cuerpos normativos contienen normas de derecho administrativo sancionador que pretenden corregir las prácticas de los operadores dentro del mercado, sin embargo, como analizaremos más adelante, adolece de varios



errores por su forma de abarcar y confundir las ramas del derecho de corrección económica.

#### **2.2.2.2. Definición de Derecho de la Competencia:**

El Derecho de la Competencia se enmarca en el derecho administrativo sancionador y es preponderantemente público. Comprende las normas que abarcan y determinan el conjunto de instituciones, de diversa naturaleza, cuyo contenido guarda relación con la actividad económica y tiene como objetivo prevenir o sancionar cualquier práctica o conducta que restrinja o lesione el sistema competitivo.

“Consiste en el conjunto de normas que se encarga de regular el sistema competitivo de mercado [...] prohíbe determinadas prácticas, las cuales podrían restringir, falsear o distorsionar la competencia [...] cuyo fin será promover la efectiva competencia entre los actores de tráfico económico.” (Yepez, 2019). La defensa de la competencia pretende proteger el modelo económico constitucionalizado y sancionar las conductas anticompetitivas de grandes operadores que puedan distorsionar o entorpecer el mismo.

La intervención de carácter normativo por parte del estado es fundamental para limitar los derechos de carácter económico cuya vulneración pueda afectar el modelo económico constitucionalizado y el orden público, previniendo la instauración de condiciones que favorezcan a un operador o un reducido grupo de operadores económicos en relación con los demás competidores, con la finalidad de tutelar el sistema competitivo de orden público.

La defensa de la competencia se activa cuando existe un acto que afecte a la eficiencia estructural del mercado competitivo; si la práctica no cumple este requisito y no supera los umbrales de la regla de minimis, no es amparado por el derecho de competencia. (Alvear, La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar, 2018). Cada estado, según la forma en la que organiza su actividad económica, fija las normas relativas a la materia para ordenar el mercado y garantizar la libre competencia, la eficiencia económica y la competitividad; en igualdad de condiciones y oportunidades.

### **2.2.3. Competencia Desleal**

#### **2.2.3.1. Evolución histórica de la Competencia desleal:**

La competencia es una situación económica relativamente nueva del mercado. El hombre se agrupa en sociedades y con esto, poco a poco, se dan las condiciones para que se desarrolle el comercio y la economía de los pueblos de la Edad Antigua, sin embargo, no existía competitividad en los mercados ya que ciertos imperios ejercían monopolios y control de rutas marítimas y terrestres.

Durante la baja Edad Media predominó el feudalismo, un sistema político, social y económico que se caracterizó por su economía rural y cerrada. Durante esta época se configuraron grupos de familias comerciantes que se convirtieron en una clase social. El estrato social se heredaba y no podía alterarse, si un padre era comerciante su hijo también lo sería y así sucesivamente, surgiendo las agrupaciones gremiales.

Es así que, hasta el siglo XII, únicamente quienes pertenecían a este estamento podían ejercer el comercio y el señor feudal les obligaba a pagar impuestos a cambio; y, en caso de que llegaran comerciantes con mercadería de otros lugares a su feudo, estos eran confiscados, por ende, no podemos hablar de competencia de mercado; no obstante, a partir de esta época se dieron profundos cambios en Europa, el comercio característico del sistema feudal se transformó y la economía se tornó abierta y comercial. La industria, los mercados y el dinero recobraron importancia, llegando este renacimiento comercial a su auge en el siglo XIII, principalmente en Inglaterra que tuvo grandes cambios hacia una organización capitalista.

En el siglo XVII, en Inglaterra se lleva a cabo la Revolución Inglesa que da paso a una nueva organización política mediante el establecimiento de la monarquía constitucional y la introducción del sistema parlamentario. Este hecho inspiró a otros países, como Estados Unidos y Francia, en el caso de este último el “tercer estado”, es decir, los no privilegiados, bajo la influencia de las ideas liberales, unieron sus fuerzas y se alzaron en contra del Antiguo Régimen, en la denominada La Revolución Francesa (1789). Este hito histórico ha sido el más característico del salto al nuevo régimen llamado

Estado Liberal que, basado en las ideas del constitucionalismo clásico, determinó, por una parte, los derechos de las personas y por otra, limitó el ejercicio del poder político.

Su respeto al ejercicio de las libertades individuales permite la implementación del liberalismo económico, cuyo principal exponente es el economista y filósofo Adam Smith. Esta doctrina promueve la libertad económica y la mínima intervención estatal en las relaciones comerciales y económicas de los ciudadanos, pues el mercado tiene la capacidad de autorregularse.

Los individuos procuran invertir su dinero o capital en la actividad nacional antes que, en la actividad extranjera, por su propia seguridad; y, pretenden orientar dicha actividad de forma que produzca el máximo valor, para su propio beneficio. Al hacerlo, si bien no es su objetivo, contribuyen a que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo posible, por lo que una mano invisible lo estaría conduciendo a promover el interés general, incluso sin saber que lo está haciendo o en qué medida lo promueve. (Smith, 1776). La mano invisible es una metáfora para referirse a las fuerzas que equilibran el mercado, los individuos en búsqueda del interés privado toman decisiones que causan un bienestar público, siempre y cuando los mecanismos de mercado funcionen de manera correcta.

En otra mano, el capitalismo iba adquiriendo fuerza como un nuevo sistema económico marcando el fin del feudalismo. El capitalismo instauro un “sistema basado en la libertad de empresa y en la libre competencia, lo que supuso la consolidación del derecho de propiedad como un derecho fundamental e impuso la necesidad de protección de los derechos de propiedad industrial” (García, 2004).

A mediados del siglo XVII, en Inglaterra, se lleva a cabo un proceso de transformación económico, social y tecnológico del ser humano, conocido como Revolución Industrial. Las proto-ciudades inglesas creadas con fines industriales, gracias a los esfuerzos de los campesinos, crecieron a tal magnitud que la economía rural agrícola de la época se convirtió en una economía de carácter urbano industrial que representó un gran salto para la inmensa mayoría.

La Revolución Industrial representa un cambio total en la vida de las sociedades, en los siglos anteriores los medios de producción no habían evolucionado significativamente como para cambiar las condiciones de vida de las personas, la mayoría continuaba viviendo en la pobreza y debían consumir lo que producían; no obstante, a partir de este momento histórico, se da paso a un capitalismo industrial, las personas empiezan a aglomerarse en las urbes en busca de mejores oportunidades, trabajando en las industrias o comercializando los productos a cambio de un salario o de una paga.

Las industrias empiezan a producir en masa para proveer a las masas, como es el caso del algodón en la industria textil, este material se producía en grandes cantidades porque resultaba económico y estaba destinado a la producción de la vestimenta de la mayoría de los ciudadanos, no para los aristócratas pues ellos utilizaban seda y sus sastres confeccionaban su vestimenta. De tal forma los bienes que antes eran considerados de lujo empiezan a producirse de forma masiva y económica, por lo que la mayoría puede adquirirlos.

“La competencia se consagra como principio rector de este nuevo sistema económico, y [...] era libre. Pero esta libertad, ante la ausencia de barreras constitucionalmente consagradas, rayaba en el libertinaje, a tal punto que se producía deslealtad en el mercado.” (Riquetti, 2016). La inseguridad de las crecientes industrias y empresas se veía afectada por las prácticas desleales de los demás competidores, poniendo en riesgo todo el nuevo sistema económico instaurado.

Era evidente que la autorregulación de las empresas resultaba insuficiente para detener las prácticas desleales del mercado y así empieza a desarrollarse el derecho de competencia desleal, cuya evolución presenta tres sistemas de protección esenciales que han sido clasificados según criterios delimitadores de deslealtad y de los bienes jurídicos tutelados, los cuales se describirán brevemente a continuación:

#### **2.2.3.1.1. Modelo Paleoliberal:**

Se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XVIII con la intención de proteger los derechos derivados de la propiedad industrial, mismos que constantemente

eran vulnerados por el abuso al principio de la autonomía de la voluntad. Riquetti (2016) divide este modelo en dos momentos importantes a saber:

1. En un principio, la deslealtad fue comprendida como un supuesto de ilicitud que atribuía falta de lealtad a ciertas prácticas que vulneraban los derechos de propiedad industrial de grandes empresarios, generalmente protegían marcas y patentes contra actos concurrenciales de competencia desleal. Por vía legislativa se sancionan actos de engaño, denigración, aprovechamiento de reputación ajena, entre otros, siempre y cuando, estos actos, vulneren derechos de propiedad industrial

Una de las principales características del modelo paleoliberal fue su regulación fragmentaria y taxativa que no permitió realizar interpretaciones extensivas respecto de otras conductas que podían encasillarse como desleales. No fue regulado de manera general, no contenía una cláusula general que abarque y sancione todos los actos desleales que pueden presentarse en el mercado.

Las normas de competencia desleal fueron de naturaleza netamente penal por lo que para determinar la culpabilidad e imponer una sanción, también de carácter penal, se debía observar el principio de tipicidad (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) y el principio de legalidad, por lo que la norma no era extensiva a otros supuestos de deslealtad. Países como Alemania y España siguieron este modelo.

2. Posteriormente, la competencia desleal sigue la línea subjetiva del derecho mercantil, convirtiéndolo en un derecho exclusivo de los comerciantes y se transforma la naturaleza del ilícito, adoptando un carácter indemnizatorio, que se basaba en el derecho privado, que exigía la prueba de los elementos de la responsabilidad civil, es decir, el dolo y la culpa.

La acción de competencia desleal cayó en desuso por la exigencia de demostrar el daño efectivamente realizado con dolo la culpa para probar ilícito, lo cual resultaba sumamente complicado. Otra falencia de este modelo fue dejar de lado la función

preventiva de la competencia desleal, al tener que probar el daño, centrándose únicamente en la función indemnizatoria o compensatoria; sin establecer una acción de cesación que impida que se siga cometiendo la conducta desleal.

#### **2.2.3.1.2. Modelo Profesional o Corporativista:**

Este modelo surge a partir de la revisión del Convenio de París de 1925, llevado a cabo en La Haya. Se aportaron significativas puntualizaciones para la evolución de la competencia desleal. En este modelo la competencia desleal protege los derechos privados de los competidores leales por lo que se torna una disciplina de derecho privado que supera la regulación fragmentaria del modelo anterior al implementar una cláusula general prohibitiva, ampliando el espectro de protección de la competencia desleal, que determina los parámetros bajo los cuales se valora si una conducta configura el ilícito de deslealtad.

La ley ya no determina taxativamente las prácticas desleales, en cambio, fija el criterio de valoración de la deslealtad, que consiste en “la desviación de los usos honestos en materia mercantil e industrial, medida en función de la violación o no de la buena fe subjetiva”. (Alvear, La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar, 2018). La contrariedad a los usos honestos y las costumbres mercantiles son determinados en atención al punto de vista de un competidor considerado sensato, tornándolo un criterio delimitador subjetivo.

En este entonces, la competencia desleal reprime actos de confusión sobre signos distintivos y otras figuras propias de la propiedad industrial cuya tutela no tiene por objeto proteger el sistema de libre competencia sino los intereses de los individuales de los empresarios. (Menendez, 1988). El acto de competencia desleal se configura al violar las normas de deontología profesional, de las corporaciones, lo cual explica su denominación. Como consecuencia del cambio del criterio delimitador, se suprime la exigencia de probar el dolo o la culpa, pues no es necesario demostrar la intención del sujeto activo, basta con probar que la conducta es antijurídica.

Por otra parte, incorpora la acción de cesación, es decir, se protege al competidor leal frente a prácticas desleales sin que sea necesaria la materialización del daño, legitimando activamente al comerciante o empresario para que ante el simple riesgo de

vulneración de sus derechos, puede ejercer acciones en contra del competidor desleal, siempre que exista una efectiva relación de competencia entre ambos sujetos; no obstante, el ámbito de protección de la competencia desleal continúa siendo limitado, por ser considerada parte de la Propiedad Intelectual, ejemplos de la implementación de este modelo son la jurisprudencia francesa de *concurrance déloyale*, del cual deviene el nombre de competencia desleal y la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

#### **2.2.3.1.3. Modelo Social:**

El modelo social surge por influencia de la ideología que concibe al Estado Social de Derecho, misma que se caracteriza por adoptar un modelo económico social de mercado. La realidad económica y social de la época, después de atravesar dos guerras mundiales, deja en evidencia la necesidad de velar por el desarrollo colectivo, en pro del interés social. Así nacen las constituciones económicas, reconociendo la importancia del correcto funcionamiento del mercado para el desarrollo de los individuos, que a grandes rasgos se refleja en aumento del bienestar común.

Bajo este contexto, este modelo supera la comprensión de la deslealtad como un tipo de incorrección profesional, pues se considera que el “ilícito de deslealtad concurrencial se entiende como una forma específica de la prohibición de abuso del derecho aplicable a la libre iniciativa económica, que proviene de la disconformidad de una conducta con los intereses propios del orden económico” (Alvear, La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar, 2018). Todo acto o práctica comercial debe observar los principios que consagra el ordenamiento jurídico.

El criterio delimitador de la deslealtad se transforma y ahora lo configura la objetiva contrariedad a la buena fe o a los usos honestos, esta última entendida como la conducta socialmente aceptada, es decir, es el actuar que tanto los agentes económicos como la sociedad espera por parte de los competidores, en el ejercicio de sus actividades comerciales y económicas.

Se desplaza el término empresario por operador económico, incluyendo a los consumidores como sujeto pasivo de esta protección. El ámbito de protección de la competencia desleal se amplía, sin perder su carácter privado, protegiendo: los derechos

privados de los operadores económicos, sin que sea relevante la influencia o poder que los mismos ejerzan dentro del mercado; los derechos difusos de los consumidores; y, de manera indirecta, al mercado, debido a que la tutela del sistema competitivo le corresponde al derecho de competencia.

La vulneración de un derecho económico constitucionalizado por un acto desleal, legitima al operador económico agraviado, sea este un competidor o un consumidor, para ejercer las respectivas acciones, de naturaleza administrativa o civil, reconocidas a ellos por el derecho de competencia desleal, restaurando de tal forma el correcto funcionamiento del mercado.

La evolución de la competencia desleal es producto del desarrollo jurisprudencial, legislativo y doctrinario a nivel mundial que, paulatinamente, ha dilucidado las características propias de esta rama del derecho, comprendiéndola como una disciplina autónoma, acorde a los bienes jurídicos que tutela, su objeto protección y naturaleza jurídica, al igual que su función de corrección en el mercado, entre otros aspectos.

Es importante recalcar que estos modelos no se han dado en todas partes ni mucho menos al mismo tiempo o de manera lineal, cada país ha tenido su propio desarrollo de las normas de competencia desleal, algunas partiendo de la jurisprudencia y otras de la ley; pero en su mayoría, fue desarrollado como parte de la propiedad industrial, siendo considerado como una institución que protegía los derechos derivados de las marcas.

### **2.2.3.2. Elementos de la Competencia Desleal:**

Los elementos de la Competencia Desleal han sido confundidos con los de otras disciplinas del derecho como los del derecho de competencia, derecho de defensa del consumidor y propiedad intelectual, lo cual ha derivado en falta de protección a los operadores económicos afectados por actos concurrenciales de deslealtad. De tal forma, determinarlos elementos que la componen es una labor que permite esclarecer el ordenamiento jurídico sustantivo adecuado a su naturaleza y también el sistema procesal apropiado, dotándola así, de eficacia material.



### **2.2.3.3. Naturaleza de la Competencia Desleal:**

La competencia desleal surge con la finalidad de garantizar un mercado equitativo, en un principio basada en la responsabilidad extracontractual civil, e imponía el deber de conducta correcta a los operadores económicos, desde su especialidad, a fin proteger los intereses privados de los competidores; posteriormente, con su evolución, se ha reconocido la protección de los consumidores frente a ilícitos de deslealtad concurrencial en el tráfico económico, imponiendo límites al goce y uso de los derechos económicos.

Su naturaleza jurídica es definida por los intereses que tutela, es decir, el de los particulares de los operadores económicos, constituyéndose como una disciplina de naturaleza privada. Las instituciones del derecho de competencia desleal protegen los derechos subjetivos y privados de quienes participan en el mercado, durante toda la cadena de producción, bien se trate de relaciones entre competidores o entre estos con los consumidores.

En síntesis, el derecho de competencia desleal pretende orientar las conductas de los diversos agentes económicos, sin importar la incidencia de estos en el mercado o la magnitud económica de la conducta, imponiéndoles la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Esta herramienta habilita al sujeto pasivo de un ilícito concurrencial a plantear las acciones legales ante la vulneración de sus derechos subjetivos a fin de obtener una indemnización por el perjuicio recibido.

### **2.2.3.4. Bienes jurídicos tutelados por la Competencia Desleal:**

La competencia desleal, en un principio, protegía a los competidores directamente afectados, sin embargo, con el transcurso del tiempo y la evolución de la disciplina, su alcance se ha ampliado, manteniendo su objetivo de imponer a todos los agentes económicos el deber de actuar de manera correcta en el mercado, prohibiendo cualquier actuación incorrecta o desleal.

Los bienes jurídicos tutelados por la competencia desleal, desde la instauración del modelo social son más diversos y protegen los intereses de todos quienes participan dentro del mercado, independientemente de su relevancia o importancia; además, ampara también los derechos colectivos de los consumidores, siempre y cuando se vean afectados

por un acto de deslealtad; y, finalmente, de manera indirecta, protege al sistema competitivo, velando de tal forma por el interés general.

La ley de competencia desleal española ha dividido los actos desleales, según sus efectos, en dos: simples y agravados. Los primeros afectan únicamente a derechos subjetivos y por ende, a intereses privados de los operadores económicos y es el juez de lo civil el competente para conocerlos; mientras que, los actos agravados por su magnitud afectan al interés público y consecuentemente a la libre competencia del mercado y además de ser sancionado por el juez de lo civil, debe ser remitido a la autoridad de competencia, a fin de que se realice la respectiva investigación conforme a las reglas del Derecho Administrativo Sancionador.

Determinar el nivel de gravedad de un acto desleal no requiere la delimitación de un mercado relevante, pues no deben ser confundidos o considerados parte del derecho de competencia, cada disciplina goza de autonomía y regulan diferentes supuestos de hecho; además, se debe puntualizar que, esto no la torna una rama del derecho público, simplemente es producto de la ampliación de su ámbito de protección, como ha sido anteriormente mencionado.

#### **2.2.3.5. Función de la Competencia Desleal:**

La función primordial de esta disciplina es imponer un modelo o un deber de conducta conforme al criterio delimitador que, como hemos revisado anteriormente, depende de factores temporoespaciales y sirve como parámetro para evaluar las conductas que podrían configurarse como desleales; por lo que, mediante normas de corrección y de sanción, se regulan y castigan las conductas desleales de los operadores económicos en el mercado.

Actualmente, el principio general de buena fe constituye el criterio delimitador de la deslealtad, es decir, quienes participan en la actividad económica en todo momento de la cadena productiva, deben observar este lineamiento y adaptar su conducta al mismo. Este criterio está contenido en una cláusula general prohibitiva, codificando así el sistema de regulación contra la deslealtad, de forma que abarque todos los supuestos que se puedan

enmarcar como antijurídicos de deslealtad, sin necesidad de enumerarlos taxativamente, a fin de evitar cualquier riesgo de desprotección.

La cláusula general prohibitiva constituye la parte central de la competencia desleal, la esencia de la materia, lo que la autonomiza como disciplina, pues la misma delimita sus fines, función, bienes jurídicos protegidos, entre otros; lo cual permite desarrollar el sistema particular que rige la competencia desleal y determinar las normas procesales propias de la materia. (Alvear, La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar, 2018). El derecho sustantivo no sirve por sí solo, requiere de derecho procesal que responda a la naturaleza de cada rama.

Esta cláusula fija el alcance de la competencia desleal en cada ordenamiento jurídico, mediante el establecimiento de los principios generales que inspiran a esta rama del derecho. Consiste en una norma, de carácter general o abierto, que determina una serie de pautas o lineamientos que deben ser observados por todos los competidores, al momento de realizar cualquier acto o práctica de carácter económico en el mercado, delimitando, de esta forma, el ámbito dentro del cual se pueden desenvolver en el mismo.

#### **2.2.4. Diferencias entre las ramas que componen el derecho de corrección económica:**

Los derechos constitucionales económicos no son derechos de carácter absoluto, cumplen con diferentes funciones y una de ellas es garantizar el orden público; bajo este contexto, surge el derecho de corrección económica, con el objetivo de imponer límites al goce de estos derechos a todos los operadores económicos que participen en el mercado, mediante la regulación de las siguientes disciplinas: el derecho de competencia, la competencia desleal y el derecho de defensa del consumidor.

En nuestro país, se confundió la esencia o naturaleza de cada una de estas ramas, provocando la falta de protección a los derechos económicos de los agentes del mercado. Es así, que resulta menester, diferenciar estas tres ramas del derecho de corrección económica:

- **Derecho de Competencia:** el bien jurídico que protege esta rama del derecho es el interés público y el sistema competitivo, encasillándose, por ende, dentro del

derecho público. Mediante la aplicación de las reglas del derecho administrativo impone sanciones a los grandes operadores económicos que incurren en conductas o prácticas que distorsionan o restringen la libre competencia.

- **Competencia Desleal:** Se trata de una rama del derecho privado, que protege los intereses particulares de los operadores económicos, durante toda la cadena productiva; además, protege los derechos de los consumidores, pero de manera difusa; y, al sistema competitivo, de manera indirecta. Los bienes jurídicos tutelados de la competencia desleal son derechos subjetivos y privados de los operadores económicos, mediante la aplicación de sanciones ante conductas ilícitas, sin tomar en consideración la magnitud o incidencia de los competidores en el mercado.
- **Derecho de Defensa del Consumidor:** El objeto de protección de esta disciplina son los derechos del consumidor en sus vínculos de consumo.

### **2.3. La competencia desleal: marco legal**

En nuestro país, en un principio, se trató de responder a los problemas derivados de prácticas desleales con las reglas del derecho civil, careciendo de un sistema que regule efectivamente la materia. En el año 2000, la Comisión de la Comunidad Andina (de ahora en adelante CAN), expide la decisión 486, llamada Régimen Común sobre Propiedad Industrial, misma que, siguiendo el modelo cooperativista, aborda a la competencia desleal como una figura propia de la propiedad industrial y Ecuador, al ser un país miembro de la CAN, debía regirse a esta norma y adaptar su normativa interna a la comunitaria, la cual era insuficiente y mal abordada.

En el año 2006 entra en vigor la ahora derogada Ley de Propiedad Intelectual, cuyas normas, basadas en la decisión 486, limitaron el ámbito de protección de la competencia desleal a los derechos derivados de la propiedad intelectual, confundiendo y negando, de esta forma, la autonomía disciplinar de estas dos ramas jurídicas, desamparando derechos subjetivos, de diferente naturaleza, susceptibles de ser vulnerados por actos concurrenciales de deslealtad.

En los años posteriores, se desvinculó a la competencia desleal de la propiedad industria, con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (de ahora en adelante LORCPM), en el año 2011; y, del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el año 2012; sin embargo, ahora lo confunde con el derecho de competencia, manteniendo su falta de autonomía. Pese a estos errores, actualmente, este cuerpo normativo junto a su reglamento de aplicación constituye el marco legal que regula la parte sustantiva y procedimental, respectivamente, del derecho de competencia desleal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **2.3.1. Análisis de la regulación de la competencia desleal en la LORCPM**

El ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de un sistema normativo que regule, al menos de manera específica e independiente, las normas sustantivas y procesales contra la competencia desleal. A pesar de que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su respectivo Reglamento de Aplicación, abarcan ciertas normas relativas a la materia, su regulación constituye un error sistemático que genera inseguridad jurídica.

La competencia desleal está regulada en la sección V, del capítulo II, de la LORCPM, denominado “Régimen de Regulación y Control”, en el cual se subsumen las leyes y principios contra la competencia desleal dentro del derecho de competencia, confundiendo todos sus elementos. Este cuerpo legal no delimita el ámbito sustantivo de la competencia desleal de manera autónoma ni exhaustiva, lo que, consecuentemente, tampoco permite determinar un esquema procesal eficiente y oportuno que responda a las necesidades y naturaleza de la disciplina.

Este yerro puede afectar la protección de los derechos constitucionales de los operadores económicos, dejándolos en indefensión frente a conductas desleales; asimismo, la falta de un sistema procesal adecuado provoca que se utilicen acciones inadecuadas que implican investigaciones sin sentido por parte de la autoridad administrativa, pues estas prácticas deben ser sancionadas mediante acciones civiles, por vía jurisdiccional específico de del derecho privado; permitiendo incluso, en base al criterio delimitador, la interpretación extensiva de la norma, admitiendo la reinterpretación evolutiva de esta institución jurídica, lo cual no es posible en el derecho

público.( (Alvear, Patologías sistemáticas y apuntes para la Reforma a la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado, 2023).

La LORCPM (2011), siguiendo la línea del modelo social, establece en su artículo 25 lo siguiente: “se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria.”; mientras que en el artículo 26 prohíbe expresamente los actos o prácticas desleales de cualquier tipo “cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la competencia desleal está delimitada por ambos artículos, pues en conjunto constituyen la cláusula general prohibitiva, en virtud de la que se va a poder determinar qué actos se encasillan como desleales.

Por otra parte, el tercer inciso del mentado artículo 25 señala que no es necesario demostrar la intención que tuvo el sujeto activo al momento de realizar la conducta antijurídica, basta con probar que la conducta exteriorizada se encuadra dentro de los supuestos de deslealtad; del mismo modo, no es imperioso acreditar la producción de un daño efectivo, simplemente se requiere probar el cometimiento de una práctica desleal que debe ser sancionado independientemente de si se obtuvo o no un resultado dañoso.

El cuarto inciso manda que “las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común”, de esta forma, se legitima a los operadores económicos, cuyos derechos subjetivos han sido vulnerados, para activar el órgano judicial, mediante la interposición de una acción civil, contra aquellos competidores desleales, a fin de exigir la indemnización que le corresponda por los daños y perjuicios ocasionados a su persona.

En el artículo 27, el legislador optó por enunciar, de manera ejemplificativa, diferentes conductas que se encasillan dentro de los supuestos de deslealtad, tales como: los actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, violación de normas, entre otras. Estas son algunas de las conductas desleales que se dan con más frecuencia dentro

del mercado, sin embargo, pese a que varias tienen relación con la propiedad intelectual, no se debe confundir ambas ramas o subsumir la una dentro de la otra, como lo hace la norma comunitaria mediante la decisión 486, cada una posee su propia naturaleza y por lo tanto, requiere sus propias instituciones.

En otra mano, el Reglamento de Aplicación de la LORCPM (2011), en la sección III, del capítulo I, regula el procedimiento a seguir ante una denuncia de presunta comisión de prácticas desleales, la cual se puede presentar ante la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) o ante la autoridad competente en materia de propiedad intelectual, es decir el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), en los casos donde se vean afectados derechos derivados de la Propiedad Intelectual, que no afecten al interés general.

El procedimiento designado en la legislación ecuatoriana para la resolución de casos de competencia desleal es dilatorio y errado; el competidor o usuario perjudicado, en primer lugar debe denunciar ante la autoridad competente, SCE o SENADI, cuando se discuten cuestiones relativas a propiedad intelectual, quienes van a investigar y determinar si se ha incurrido o no en una práctica desleal; y, recién en este momento, el afectado puede recurrir a la vía judicial para reclamar la respectiva indemnización por el perjuicio. Además, la autoridad únicamente va a determinar que existe competencia desleal cuando el operador económico presuntamente desleal tenga incidencia en el mercado y el perjuicio ocasionado sea considerable, lo cual no responde a la función de la competencia desleal.

Podemos concluir que las normas sustantivas y procesales destinadas a regular los actos de competencia desleal en nuestro país no abarcan de manera íntegra la complejidad de la materia, son vagas e insuficientes; y, el procedimiento es inadecuado, no responde a la naturaleza jurídica de esta disciplina, debido a que no se han realizado los análisis correspondientes, previos a la promulgación de las leyes, sino simplemente se han tomado normas de otros cuerpos normativos y se han juntado sin una lógica jurídica

### **2.3.2. Proyecto de ley orgánica de competencia desleal**

En el mes de enero de 2022 se presentó la iniciativa de reforma al régimen de competencia desleal en el Ecuador, sin embargo, el Consejo de Administración Legislativa la archivó por no contener suficiente exposición de motivos; por lo que, en el mes de octubre del mismo año se presenta nuevamente la propuesta denominada “Proyecto de la Ley Orgánica de Competencia Desleal” (PLOC), por iniciativa del doctor César Córdova Valverde, presidente de la Función de Transparencia y Control, encontrándose actualmente en debate.

El numeral dos de la exposición de motivos de este proyecto de ley, señala que se pretende superar la falta de tutela administrativa a la cual se enfrentan ciertos operadores económicos cuyos casos de competencia desleal no cumplen con el requisito de afectación a la competencia o al bienestar general, dispuesto en el artículo 25 de la LORCPM, dejando en indefensión a quienes compiten honestamente en el mercado, cumpliendo sus obligaciones legales.

Como se ha mencionado en líneas precedentes, las prácticas de competencia desleal, según los intereses afectados, se clasifican en simples y agravados. Mediante la promulgación de esta ley se pretende limitar la competencia al órgano administrativo, actualmente la Intendencia Nacional de Investigaciones y Control de Prácticas Desleales (INICPD) de la SCE, únicamente a los casos agravados de competencia desleal, es decir, aquellos que no afectan solo los intereses de los particulares sino al mercado en general.

Para la resolución de casos de actos desleales simples, se han conferido a los operadores económicos afectados acciones judiciales, las cuales se tramitarán en vía civil mediante procedimiento sumario. De igual forma, ciertas acciones judiciales pueden ser ejercidas por los afectados por actos desleales agravados, como la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, pues no sería coherente utilizar la vía administrativa sancionadora para resolver las acciones reparatorias, las cuales son de naturaleza privada.

El PLOC, siguiendo la línea del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Código Orgánico Administrativo, determina el procedimiento a seguir para



la resolución de casos de competencia desleal agravados y concede la facultad al órgano competente para imponer, sea como medida preventiva o como medida correctiva, el cese de la práctica, imponiendo, al competidor desleal, una obligación de no hacer.

En cuanto a los casos de competencia desleal simple, los cuales deben ser sustanciados por vía judicial, se legitima a la parte afectada o a quien tuviere interés legítimo a ejercer la acción de cesación de conducta desleal o la acción de prohibición de reiteración futura: la primera se interpone ante conductas ya iniciadas que perduran en el tiempo, ante la cual se puede solicitar su cese; mientras que la segunda acción se interpone en aquellos casos en los cuales se evidencia el riesgo objetivo de que se repita una conducta que se dio en el pasado. Ambas acciones buscan una tutela preventiva a los derechos de quien los ejerce.

El Reglamento de la LORCPM preveía que el presunto competidor desleal, debía ser notificado con la denuncia, una vez que esta haya sido calificada; mientras que el PLOCD establece que el denunciado debe ser notificado con la resolución de inicio de la etapa de investigación, misma que se emite una vez realizadas las actuaciones previas, en la cual pueden recabarse más elementos que permitan presumir la existencia de una práctica desleal o desvirtuar otros. De tal forma el accionado va a pronunciarse y remitir los elementos de descargo sobre los hechos e infracciones que la autoridad determinó que deben ser investigados, más no los señalados por quien denuncia.

Reconocer el carácter privado de la materia implica la derivación de la competencia a los jueces de lo civil, lo cual resultaría complejo, pues determinar qué jueces serían los más idóneos para conocer este tipo de conflictos es complejo, debido a que no se trata únicamente acciones indemnizatorias sino también de acciones sancionadoras, este tema podría ser discutido. Por otra parte, se debe realizar la respectiva capacitación a los jueces competentes al requerir la materia cierto nivel de especialización.

La aprobación de la Ley Orgánica de Competencia Desleal, supondría un cambio considerable del régimen normativo de competencia desleal en el Ecuador, que acarrearía una serie de ventajas y desventajas; sin embargo, es importante resolver los nuevos desafíos que su promulgación conlleva, tanto para la SCE como para la Función Judicial,

por lo que se deben discutir todas las alternativas a fin de elegir las más beneficiosas, para las partes y para el uso de los recursos del estado, que vayan acorde a la naturaleza de la materia.

### **Conclusión:**

Expedir normas es una tarea sumamente compleja que debe realizar el legislador junto a sus auxiliares, después de analizar varios factores, no se trata simplemente de recopilar varias normas y juntarlas sin contexto. Implementar esta nueva categorización denominada “derecho de corrección económica”, como ha sido analizado doctrinariamente, permite diferenciar claramente el objeto de protección de cada rama de este macrosistema, dotando de eficacia a la norma y por lo tanto, creando un ambiente de seguridad que permita el correcto desenvolvimiento de los operadores económicos, lo que a gran escala representa un correcto funcionamiento del mercado, cumpliendo la función de la labor legislativa que pretende un bienestar general que armonice la coexistencia.

## **CAPÍTULO 3**

### **3. UBER: UNA PRÁCTICA DE COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR**

#### **Introducción:**

El auge de la tecnología favoreció la transformación del mercado, trayendo consigo una serie de inconvenientes jurídicos que deben ser resueltos. Se ha pretendido solucionar estas nuevas cuestiones bajo el dogma jurídico de la plenitud hermética del derecho, creando muchas veces más confusión. Es importante que el derecho evolucione junto con la sociedad a la que regula y reconozca los nuevos escenarios y situaciones a las que se enfrentan sus administrados, mismos que requieren atención tanto del legislador como de las autoridades judiciales y administrativas, para evitar que se incurra en actos que vayan en contra de los derechos de los operadores económicos e incluso del correcto funcionamiento del mercado. Este es el caso de Uber, una compañía cuya naturaleza es fuertemente discutida y su determinación resulta esencial a fin de establecer si sus prácticas se configuran como prácticas desleales.

#### **3.1. Análisis de casos de competencia desleal por violación de normas por parte de Uber en la legislación comparada.**

Diversas empresas que se encasillan dentro del modelo de la economía colaborativa, han sido objeto de críticas los últimos años por parte de quienes consideran que sus derechos se han visto vulnerados desde su llegada al mercado, en virtud de lo cual, se han emitido varias resoluciones, judiciales y administrativas o cuerpos normativos, que pretenden solventar la situación a la que se enfrentan los operadores económicos ante el desarrollo desmesurado de la tecnología y las nuevas formas de oferta y consumo.

A continuación, se realizará un breve análisis de algunas resoluciones que se han dictado en otros países en los cuales se han planteado acciones en contra de la compañía Uber, que consiste en brindar el servicio de transporte terrestre, de puerta a puerta, el cual, al parecer de los accionantes, constituye una práctica desleal principalmente por violación de normas. La legislación comparada nos permite conocer diferentes criterios basados en

diversos ordenamientos jurídicos y constituye uno de los puntos de partida para resolver discusiones jurídicas.

### **3.1.1. Madrid:**

En el año 2014, la Asociación Madrileña de Taxi (en adelante la asociación), interpuso la primera acción judicial en contra de la compañía Uber Technologies Inc.; mediante su procurador, la asociación presentó una solicitud de adopción de las siguientes medidas cautelares, sin audiencia previa, en contra de la compañía Uber,

1.- La cesación y prohibición en España, y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación “UberPop”, o cualquiera otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.; 2.- La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros “Uberpop” en España y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, mediante la página web <www. uber.com>, o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.; 3.- La cesación y prohibición de cualquier aplicación [app] o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España o subsidiariamente en la Comunidad de Madrid.; 4.- Se garanticen las medidas solicitadas son específicas, pero no exhaustivas medidas de efectividad.; 5.- Se condene en costas a la demandada. (Juzgado No 2 de lo Mercantil, 2014)

La adopción de medidas cautelares es solicitada con carácter previo a la presentación de la demanda principal, por motivos de urgencia; la asociación de taxis señala que esta será presentada lo antes posible, pero que debido a la dificultad de obtener documentos de una compañía extranjera y ante la imperante necesidad de informes periciales que respalden su postura, la demanda no pudo ser presentada en ese momento; no obstante, ofrece caución, conforme lo ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El juez del Juzgado de lo Mercantil No 2 de Madrid, en el razonamiento jurídico tercero de la resolución determina que es procedente adoptar las medidas cautelares sin la necesidad de que se lleve a cabo una audiencia previa porque podría comprometerse la

efectividad de la medida teniendo en cuenta que se deriva de una posible práctica de competencia desleal y sostiene que la situación es mucho más grave si se toma en consideración que Uber desarrolla su actividad desde un paraíso fiscal y que se puede evidenciar su deseo de evadir las leyes españolas.

Posteriormente, en los razonamientos jurídicos quinto y sexto, el juez resuelve que la solicitud reúne los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la interposición de medidas cautelares sin la presentación de la demanda principal, que consisten en: *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, *periculum in mora* o peligro por mora procesal y el ofrecimiento de caución.

Respecto del *periculum in mora*, el juzgador indica que, si no se puede esperar a celebrar una audiencia previa, con menor razón se puede demorar la adopción de las medidas cautelares a la resolución de un procedimiento, pues existen varios elementos que pueden implicar peligro de mora procesal, poniendo en peligro los derechos del actor. En cambio, sobre el requisito del *fumus boni iuris*, explica que se han aportado los argumentos suficientes para demostrar que es probable que el actor tenga derecho a la tutela que afirma.

El juez concedió las siguientes medidas cautelares: cesación y prohibición del servicio prestado por UberPop en todo el territorio español o de cualquiera que pueda denominarse con idénticos fines; la cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del servicio de UberPop mediante la página de Uber; y, finalmente, la cesación y prohibición de cualquier plataforma que preste este tipo de servicios en España. Esta resolución fue el primer precedente español relativo al tema de competencia desleal de Uber, el cual más tarde se complementó con la resolución del Juzgado de lo Mercantil No 3 que será analizado a continuación.

### **3.1.2. Barcelona:**

En el mismo año, en el mes de octubre, la Asociación Profesional Élite Taxi (en adelante Élite Taxi), interpuso una demanda declarativa y de cesación de actos de competencia desleal en contra de Uber System Spain S.L., sociedad española filial a Uber Technologies Inc., ante el Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Barcelona. La demanda pretendía que se declare que el servicio de UberPop, prestado mediante su plataforma, se

trata de un servicio de transporte terrestre idéntico al prestado por los taxis, constituyéndose una práctica de competencia desleal por violación de normas; solicitando, consecuentemente, que se condene a la compañía a cesar su conducta y se prohíba su reiteración futura.

La demandada, por su parte, sostuvo que su compañía Uber S.S., se constituyó únicamente con fines publicitarios, pues no poseen ningún control sobre la aplicación, quien lo hace es Uber Bv, una sociedad domiciliada en Países Bajos; y se opuso a lo argumentado por la accionante, defendiendo que ellos no prestan servicios de transporte, sino se trata de un servicio de la sociedad de la información por estar vinculados con la economía colaborativa, invocando las reglas de la Directiva europea 98/34 del Parlamento Europeo, sobre las relativas a la prestación de servicios de la sociedad de la información.

Una vez que el Juzgado conoce la demanda, declara que previo a pronunciarse sobre la posible competencia desleal configurada por Uber, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es necesario plantear ciertas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJUE), debido a que las actividades vinculadas a la plataforma son de carácter internacional y por ello deben valorarse en el contexto de la comunidad, planteando las siguientes interrogantes a ser resueltas:

1. En la medida en la que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva a las actividades de transporte: se pregunta si la actividad realizada por Uber, con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos que permitan su conexión, debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva [98/34].

2. Dentro de la identificación de la naturaleza jurídica de esta actividad si pudiera considerarse parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debiese beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio

de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria – artículo 56 TFUE y Directivas [2006/123] y [2000/31].

3. En el caso de que se considerara que el servicio realizado por Uber no es un servicio de transporte y, por lo tanto, se considerara dentro de los supuestos amparados por la Directiva 2006/123, la cuestión que se plantea es si el contenido del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal —referido a la violación de normas que regulen la actividad sobre libertad de establecimiento y régimen de autorización, cuando la referencia a leyes o normas jurídicas internas se realice sin tener en cuenta que el régimen de obtención de licencias, autorizaciones o permisos no puede ser en modo alguno restrictivo o desproporcionado, es decir, no puede obstaculizar de modo no razonable el principio de libre establecimiento.

4. Si se confirma que la Directiva [2000/31] es aplicable al servicio prestado por Uber, la cuestión que se plantea es si las restricciones de un Estado miembro respecto a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al apartado 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva [2000/31]. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015)

A fin de poder responder los cuestionamientos planteados por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, la TJUE considera que es necesario, en primer lugar, distinguir los dos tipos de servicios dentro de los que se pretende contener la actividad de Uber: por un lado, define que el servicio de transporte consiste en desplazar, a una o más personas o bienes, de un lugar a otro, mediante la utilización de un vehículo; mientras que, un servicio de la sociedad de la información o de intermediación es aquel que simplemente permite la conexión entre el usuario que requiere transportarse y el oferente, no profesional, que va accede a trasladar a la persona, en su vehículo particular, sin relacionarse con la prestación del servicio de transporte.

El TJUE, señala que se debe verificar si el servicio de la plataforma puede subsumirse en el concepto de servicio de la sociedad de la información, contenido en el artículo 1, numeral 2, de la Directiva 98/34, el cual consiste en “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. (Parlamento Europeo y del Consejo de la Union Europea, 1998)

Con base a esta definición, el TJUE determina que el servicio de UberPop no consiste en una simple intermediación, por lo que su prestación debe ser calificada como un servicio en el ámbito del transporte, pues sin su plataforma, los conductores no podrían concurrir en el mercado; y que, además, la compañía si tiene una influencia decisiva respecto de cuestiones que guardan relación con la prestación del servicio de transporte, tales como la fijación de precios, requisitos para ser conductor, control sobre la calidad o características de los vehículos, etc.. De manera que se concluye que, si bien se trata de un servicio global que abarca diferentes prestaciones, el servicio principal es el de transporte y por ende debe ser considerado como tal; y no necesitan ser resueltos los planteamientos tres y cuatro.

Si bien, se determina que la prestación del servicio de UberPop, debe calificarse como un servicio de transporte público discrecional de viajeros que debe someterse a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres se España, por tratarse de transporte urbano no colectivo, que debe ser regulado por cada estado miembro, el Juzgado realiza un análisis de la Ley de Competencia Desleal española y desestima las pretensiones planteadas por Uber.

El análisis se basa en el artículo 15, de la Ley de Competencia Desleal, denominado violación de normas, el cual manda lo siguiente:

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa;
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. (**Juan Carlos I, 1991**)



El numeral uno prevé los casos que la violación es a normas que no regulen la actividad comercial como tal pero que obtengan ventajas significativas en el mercado al realizarlas; y, el segundo numeral se refiere a la infracción de normas que sí regulen la concurrencia en el mercado, sin importar si se obtiene ventaja o si esta es significativa. García, A (2019), citando a Leñana, diferencia las normas que regulan la actividad concurrencial en tres tipos: las normas que prohíben cualquier tipo de estrategia competitiva, normas que regulan la libre competencia y las que limitan el acceso a cierta actividad de carácter profesional. (p.23) 38

El juzgado consideró que no se podía considerar que todos los requisitos que se le exigen a las compañías de taxis mediante su reglamento, constituyen este tipo de normas que limitan el acceso a cierta actividad profesional, algunas se tratan simplemente de normas administrativas y además, sostuvo que no poseer la licencia necesaria para brindar el servicio, este no se le puede imputar a Uber, pues son los conductores quienes incurren en esta infracción.

Finalmente, se concluye que no se le pueden imputar a Uber System Spain estos actos de competencia desleal debido a que la aplicación es manejada por una compañía distinta, tal como lo había sostenido Uber S.S. en su defensa; y si bien ambas son filiales, los actos de cooperación que se pretenden imputar a la compañía constituida bajo las normas españolas no pueden considerarse desleales, pues no es la titular de la plataforma y su cooperación con la empresa no es asimilable. Además, respecto de las dos pretensiones de declaración de competencia desleal por actos de engaño e infracción de la buena fe, el tribunal sostiene que es imposible, de igual forma, determinar quiénes son los beneficiarios de las ventajas que se obtienen por estas prácticas, por lo que desestima la demanda.

### **3.1.3. São Paulo:**

A finales de abril del año 2015, el Sindicato dos Motoristas nas Empresas de Táxis no Estado de São Paulo (Simtetaxi-SP), presentó una demanda en contra de Uber en el Juzgado 12° de lo Civil de São Paulo, el juez dictó sentencia favorable a favor del sindicato de taxis, suspendiendo la actividad de Uber dentro del territorio y ordeno la eliminación de la aplicación en las tiendas en línea; sin embargo, el siguiente día tuvo que revocar su

decisión debido a que, el Juzgado 19° de lo Civil había desestimado un caso bastante similar presentado por Associação Boa Vista de Táxi, pues a consideración de la juzgadora, era un fiscal quien debía defender el caso.

Posteriormente, en este estado, se dictó un marco regulatorio que permita resolver los inconvenientes derivados de las compañías de economía colaborativa, cuerpo normativo denominado el Decreto de Regulação da Exploração Econômica do Uso Intensivo do Viário Urbano, mediante el que se pretende crear un nuevo sistema de transporte terrestre privado basado en el uso de la tecnología, en el cual se establece la legalidad de los denominados Operadores de Transporte Credenciado (en adelante OTC), los cuales serán regulados por Departamento de Obras Urbanas y de Infraestructura, a diferencia de Uber que la Secretaría de Transporte.

Uber se ha convertido en una fuente de trabajo en Brasil, que resuelve, al menos en parte, la pobreza del país. Mediante este decreto, se determinó que la compañía norteamericana debe pagar una tasa aproximada de diez centavos de real por cada kilómetro recorrido al Municipio de São Paulo, valor que en realidad se obtuvo en virtud del costo anual de mantenimiento de la vía, dividiéndolo para el total de kilómetros establecidos.

#### **3.1.4. Colombia:**

La empresa de Comunicación Tech y Transporte S.A. (de ahora en adelante COTECH), presentó en el año 2016, una denuncia por presuntas prácticas de competencia desleal llevadas a cabo por parte de Uber Bv, Uber Technologies Inc. y Uber Colombia, ante la Superintendencia de Industria y Comercio (de ahora en adelante SIC); por no contar con los permisos necesarios para prestar servicios de transporte en el territorio colombiano.

En primer lugar, la SIC analiza la situación de la prestación de Servicio de Transporte Privado Intermediado Por Plataformas (TPIP) en Colombia y señala que esta actividad se encuentra regulada únicamente para cuatro tipos de servicios, a saber: servicio público de transporte terrestre de automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, servicio público de transporte terrestre automotor especial, transporte público terrestre

automotor individual de pasajeros y transporte público terrestre automotor individual de pasajeros en nivel de lujo; concluyendo que Uber no se adapta a ninguna de estas modalidades, mas se encontraba creando oferta en el mercado mediante el uso de una plataforma, para conectar conductores con usuarios.

Después de realizar un estudio objetivo de la situación, la Superintendencia de Industria y Comercio, desestimó la tesis que plantea Uber en todas sus defensas, la de que su servicio pertenece a los servicios de la sociedad de la información, pues ellos no ejercen control sobre los conductores ni mantienen una relación laboral, simplemente intermedian la conexión, por lo que no le es aplicable la Ley 769 de 2022, mediante la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

De esta forma, el 20 de diciembre de 2019, la SIC declaró con lugar la demanda presentada por COTECH S.A. y condenó a Uber por incurrir en actos de competencia desleal por violación de normas y desviación de clientela, pues, a su juicio, Uber prestaba exactamente el mismo tipo de servicio ofertado por los taxis y elusión de normas le permitió ofrecer mejores precios en el mercado, produciendo un desvío de clientela, advirtiendo que fue en virtud de este hecho que obtuvo ventaja significativa, constituyéndose las prácticas contempladas supuestos del artículo 8 y 18 de la Ley 256 de 1996, por inobservar el criterio delimitador de la buena fe al participar en el mercado bajo diferentes condiciones a los demás competidores.

Consecuentemente, la SIC ordenó el cese inmediato de la utilización y acceso al servicio de transporte individual prestado por Uber, bajo la modalidad de Uber, UberX y Uber VAN en el territorio colombiano; agregó también, que se debe comunicar a las empresas prestadores de servicios de telecomunicaciones, a fin de que se proceda a suspender el acceso a cualquier red de comunicación o prestación de servicios que operen bajo la misma modalidad; y condenó a costas las demandadas.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en fecha 18 de junio de 2020, estableció la revocatoria de la sentencia expedida por la SIC y COTECH S.A. interpuso recurso de casación sin obtener un resultado favorable, pues los jueces de la Corte Suprema de Justicia no casaron la sentencia. Sin embargo, no se trataron ni determinaron

asuntos de fondo, el tribunal simplemente se acogió a la tesis de la sentencia de primera instancia, sosteniendo que las acciones habían prescrito.

### **3.2. Pronunciamiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.**

En agosto de 2018, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, ahora llamada Superintendencia de Competencia Económica, emitió el informe especial Nro SCPM-IAC-DNEM-015- 2017, denominado Análisis de la normativa legal relaciona con el servicio de transporte comercial terrestre de personas a través de plataformas tecnológicas en el Distrito Metropolitano de Quito (DMQ), cuyo objeto es conocer la estructura y el funcionamiento del servicio de taxis solicitados por plataformas por medio de aplicaciones tecnológicas en el DMQ.

A lo largo del informe realiza una evaluación de cómo funciona el servicio de taxi regulado y no regulado en el territorio del DMQ, mediante la observación de datos estadísticos y realiza un estudio de las resoluciones emitidas en diferentes países respecto del servicio prestado por aplicaciones como Uber o Cabify; concluyendo, finalmente, que es imposible negarse a la llegada de estas nuevas tecnologías, y por eso, no se puede impedir la prestación del servicio de transporte por medio de dichas aplicaciones, pues esto constituiría una barrera de entrada a estos nuevos operadores, yendo en contra de la sana competencia.

Este informe que, sin duda, es vago e incompleto, no nos trae mayor información respecto de la situación discutida en el presente trabajo, sin embargo, ha sido traído a colación por ser el único pronunciamiento de la SCPM respecto del tema, pues concluye que posiblemente el servicio prestado por la plataforma de Uber puede configurarse en una práctica desleal y sugiere a la Agencia Nacional de Tránsito (ANT) proceder con la regulación de este tipo de plataformas, reconociéndolas como prestadoras de servicio de transporte comercial.

Es por esto, que, a discrecionalidad de la SCPM, la prestación servicios de transporte terrestre comercial, prestado por estos operadores económicos, debe simplemente seguir la suerte de los taxis ejecutivos, que son aquellos que pueden ejecutar la prestación del servicio cuando este sea solicitado por medio de una llamada telefónica o mediante una

plataforma digital autorizada; por lo que deberían ser regulados con las mismas normas y así, podrán operar juntos en el mercado.

### **3.3. Competencia desleal de Uber por violación de normas en el marco jurídico ecuatoriano.**

#### **3.3.1. Determinación del tipo de servicio prestado por Uber.**

El presente trabajo de titulación pretende determinar, en base a las normas ecuatorianas, si la conducta de Uber configura los supuestos de deslealtad por violación de normas, constituyendo una práctica desleal en contra del servicio de taxis ejecutivos; sin embargo, antes de responder esta duda es importante plantearnos otra interrogante: ¿Qué tipos de servicios presta Uber mediante su aplicación?

Varias compañías se enmarcan así mismas como empresas de consumo colaborativo, para que sus actividades sean consideradas como de simple intermediación, no obstante, como se revisó en el primer capítulo de este trabajo, la economía colaborativa no consiste únicamente en utilizar internet y plataformas digitales, es mucho más compleja; al menos, en principio, los servicios brindados por los particulares deben prestarse mediante el uso de bienes desaprovechados u ociosos, lo cual responde al objetivo principal de este sistema, crear un nuevo modelo de consumo.

Bajo esta premisa, podríamos enmarcar el servicio de BlaBlaCar como un modelo de economía colaborativa, por tratarse un servicio de *ridesharing* o viaje compartido, modalidad que consiste en realizar viajes de larga distancia con extraños que se dirigen al mismo destino o a lugares cercanos al mismo; la plataforma permite el contacto entre un particular, que va a realizar un viaje a otra ciudad, con un pasajero que necesita trasladarse cerca o en la misma ruta.

A mi criterio, la economía colaborativa, al menos en estricto sentido, no pretende hacer del servicio subyacente, derivado de la intermediación de la plataforma, una fuente de ingreso principal, debido a que eso no responde a la naturaleza de este modelo. Con esta aseveración no pretendo negar la posibilidad de crear nuevos modelos de negocio que implementen el uso de TICs, plataformas e intermediación, estos recursos deben ser

aprovechados al máximo, generando de esta forma nuevas plazas de trabajo; sin embargo, no considero que deban ser regulados de la misma manera.

Las aplicaciones como Uber y AirBnb, reúnen ciertas características de la economía colaborativa, como el uso del internet, la interconexión en red de personas, una comunidad basada en la confianza, pero dentro de sus plataformas existen personas que al encontrar provecho en estas actividades, actúan en calidad de profesionales, y adquieren nuevos departamentos o realizan un sinnúmero de carreras al día, lo cual no responde al verdadero objetivo de esta tendencia y no se enmarcaría dentro de sus fines económicos de generar ingresos extras ni en sus fines ambientales de reducir la contaminación, pues no existe una limitación al ejercicio de su actuar.

A fin de vislumbrar esta arista, la Comisión Europea (2016) fija las guías para distinguir cuando un sujeto está participando en el mercado como profesional y ya no lo hace como un particular: según la frecuencia de prestación de los servicios, se tiene que valorar si se presta el servicio con regularidad o de forma ocasional, pues es menos probable que estos últimos sean considerados como empresarios; la finalidad lucrativa, es probable que quienes obtengan remuneraciones superiores a los costes estén motivados por un fin de lucro; y, finalmente, el nivel de volumen del negocio, el cual entre más alto sea, más indica que el particular actúa en condición de empresario.<sup>39</sup>

Por otro lado, respecto de la determinación del servicio prestado por Uber, voy a remitirme a las consideraciones del abogado general del TJUE, no se puede considerar que Uber es un simple intermediario que pone en contacto oferentes con usuarios que requieren servicios de transporte, pues los conductores circulan en el marco de su plataforma, no lo hacen a cuenta propia, esto quiere decir que el servicio subyacente encuentra sentido en la existencia de la plataforma. (Szpunar, 2017) No podemos considerar el servicio de transporte como independiente del servicio de intermediación, Uber crea la oferta.

Varios factores que se mencionan frecuentemente para sostener que se trata de un servicio de transporte son los siguientes: el ánimo de lucro de la intermediación, mas, considero que este no puede ser un criterio determinante, pues independientemente de su

ánimo de lucro, los servicios de intermediación se rigen a las mismas normas; otros argumentos son el proceso de selección de conductores, Uber fija las condiciones bajo las cuales estos pueden calificar como oferentes en su plataforma y es el encargado de verificar que los requisitos se cumplan, además, Uber es el encargado de vigilar la valoración y comentarios que ha recibido cada conductor castigándolo o premiándolo por la calidad de su servicio y el tiempo cumplido.

De igual manera, Uber es la encargada de determinar los precios de los viajes, de los cuales recibe un porcentaje fijo. La compañía alega que los precios pueden ser negociados entre los particulares, pero se debe recalcar que ellos igual cobran su porcentaje en base a la tarifa por ellos fijada. Si bien no existe subordinación o una relación de trabajo en los términos comúnmente conocidos, no podemos negar que Uber ejerce cierto control en sus conductores.

Como respuesta a la pregunta planteada al comienzo de este tópico, me sumo a la consideración realizada por Szpunar (2017) y varios autores, este caso representa una situación *sui generis* en el mercado, se trata de un servicio mixto, que es complementario, pues se crea una oferta mediante una plataforma, que constituye el servicio prestado por vía electrónica; y, la respectiva prestación del servicio subyacente, que en este caso corresponde a la prestación del transporte, por ejercer influencia significativa sobre los conductores, siendo responsable de ambas actividades.

### **3.3.2. Delimitación del marco legal de competencia desleal ecuatoriano para el caso en cuestión.**

Una vez respondida esta interrogante, cabe revisar el artículo 25, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011), que determina el alcance de la competencia desleal en Ecuador, el mismo señala que: “Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras”. Como se había

mencionado en líneas anteriores, la legislación ecuatoriana se adapta al modelo social, cuyo criterio delimitador de deslealtad consiste en la contrariedad a la buena fe objetiva.

La LORCPM, en su artículo 27, numeral 9, esclarece que se considera desleal inobservar normas o abusar de procesos judiciales o administrativos para prevalecer en el mercado, siempre y cuando la ventaja obtenida sea significativa. De esto, se puede advertir, que para que se configure el ilícito de deslealtad, es necesario que se confluyan tres elementos: el primero consiste en la inobservancia o infracción de una norma, el segundo es que producto de esa inobservancia se prevalezca en el mercado y, por último, que esa prevalencia se traduzca en la obtención de una ventaja significativa.

A través de esta cláusula, el ordenamiento jurídico pretende eliminar cualquier posibilidad de obtener ventajas competitivas y significativas frente a los demás competidores que presten el mismo tipo de servicio o parecidos, cuyo origen sea la inobservancia de reglas contenidas en el marco normativo. (Bajaña & Gonzalez, 2019). Es importante mencionar que la cláusula de violación de norma contenida en la LORCPM es diferente a la de la legislación española, la cual fue citada previamente. El derecho de competencia desleal español distingue entre la violación de normas concurrenciales y la violación de normas no concurrenciales, y únicamente se requiere demostrar la ventaja significativa en el caso de estas últimas.

El objetivo de esta cláusula es velar por la denominada *par conditio concurrentium*, que se traduce como la paridad de condiciones de los recurrentes, dejando en segundo plano la protección del correcto funcionamiento del mercado, respondiendo a la naturaleza jurídica de la materia. Este principio pretende determinar un mismo punto de partida para los competidores, implementa un plano simétrico para todos.

No basta con probar que se han violado una o varias normas positivas del ordenamiento jurídico, es necesario que el sujeto mejore su posición en el mercado respecto de los demás competidores, para que esto sea relevante para el derecho de competencia desleal. Esta situación no debe ser analizada simplemente en base al incremento patrimonial, se debe evidenciar que se produjo un desequilibrio en el mercado producto de estas prácticas desleales y, tendrá que demostrarse que el dinero que ahora



forma parte del patrimonio del presunto desleal, en condiciones normales, de igualdad, hubiesen pertenecido a sus competidores, provocando un desplazamiento patrimonial. (Bajaña & Gonzalez, 2019)

### **3.3.3. Regulación del servicio de taxis según la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTTSV); su Reglamento de Aplicación; y el Reglamento de Transporte de Pasajeros en Taxi Convencional y Ejecutivo (RTPTCE).**

El artículo 57 de la LOTTTSV (2008) establece que todos quienes pretendan brindar servicios de transporte comercial requieren de permisos de operación, bajo los términos previstos por la ley. El servicio de taxis se enmarca en este supuesto, pues es aquel que se presta a favor de terceros, a cambio de una contraprestación económica, siempre y cuando no se trate de servicios masivos o colectivos. El Reglamento de Aplicación de la LOTTTSV (2012), por su parte, menciona que esta prestación solamente se podrá realizar en vehículos automotores amarillos que cuenten con la autorización de la Agencia Nacional de Tránsito (ANT).

El Reglamento de Aplicación de la LOTTTSV establece una serie de requisitos que deben ser observadas por quienes desean prestar este tipo de servicio, entre estos encontramos: la obligación de contar con taxímetro para el cobro de tarifas, reguladas por la ANT (art. 62 #2); la obtención de títulos habilitantes que tienen una duración de 10 años, renovables, con excepción de los títulos habilitantes emitidos para los taxis ejecutivos, los cuales tienen una vigencia de cinco años, renovables (art. 75); contar con licencias profesionales, tipo C (art. 132), entre otros.

El Reglamento de Aplicación; y el Reglamento de Transporte de Pasajeros en Taxi Convencional y Ejecutivo (RTPTCE), determina que el servicio de transporte se encuentra sujeto a la Ley de Cooperativas y a la Ley de compañías, en lo que se refiere a su composición jurídica; y en lo que se refiere a su operación, se encuentran sometidos a las disposiciones de la LOTTTSV.

El artículo 8 diferencia la clase de servicio que prestan los taxis, diferenciando los taxis ejecutivos de los convencionales. Los primeros son aquellos que trasladan a terceros, prestando un servicio ambulante, es decir, se encuentran en las calles y ante la solicitud

de un transeúnte deben atender al requerimiento, a este tipo de taxis se les otorgan paradas estratégicas en terminales, aeropuertos, centros comerciales, etc.; mientras que los taxis ejecutivos, son los que atienden llamados a través de medios electrónicos y deben contar con una distinción, una franja negra a lo largo de las puertas. Otra distinción importante entre los taxis ejecutivos y convencionales es que los primeros pueden operar por un período máximo de cinco años, contados a partir del año de fabricación del vehículo; mientras los segundos pueden tener una antigüedad de hasta 15 años.

Este reglamento constituye el marco de regulación de funcionamiento de los taxis en Ecuador, por lo que determinan los requisitos de operación y su proceso de renovación, las características que deben poseer los vehículos, las reglas de las operadoras y de los socios, fijan las pruebas y capacitaciones a las que constantemente deben someterse, también regula el procedimiento para el incremento de cupos para prestar el servicio ejecutivo, que no puede establecer a discrecionalidad, sino debe responder a estudios que determinen su necesidad, en atención a la demanda real del servicio.

Los taxis están sometidos a una cantidad extensa de leyes, como: normas de carácter mercantil, las que regulan las cooperativas y las compañías; normas laborales, derivadas del Código de Trabajo; leyes de seguridad social; normas de carácter administrativo; también a normas concurrenciales; y deben atender a las ordenanzas municipales del lugar donde presten sus servicios.

#### **3.3.4. Configuración del supuesto de deslealtad por violación de normas concurrenciales y no concurrenciales.**

En síntesis, conforme a todo lo mencionado, a mi criterio, la actividad de Uber cumple los supuestos de deslealtad contenidos en el artículo 25, artículo 26 y artículo 27 numeral 9 de la LORCPM. Si bien se reconoce que el modelo de negocio de Uber no puede ser encasillado dentro de los modelos tradicionales, la implementación de su plataforma, es decir, su servicio de intermediación permite la prestación de un servicio subyacente de transporte, ajustando su conducta a lo que en Ecuador se conoce como un servicio de taxi ejecutivo.

Uber no se encuentra regulado en Ecuador e, incluso, se entiende que su servicio subyacente se encuentra tipificado en el artículo 386 del COIP, el cual establece que el conductor que transporte pasajeros o bienes sin contar con las debidas autorizaciones será sancionado con dos salarios básicos unificados, reducción de diez puntos en la licencia y retención del vehículo por el plazo mínimo diez días.

La compañía, mediante su plataforma, ha creado las condiciones necesarias para que particulares presten servicios totalmente equiparables al de los taxis ejecutivos y no únicamente en calidad de particulares, sino también en condición de profesionales, sin contar con los requerimientos que tal profesión requiere, violando normas positivas del ordenamiento jurídico, de carácter concurrencial y no concurrencial, que le permitieron prevalecer en el mercado, al poder mantener costos más bajos que el de los taxis, por no representar su servicio mayor gasto que gasolina y el debido mantenimiento de los vehículos

Respecto de la necesidad de comprobar el crecimiento contable que en condiciones normales hubiese entrado al patrimonio de otros competidores, debo sostener que si bien, resulta imposible realizar un estudio técnico de mercado a fin de poder justificar mi posición en este trabajo, me remito a los estudios cualitativos y cuantitativos, realizados por la Asociación de Transportes de Quindío-Colombia (2016), el cual ha confirmado que Uber, en el año 2016, ahorró aproximadamente 7'209.000,00 de pesos colombianos, lo que significa que, multiplicado por el número de choferes, le significa una ventaja de 11.000,00 con respecto de las empresas convencionales. (Bajaña & Gonzalez, 2019)

Esta situación en particular, al tratarse, a mi criterio, de un caso agravado de competencia desleal, sí debe ser conocido por el órgano competente en sede administrativa, es decir, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICP), en lo que respecta a la defensa de la competencia; mientras las acciones reparatorias y de cesación deben ser llevadas en sede judicial, por tratarse de protección de derechos subjetivos.

Se ha explicado previamente porqué el proceso destinado por el legislador para la resolución casos de competencia desleal en el país carece de validez formal, sin embargo,

es al que deben someterse porque la ley así lo prevé, por lo que correspondería a los particulares presentar la denuncia ante la SCE y esta para dar resolución a la misma va a determinar el mercado relevante, conforme lo ordena el artículo 5 de la LORCPM, lo cual no es correcto a fin de determinar la configuración de ilícitos de deslealtad.

Ecuador no cuenta ni siquiera con una normativa que regule los servicios tecnológicos, se ha dejado en el total desamparo este sector, que si bien de cierta manera puede obtener ventaja de la situación también puede exponerse a situaciones que posteriormente acarreen consecuencias, además de mantener incertidumbre. A partir del año 2020 el consumo de servicios virtuales grava IVA y, por lo tanto, los conductores de Uber deben retener el 12% del valor de la carrera; pero existe un retraso legislativo y jurisprudencia, incluso con respecto a nuestros países vecinos, sobre el tema, el cual se está prestando para la violación de normas en el ejercicio de la actividad comercial.

A mi parecer, se deberían distinguir tres modelos, que deberían ser regulados por diferentes reglas: los de economía colaborativa, en estricto sentido, que deben darse en la modalidad C2C, lo cual no implica que no exista ánimo de lucro o que no se permita la intermediación, quienes no deben ejercer influencia decisiva sobre la actividad subyacente y deben implementar mecanismos que permitan identificar quienes no lo están haciendo como profesión; después, nos encontramos a los modelos como Uber, que son figuras *sui generis*, que tienen una naturaleza mixta y permiten hacer profesión siempre y cuando se encuentren reguladas; y finalmente, los modelos típicos de negocio, que cuentan con plataformas como un plus.

## **Conclusiones:**

La concurrencia actual en el mercado de nuevos factores y situaciones que no pueden encasillarse o regirse, al menos de manera total, dentro de las instituciones y normas ya establecidas, ha degenerado en el mal uso de nuevas figuras, como es el caso de la economía colaborativa, por parte de operadores que en vez de aprovechar sus ventajas pretender esconder otro tipo de modelos empresarias tras una plataforma que permita eludir la mayor cantidad de normas posibles. Mientras no exista una normativa

que determine la naturaleza de estas nuevas figuras, de manera extensiva, se seguirán suscitando casos como los de Uber, cuya prestación de servicios global o mixta se encontrará luchando contra la prestación de servicios de los competidores leales ya existentes y seguirán planteándose cuestiones semejantes, sin responder a las necesidades de quienes compiten en el mercado.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho constituye la herramienta política que garantiza la supervivencia del hombre en su y dicho instrumento debe responder a las necesidades cambiantes de sus regulados. Definir claramente a la economía colaborativa es el primer paso para proceder a elaborar el marco normativo que debe regular este nuevo tipo de negocios, los cuales, aprovechándose de las ventajas de la tecnología, permiten la conexión entre oferentes y usuarios, que pretenden compartir un bien desaprovechado.

La actual falta de regulación sobre estos temas compromete el eficiente funcionamiento del mercado y la protección de los derechos subjetivos de quienes ejercen actividades económicas, al pretender adaptar las nuevas situaciones del mercado a normas que no abarcan por completo su naturaleza y, a la vez, genera el ambiente perfecto para que operadores económicos que no pueden encasillar su actividad dentro de un solo tipo de servicio, se denominen intermediarias, a fin de evitar cumplir con obligaciones legales. Este es el caso de la aplicación desarrollada por Uber Technologies Inc., la cual presta un servicio global que abarca el servicio de intermediación y, a su vez, incide decisivamente en la prestación del servicio subyacente que es el de transporte.

La competencia desleal en Ecuador debe ser comprendida como un microsistema perteneciente a un macrosistema denominado Derecho de Corrección Económica, que está compuesto por el derecho de competencia, el derecho de competencia desleal y el derecho de defensa del consumidor. La legislación ecuatoriana ha regulado el derecho de competencia desleal de manera deficiente, sin respetar su naturaleza jurídica y su objeto de protección, subsumiéndolo en el derecho de competencia, tornándolo ineficaz. El actuar de Uber cumple con los supuestos de deslealtad contenido en la violación de normas: incumplir normas positivas, posicionándose en una situación de ventaja frente a sus competidores por este hecho y, obteniendo una ventaja significativa, que en instancias normales correspondiese a los otros competidores.

Pese a esto, no podemos oponernos al desarrollo tecnológico y su impacto en todas las áreas de la vida del ser humano, por lo que el derecho debe adaptarse, con sutileza, sin interponer una lista interminable de condiciones y más bien buscar un equilibrio en

relación al beneficio-obligación, buscando alternativas como las que se han dado en los países europeos, mediante la emisión de licencias para Vehículo de Transporte con Conductor (VTC), que son otorgadas por los municipios según determinada proporcionalidad con los cupos otorgados a los taxistas, por ejemplo por cada cinco cupos otorgados al servicio de taxi se habilita una licencia VTC para un usuario de Uber.

El mercado es cambiante y continuará siéndolo, por lo que es importante prevenir antes que remediar todo el daño que pueden provocar las lagunas jurídicas y la falta de regulación de asuntos de que presentan cierta urgencia por el tiempo que se ha dejado transcurrir; de esta forma no se generen barreras de entrada, como sostienen algunos autores y se permite la concurrencia de diferentes operadores económicos, que prestan servicios similares y se encuentran regulados acorde a su naturaleza, lo cual requerirá de un extenso estudio multidisciplinar.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alvear, P. (2006). Derecho de Corrección de Mercado: Derecho de la Competencia y Competencia Desleal. Recuperado el 08 de 2021, de Repositorio Universidad Andina Simon Bolivar:  
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/904/1/T419-MDE-Alvear-Derecho%20de%20correcci%c3%b3n%20del%20mercado.pdf>
- Alvear, P. (2018). La competencia desleal como constructo jurídico actual: criterios de su autonomía disciplinar. Recuperado el 08 de 2023, de Repositorio Universidad de Buenos Aires:  
[http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/adrposgra/index/assoc/HWA\\_3228.dir/3228.PDF](http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_3228.dir/3228.PDF)
- Alvear, P. (2023). Patologías sistemáticas y apuntes para la Reforma a la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado. Obtenido de Lex Advisor:  
<https://lexadvisorecuador.com/2023/05/05/patologias-sistemicas-y-apuntes-para-la-reforma-a-la-ley-organica-de-regulacion-y-control-del-poder-de-mercado-articulo/>
- Arroyo, M. (2018). Modelo de consumo colaborativo. Mercado de Piezas de Software - Worker stU (WSTU). Recuperado el 07 de 2023, de Scielo:  
[https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S0379-39822018000200026&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S0379-39822018000200026&script=sci_arttext)
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado el 08 de 2023, de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Recuperado el 08 de 2023, de [https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/08/LOTAIP\\_6\\_Ley-Organica-de-Transporte-Terrestre-Transito-y-Seguridad-Vial-2021.pdf](https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/08/LOTAIP_6_Ley-Organica-de-Transporte-Terrestre-Transito-y-Seguridad-Vial-2021.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2011). Ley Organica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org7.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org7.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). Código Orgánico Integral Penal. Recuperado el 08 de 2023, de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP\\_act\\_feb-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf)
- Bajaña , F., & Gonzalez, P. (16 de 12 de 2019). Perspectivas Contemporáneas del Derecho de Competencia. Recuperado el 07 de 2023, de Iuris Dicto:  
<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicctio/issue/view/105/63>
- Burbano, F. (2019). Economía colaborativa en el transporte urbano: estudio casuístico de los procesos de competencia desleal por violación de normas en contra de Cabify y Uber en la Unión Europea y Comunidad Andina. Recuperado el 07 de 2023, de Repositorio UASB:  
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7225/1/T3128-MDEM-Burbano-Economia.pdf>



- Caceres, F. (2002). El por qué de la política de libre competencia. Recuperado el 08 de 2023, de Dialnet Universidad de la Rioja:  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792758.pdf>
- Comisión Europea. (2016). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Recuperado el 07 de 2023, de European Union:  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0356&from=GA>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (s.f.). La CNMC somete a consulta las directrices para resolver los conflictos de impagos en el acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones. Recuperado el 07 de 2023, de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:  
<https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1684/La-CNMC-somete-a-consulta-p250blica-las-Con>
- Comisión Nacional de Transporte Terrestre, T. y. (2009). Reglamento de Transporte de Pasajeros en Taxi Convencional y Ejecutivo. Recuperado el 08 de 20223, de  
<https://www.zonalegal.net/uploads/documento/REGLAMENTO%20TRANSPORTE%20DE%20PASAJEROS%20EN%20TAXI%20CONVENCIONAL.pdf>
- Diaz-Foncela, M., Marcuello, C., & Monreal, M. (2016). ECONOMÍA SOCIAL Y ECONOMÍA COLABORATIVA: ENCAJE Y POTENCIALIDADE. Recuperado el 07 de 2023, de Dialnet:  
<https://www.mintur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/402/D%C3%8DAZ%20FONCEA,%20MARCUELLO%20Y%20MONREAL.pdf>
- García-Pelayo, M. (1991). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución (Vol. III). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- García, S. (2004). Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor. Buenos Aires, Argentina: LEXISNEXIS. Recuperado el 08 de 2003
- Juan Carlos I. (1991). Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>
- Juzgado No 2 de lo Mercantil. (2014). MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 707 /2014. Obtenido de <https://s.libertaddigital.com/doc/medida-cautelar-uber-41913266.pdf>
- Menendez, A. (1988). La Competencia Desleal (Vol. 1ed). Madrid: Civitas.
- Parlamento Europeo y del Consejo de la Union Europea. (1998). Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1998-81341>

- Presidencia de la República. (2012). Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder Mercado. Obtenido de [https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2017/08/a2\\_REGLAMENTO\\_A\\_LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_REGULACION\\_julio\\_2017.pdf](https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2017/08/a2_REGLAMENTO_A_LEY_ORGANICA_DE_REGULACION_julio_2017.pdf)
- Presidencia de la República. (2012). Reglamento a Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Obtenido de <https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/Decreto-Ejecutivo-No.-1196-de-11-06-2012-REGLAMENTO-A-LA-LEY-DE-TRANSPORTE-TERRESTRE-TRANSITO-Y-SEGURIDAD-VIA.pdf>
- Riquetti, R. (2016). PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA LEAL Y HONESTA: PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE CONTROL Y REGULACIÓN DEL PODER DE MERCADO Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN. Recuperado el 09 de 2023, de Dspace UDLA: <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/5103/1/UDLA-EC-TAB-2016-17.pdf>
- Rogers, R., & Bostman, R. (2010). What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption. . New York, New York, Estados Unidos: HarperBusiness.
- Schor, J., & Attwood, W. (2017). The “sharing” economy: labor, inequality, and social connection on for-profit platforms. Recuperado el 07 de 2023, de Boston College: <https://www.bc.edu/content/dam/bc1/schools/mcas/sociology/pdf/connected/Shar%20ing%20Economy%20inequality%20labor%20and%20sociability%20Schor%20and%20Attwood-Charles.pdf>
- Smith, A. (1776). La Riqueza de las naciones (Vol. I). Recuperado el 2003
- Szpunar, M. (2017). Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.o 3 de Barcelona. Recuperado el 2023, de Info Curia Jurisprudencia: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=ES>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2015). Recuperado el 09 de 2023, de Curia Europa: [https://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf;jsessionid=83A4BE44BF6FCF52B2AF393A1E13E1D7?docid=170871&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=4411919](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=83A4BE44BF6FCF52B2AF393A1E13E1D7?docid=170871&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=4411919)
- Villa, S. (2015). Estrategias de entrada y crecimiento de plataformas multilaterales online en el mercado de la belleza. Recuperado el 07 de 2023, de Repositorio Universidad de San Andrés: <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16169/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.%20M.%20Ges.%20Villa%20Fern%C3%A1ndez%20Santiago.pdf>
- Walsh, B. (03 de 2017). Today's Smart Choice: Don't Own. Share. Recuperado el 06 de 2023, de Time: [https://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521\\_2059717\\_2059710,00.html](https://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521_2059717_2059710,00.html)

- Witker, J., & Varela, A. (2003). El derecho de competencia económica. Recuperado el 07 de 2023, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1151/3.pdf>
- Yepez, I. (2019). Los Mecanismos Procesales en Contra de las Conductas Desleales en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, Una Mirada Comparativa con la Ley Chilena. Recuperado el 08 de 2023, de Dspace Universidad de las Américas: <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/12318/1/UDLA-EC-TAB-2019-29.pdf>
- Zuquilanda, C. (2020). Estudio del servicio de transporte por medio de plataformas digitales, como acto de competencia desleal. Recuperado el 08 de 2023, de Dspace Universidad de las Américas: <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/13100/4/UDLA-EC-TAB-2020-11.pdf>