

DERECHOS DEL CONSUMIDOR AFECTADOS POR EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE ACOSO E INFLUENCIA INDEBIDA, EJECUTADO A TRAVÉS DE TELEMERCADERO Y MAILING DIGITAL: EL CASO ECUADOR *

JORGE VLADIMIR NÚÑEZ GRIJALVA **, MARÍA DANIELA NÚÑEZ VIERA ***,
OSMANY PÉREZ ****, MASSIMILIANO GERACI *****

RESUMEN

Mediante un trabajo de corte dogmático, y la aplicación del método exegético-crítico, el presente artículo analiza si la aplicación sistemática, no solicitada y excesiva del telemercadeo y el *mailing* digital, efectuada con el objeto de obtener una rápida decisión de compra del consumidor, y generalmente materializada a través de instrumentos contractuales preelaborados y a distancia, puede conducir al posible cometimiento del acto de competencia desleal de acoso e influencia indebida contra el consumidor, el cual, al infringir el marco jurídico vigente en Ecuador, puede ser procesado y sancionado, tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

* El presente artículo es producto de una investigación jurídica desarrollada con apoyo del Grupo de Investigación en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, al cual pertenecen sus autores.

** Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina; profesor investigador titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Número ORCID: 0000-0001-5335-1160. Ambato (Ecuador). Correo-e: jnunez@pucesa.edu.ec. Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2020. Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2021. Para citar el artículo: NÚÑEZ GRIJALVA, JORGE VLADIMIR; NÚÑEZ VIERA, MARÍA DANIELA; PÉREZ, OSMANY Y GERACI, MASSIMILIANO. "Derechos del consumidor afectados por el acto de competencia desleal de acoso e influencia indebida, ejecutado a través de telemercadeo y mailing digital: el caso de Ecuador", en *Revista de la propiedad inmaterial* n.º 31, Universidad Externado de Colombia, enero-julio 2021, pp. 35-64. doi: <https://doi.org/10.18601/16571959.n31.02>

*** Master en Comercio Internacional y Relaciones Internacionales de la Università degli Studi di Palermo, Italia; investigadora invitada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Número ORCID: 0000-0001-7123-883. Ambato (Ecuador). Correo-e: daninu_v@hotmail.com.

**** Doctor en Ciencias Económicas de la Universidad de Valencia, España; profesor investigador titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Número ORCID: 0000-0002-4735-483X. Ambato (Ecuador). Correo-e: operez@pucesa.edu.ec.

***** Master en Ciencias de la Administración, Gestión Pública de la Università degli Studi di Palermo, Italia; investigador invitado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Número ORCID: 0000-0002-0465-9270. Ambato (Ecuador). Correo-e: geracimassimiliano88@gmail.com.

Palabras clave: acoso e influencia indebida; defensa del consumidor; competencia desleal.

CONSUMER RIGHTS AFFECTED BY THE ACT OF UNFAIR COMPETITION
OF HARASSMENT AND UNDUE INFLUENCE, EXECUTED THROUGH
TELEMARKETING AND DIGITAL MAILING: THE CASE OF ECUADOR

ABSTRACT

Through a dogmatic work, and the application of the exegetical-critical method, this article analyzes whether, the systematic, unsolicited and excessive application of telemarketing and digital mailing, carried out in order to obtain a quick purchase decision by of the consumer, and which generally materializes through pre-prepared and remote contractual instruments, leads to the possible commission of the act of unfair competition of harassment and undue influence against the consumer, which by violating the legal framework in force in Ecuador, is feasible to be sanctioned, both in administrative and jurisdictional levels.

Keywords: Harassment and Undue Influence; Consumer Protection; Unfair Competition.

INTRODUCCIÓN

En el actual siglo XXI, marcado por la transmisión masiva e inmediata de información de toda clase mediante las cada vez más perfeccionadas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), el consumidor medio se encuentra sometido a una intensa actividad de promoción comercial, a través del uso del telemarketing (o *telemarketing*), el cual aprovecha para su accionar la amplia cobertura que poseen los teléfonos móviles entre la población mundial¹.

Así, por ejemplo, según cifras de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), para septiembre de 2019 existían en Ecuador 15.84 millones de líneas activas de telefonía móvil, es decir, para una población de 17.2 millones de habitantes existía una cobertura del 92%² de telefonía móvil, lo cual indica que el campo de acción del telemarketing y el *mailing* digital es potencialmente muy amplio, de forma que las empresas que los utilizan para promocionar

1 Si bien actualmente la telefonía móvil es el medio más utilizado para efectuar telemarketing y *mailing* digital, el telemarketing también puede ser efectuado a través de la telefonía fija.

2 Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), Servicio Móvil Avanzado, septiembre de 2019. Disponible en [http://www.arcotel.gob.ec/servicio-movil-avanzado-sma_3/], consultada el 15 de octubre de 2019.

sus productos y servicios pueden contactar a la mayor parte de la población con propósitos comerciales.

Dentro de ese contexto, el acto de acoso e influencia indebida contra el consumidor es uno de los tipos de actos de competencia desleal de mayor ocurrencia, el cual, en el presente ambiente tecnológico generalmente se realiza a través de llamadas telefónicas (telemercadeo) o *mailing* digital (mensajes de texto telefónico o vía e-mail), los cuales son llevados a cabo por centrales de servicio y atención al cliente presentes en numerosas empresas dentro del mercado.

Estos actos de naturaleza mercantil poseen diversas características propias, como el hecho de ejecutarse de manera planificada, sistemática y repetitiva (excesiva), no solicitada y poco informada (abusiva), y a través de modalidades contractuales poco beneficiosas para el consumidor (adhesión y a distancia); todo lo cual genera que el consumidor se sienta ciertamente acosado por innumerables ofertas que pretenden influenciar su decisión de compra, la cual, al tomarse bajo estas circunstancias, probablemente no genere una situación de real beneficio para él, sino solamente para las empresas oferentes. De esa manera, las técnicas de telemercadeo y *mailing* digital, aplicadas de manera excesiva o abusiva, efectivamente pueden ser consideradas actos de competencia desleal por acoso e influencia indebida contra el consumidor.

De esa forma, la presente investigación analiza las circunstancias en las cuales el telemercadeo y el *mailing* digital pueden ser consideradas excesivas o abusivas, y por lo tanto, factibles de ser procesadas legalmente, tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

I. ¿QUÉ ES LA COMPETENCIA DESLEAL?

La doctrina ha expresado que “la competencia en un mercado es la lucha por la clientela”³, situación que ocurre cuando se enfrentan comercialmente dos o más proveedores para entregar un mismo producto o servicio a los compradores⁴, o quizá, para ofrecer algún sustituto que los pueda reemplazar. Sin embargo, dentro de esa lucha por la clientela sucede que cuando un competidor “comienza a ‘apoyarse’ en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad, y por ende, la ilicitud, pueden aparecer con toda facilidad”⁵.

3 OTAMENDI, JORGE. “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 2, Buenos Aires, Biblioteca del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI), octubre de 1998, p. 1.

4 En el contexto de la presente investigación, el término “compradores” abarca de manera general, tanto a los “intermediarios” que adquieren un producto o servicio con la intención de volverlo a vender, como a los “consumidores”, quienes lo adquieren con la intención de utilizarlo/consumirlo/disfrutarlo de manera personal y final.

5 OTAMENDI, JORGE. “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, p. 1.

Para que un acto mercantil pueda ser calificado como desleal o no, es necesario que primero exista competencia o concurrencia en el mercado, entre quienes lo promueven. Así, en Europa la doctrina italiana ha definido al acto de concurrencia como aquel acto válido, típicamente dirigido a atraer clientes, “incluso cuando estos sean consumidores o posibles consumidores de bienes o servicios producidos por otros”⁶; remarcando el hecho de que cuando este acto utiliza para su ejecución medios ilícitos, se transforma en desleal, afectando a todos los actos de concurrencia, esto es, “a los encaminados a atraer clientes o a potenciar la propia hacienda”⁷.

Así, la competencia desleal hace su aparición, precisamente, cuando el titular de este producto de limitado éxito comercial, o que simplemente no ha sido favorecido con la decisión de compra del consumidor, eventualmente podría tener la idea de realizar algún acto de competencia desleal encaminado a salvar la situación como, por ejemplo, engañar al consumidor haciéndole creer que su producto y marca son iguales al producto y marca líderes del mercado, propiedad de otro competidor; o quizá, simplemente, acosándolo a través de acciones comerciales de presión (p. ej., telemarketing), que lo impulsen a tomar decisiones de compra apresuradas y poco razonadas. De esa forma, la competencia desleal surge como una derivación de la naturaleza humana, por la inconformidad que tiene el empresario menos exitoso frente al éxito comercial de sus demás competidores (o del líder). Esto ratifica lo mencionado al inicio, al decir que sin la concurrencia en el mercado no podría existir competencia desleal, ya que como bien lo indica la misma doctrina norteamericana⁸, “la frase ‘competencia desleal’ presupone competición de algún tipo”⁹.

De otra parte, cabe diferenciar brevemente entre las ya mencionadas prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas.

En relación con las primeras, como una referencia importante, el artículo 7.º de la Directiva UE 2005/29 sobre prácticas desleales¹⁰ considera engañosa toda práctica comercial que omita información sustancial que el consumidor medio necesite para tomar una decisión comercial informada, o que presente la información de forma poco clara, ambigua, ininteligible; o en un momento inadecuado. Frente a actos como el telemarketing y el *mailing* digital, u otros similares, la Directiva UE 2019/2161^[11] considera como “información sustancial” para el consumidor:

6 ASCARELLI, TULLIO. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 33-34.

7 *Ibid.*, p. 161.

8 CALLMANN, RUDOLF. “Unfair competition without competition? The Importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 95, n.º 4, marzo de 1947, p. 443. Disponible en [https://www.jstor.org/stable/3309751?seq=1#page_scan_tab_contents], consultada el 4 de octubre de 2019.

9 “The phrase ‘unfair competition’, presupposes competition of some sort [...]” (trad. propia).

10 Unión Europea. *Diario Oficial*, Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>] (8 de marzo de 2021).

11 Unión Europea. Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, referente a la mejora de la aplicación y la modernización

i) aquella relativa a la condición de comerciante o no del tercero que ofrece sus productos en mercados en línea; ii) la que se refiere a los consumidores que publican alguna reseña sobre determinado producto, especialmente aquella relacionada con su propia experiencia, y iii) la que se refiere a los parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor, y a la importancia relativa que se da a cada uno de ellos, a fin de que los potenciales usuarios entiendan claramente el mecanismo de clasificación, previa su decisión de compra.

Respecto de las segundas, la Directiva 2005/29/CE trajo consigo una mayor seguridad jurídica en la represión de las prácticas agresivas, reconociendo su deslealtad y fijando las circunstancias por las que se considerarían como tales¹² algunos actos como, por ejemplo, el acoso, la coacción o la influencia indebida, efectuados con el propósito de incidir en la libertad de elección o conducta del consumidor medio. Cabe señalar que para la doctrina el acto desleal de acoso es uno de los tipos más usuales de práctica agresiva contra el consumidor, y se puede definir como aquel comportamiento encaminado a:

[...] perseguir, importunar, incomodar o apremiar al destinatario como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o de una conducta contractual (contratación, ejercicio de un derecho, exigencia de saneamiento de un incumplimiento, restitución de un producto, etc.) sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente y destinatario¹³.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE ACOSO E INFLUENCIA INDEBIDA CONTRA EL CONSUMIDOR?

La doctrina europea define esta clase de acto como una verdadera imposición al cliente, ejecutado mediante constante acoso y engaño, lo que le impide formar un verdadero consentimiento con base en la reflexión de sus propias conveniencias¹⁴. Es así que, como parte de este acto, se aplican ciertas prácticas comerciales, las cuales presentadas a manera de inocentes ofertas mercantiles, intentan seducir al consumidor buscando obtener una respuesta lo más rápida posible.

Sin embargo, debido a la forma en que se realizan estas ofertas, a su intensidad y a las circunstancias en las que se lleva a cabo el contacto entre el oferente y el

de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81968>], consultada el 6 de marzo de 2021.

12 GONZÁLEZ PONS, ELISABET. *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, AEOE, 2019, p. 44.

13 MASSAGUER, FUENTES, JOSÉ. “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n.º 27, Madrid, 2010, p. 27. Disponible en [<https://www.uria.com/es/publicaciones/buscador-publicaciones.html>], consultada el 5 de octubre de 2019.

14 RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO. “El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor”, *Actualidad Jurídica*, n.º 202, septiembre de 2010, Lima, *Gaceta Jurídica*, p. 47.

destinatario de la oferta, ciertamente generan una presión de compra indebida¹⁵ (p. ej., el *spam* telefónico¹⁶), poniendo al consumidor en una situación incómoda, ya que si no acepta la oferta comercial el oferente seguramente volverá a insistir, acosándolo día tras día hasta lograr su objetivo; y si la acepta, muy posiblemente no tenga toda la información necesaria ni los respaldos contractuales, que le aseguren haber tomado una decisión beneficiosa a sus intereses y anhelos.

De esa manera, dentro del actual entorno digital del siglo XXI existen algunas prácticas comerciales que, mal utilizadas, podrían generar acoso e influencia indebida contra el consumidor, entre las que se cuentan las dos derivaciones del marketing directo objeto de la presente investigación, cuales son: i) el telemercadeo (llamadas telefónicas), y ii) el *mailing* digital (mensajes de texto, enviados al teléfono móvil o cuenta de correo electrónico)¹⁷.

Así, es frecuente que los consumidores reciban llamadas telefónicas o mensajes de texto no solicitados, realizadas con clara intención comercial, las cuales en ocasiones pueden llegar a ser una real molestia dado su nivel de intensidad y porque ingresan en momentos inoportunos, tales como cuando el consumidor se encuentra en horario de labores, almorzando o conduciendo un auto, entre otras situaciones cotidianas. Sin embargo, se debe tener presente que efectuar una simple llamada telefónica o enviar un mensaje de texto con una oferta comercial no está prohibido por las normas mercantiles o las costumbres generalmente aceptadas y aplicadas alrededor del mundo. Las dos formas de comercialización son absolutamente lícitas.

Siguiendo con el propósito de esta investigación, surge la siguiente pregunta: ¿una llamada comercial o un mensaje de texto no solicitado podrían constituir una invasión de la privacidad del consumidor y, por lo tanto, considerarse un acto de competencia desleal?

Con respecto a los actos de acoso e influencia indebida en su afectación a los derechos del consumidor, Ecuador posee la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC), la cual a primera vista no tipifica ni prohíbe expresamente esa clase de acciones comerciales. Sin embargo, un análisis exhaustivo de la norma permite pensar que efectivamente en la citada ley existe violación de los derechos del consumidor, al considerar lo dispuesto en su artículo 4.º, especialmente en los numerales 4 y 6, que manifiestan:

Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: [...] 4. Derecho

15 MASSAGUER, FUENTES, JOSÉ. “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, cit., p. 18.

16 Llamadas telefónicas con propósito comercial, no solicitadas por el consumidor y efectuadas de forma planificada, continua y repetitiva.

17 El presente estudio se centra en la aplicación de las dos técnicas a través de los teléfonos móviles, por ser la herramienta de telecomunicaciones de mayor difusión y crecimiento a nivel internacional.

a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; [...] 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales¹⁸.

En concordancia con lo anterior, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), artículo 27, numeral 10, considera que son “prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores”; entre otras, a las siguientes acciones: “a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. [...] e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley”¹⁹, por lo cual esta norma nacional las tipifica como prácticas desleales.

A pesar de que el marco regulatorio nacional no contiene una escala de valoración que permita determinar cuándo las acciones antes citadas pueden considerarse “normales” y cuando “excesivas” (y por lo tanto desleales), el siguiente ejemplo busca facilitar la formación de una idea clara respecto del segundo adjetivo utilizado (excesivo).

Así, por ejemplo, ubiquemos el escenario en una de las numerosas llamadas telefónicas, diarias y a toda hora, que un consumidor recibe. Entonces, imaginemos que una hipotética empresa prestadora del servicio de seguros para vehículos nos contacta por nuestro nombre y nos ofrece un seguro de esa clase, del cual el asesor comercial al otro lado de la línea telefónica nos explica a la brevedad posible, las principales características y beneficios a recibir, el precio y la forma de pago, cerrando la conversación con alguna frase parecida a la siguiente: “si usted señor(a) está de acuerdo con la oferta, a partir de mañana tendrá la cobertura indicada, y le procederemos a descontar solamente el valor de (ejemplo) 20 dólares americanos por mes, durante doce meses, de su tarjeta de crédito. Eso es todo. Muchas gracias señor(a), ha sido un placer servirle. Hasta luego (fin)”.

Por supuesto, es discutible si a través de una llamada telefónica, efectuada de manera fugaz y mediante una persona totalmente desconocida (solo se escucha una voz), el consumidor ha recibido la suficiente información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos, y sus características (precio, calidad, entre otras), que le permita de manera reflexiva tomar una decisión de compra que favorezca sus intereses. La realidad es que, por lo general, en esta modalidad de venta el consumidor no tiene margen de negociación, debiendo solamente decir “sí, acepto”, lo cual equivale a haber “suscrito un contrato de adhesión”, del cual en muchos casos ni siquiera recibe copia u otra documentación

18 Congreso Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, R.O. 116, del 10 de julio de 2000, modificada el 16 de enero de 2015, Quito, p. 4.

19 Asamblea Nacional Del Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Quito, Registro Oficial n.º 555, 13 de octubre de 2011, última modificación, 12 de septiembre de 2014, pp. 13-15.

de respaldo, ya que solo el proveedor tiene el privilegio de poseer una evidencia, mediante la conocida (y no verificada) frase: “por su seguridad, esta conversación está siendo grabada”.

De lo expuesto se podría deducir que el acto de acoso e influencia indebida contra el consumidor es un método comercial coercitivo y desleal, tal como lo tipifican las antes mencionadas LODC en su artículo 4.º numeral 6, y LORCPM artículo 27 numeral 10, ya que, como lo dice Massaguer, persigue, importuna, incomoda y apremia al consumidor para alterar su decisión de compra, materializándose mediante un contrato de adhesión inequitativo entre oferente y demandante, el cual en ocasiones explota el desconocimiento, la falta de información y la limitada (o nula) experiencia del consumidor con el producto/servicio ofertado.

Como resultado de sus efectos claramente lesivos, el acto desleal de acoso e influencia indebida contra el consumidor es considerado ilícito²⁰, siendo por tanto factible de ser perseguido por el sistema jurisdiccional nacional, en las vías civil, penal y contencioso-administrativa, procurando cumplir de esa manera con la tutela efectiva de los derechos de las personas, consagrados a nivel constitucional.

Comparativamente, podemos decir que la Unión Europea (UE) viene fortaleciendo sistemáticamente la coordinación e interacción de las normas de competencia desleal mediante normas de defensa del consumidor, con el propósito de disponer de un sistema jurídico adecuado para regular las posibles “nuevas” formas de comercio basadas en procesos tecnológicos (p. ej., telemercado y *mailing* digital), que sean capaces de lesionar al consumidor. Así, por ejemplo, la Directiva Europea 2019/2161 operó una amplia modificación de la normativa comunitaria en especial de: i) la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; ii) la Directiva 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos; iii) la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, y iv) la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores.

Las supracitadas modificaciones del régimen europeo de defensa del consumidor frente a los actos de competencia desleal han traído consigo puntos de vista encontrados: de un lado, esta iniciativa es vista como un importante paso para “garantizar que los Estados miembros establezcan un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”²¹ en la defensa común del consumidor dentro de la UE, y de otro, se percibe como un avance frente a ciertas condiciones de vulnerabilidad que puede tener un consumidor, como la falta de información

20 Por ejemplo, en el ya citado artículo 10 bis, num. 3, del Convenio de París.

21 PEGUERA, MIGUEL y AINHOA, REY. “Protección de los consumidores en el mercado único digital (directiva 2019/2161)”, Cuatrecasas Blog, Madrid, 21 de febrero de 2020, s/p. Disponible en [<https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/proteccion-de-los-consumidores-en-el-el-mercado-unico-digital-directiva-2019-2161/>], consultada el 8 de marzo de 2021.

o conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo, lo cual lo hace vulnerable a posibles errores o engaños (p. ej., por ello la Decisión 2005/29/CE introdujo el término “consumidor vulnerable” por oposición al llamado “consumidor medio”)²².

No obstante, se piensa que esta situación podría conllevar una suerte de “consumerización” de las normas de competencia desleal, en la que se intensifica, de forma quizás excesiva, la tutela del Estado a favor de un colectivo (los consumidores) al que se considera poco capacitado para defenderse por sí mismo²³.

En todo caso, y a manera de corolario, respecto de esta discusión dogmática cabe tener presente que la posible generalización de una práctica, sea cual sea, de ninguna manera excluye su posible deslealtad²⁴, por lo que, incluso procedimientos comerciales muy difundidos y aceptados, como el telemercadeo y el *mailing* digital, podrían llegar a ser considerados desleales (e ilícitos) en caso de implementarse a través de acciones tipificadas como de acoso e influencia indebida hacia el consumidor.

3. PRINCIPALES DIFICULTADES JURÍDICAS QUE PRESENTA EL CONTRATO ALCANZADO ENTRE OFERENTE Y DEMANDANTE, A TRAVÉS DEL TELEMERCADERO Y EL MAILING DIGITAL

Según la tradición civil-mercantil, el contrato es ley para las partes, estando por tanto las mismas obligadas a respetarlo y cumplirlo a cabalidad. Sin embargo, cuando dicho contrato ha sido fruto de la aplicación de técnicas modernas de comercio, como el telemercadeo o el *mailing* digital, en las cuales las dos partes no han tenido la oportunidad de “mirarse a los ojos” personalmente, y de consuno negociar y acordar los términos contractuales, surgen ciertas dificultades, tanto prácticas como jurídicas, para su efectiva implementación. A continuación, se analizan las dificultades de tipo jurídico.

Inicialmente es necesario considerar que ni el telemercadeo ni el *mailing* digital conducen a lograr un modelo de “acuerdo ideal” dentro de la tradición mercantil clásica, para la cual un contrato o convención se genera entre dos partes que hacen uso de su propia autonomía de la voluntad, alcanzando de forma libre, leal y legal un acuerdo de mutuo beneficio, equitativo, justo y factible de ser ejecutado.

Es así que, por ejemplo, para la doctrina kantiana, “la voluntad no se somete sencillamente a la ley sino que lo hace de modo que debe ser considerada también

22 BAROCHELLI, SERGIO (ed.). *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, Proyecto DECYT 2016-2018, Código DCT1602, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2020, pp. 19-24.

23 En función de una analogía con el “modelo de consumerización de los inversores”, expresado por FERNÁNDEZ DE ARAOZ, en SANDE MAYO, MARÍA. “La evolución del concepto de consumidor en el ordenamiento interno y en la Unión Europea”, *Dereito*, vol. 27, n.º 1, 2018, Universidad Santiago de Compostela, pp. 119-152. Disponible en [<https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/4108>], consultada el 7 de marzo de 2021.

24 TATO, ANXO, FERNÁNDEZ, PABLO y HERRERA, CHRISTIAN. *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010, p. 82.

como autolegisladora, y precisamente por y sólo a partir de ello, sometida a la ley (de la que ella misma puede considerarse originadora)”²⁵; es decir que la voluntad de una persona comprometida de manera legal origina obligaciones para quien la ha comprometido; y si en un contrato se requieren dos partes, como consecuencia lógica el contrato sería el acuerdo resultante de las voluntades de las dos partes que intervienen en él²⁶.

Además, es necesario recordar que, según la doctrina clásica mercantil, el contrato exige su cumplimiento a las dos partes suscriptoras, con base en el principio de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*), el cual constituye uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido universalmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y consagrado en los textos legales²⁷. Basta decir que este principio, al igual que los principios de libertad contractual y del efecto relativo de los contratos, es considerado como el corolario necesario del conocido dogma de la autonomía de la voluntad²⁸.

Ahora bien, sucede que existen dos razones principales para que el contrato alcanzado a través del telemarketing o *mailing* digital no pueda considerarse dentro de este planteamiento clásico, a saber: i) el hecho de que el contrato de compraventa corresponda a aquellos denominados “contratos de adhesión”²⁹, y ii) que el contrato se haya logrado a distancia.

3.1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN ALCANZADO ENTRE OFERENTE Y DEMANDANTE, MEDIANTE TELEMARQUEO O MAILING DIGITAL

Según la doctrina, un contrato de adhesión es la expresión del “poder de negociación”³⁰ de una de las partes, la misma que está en capacidad de imponer a la otra parte el contenido prescriptivo del negocio³¹, o bien fijar los “términos del contrato”³². Más allá de la definición del contrato de adhesión, lo relevante es

25 KANT, IMMANUEL. *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Aguilar, 1968, p. 136.

26 LARROUMET, CHRISTIAN. *Droit Civil: Les Obligations, le Contrat*, t. 3, París, Económica, 1998, p. 2.

27 MOMBERG URIBE, RODRIGO. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, n.º 26, vol. 1, Valdivia, julio de 2013, p. 10. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001], consultada el 7 de octubre de 2019.

28 *Ibíd.*, p. 10.

29 Término utilizado por primera vez por el francés RAYMOND SALEILLES. *De la déclaration de la volonté*, Kessinger Publishing, 1901.

30 SLAWSON, DAVID. *Binding Promises: the Late 20th Century Reformation of Contract Law*, Princeton University Press, Ebook, 1996, p. 23.

31 DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1, Santiago, 2003, p. 111. Disponible en [[file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20\(1\).pdf](file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20(1).pdf)], consultada el 6 de octubre de 2019.

32 SLAWSON, DAVID. *Binding Promises: the Late 20th Century Reformation of Contract Law*, p. 23.

analizar sus características, las cuales lo hacen peculiar y diferente de los contratos clásicos a los que inicialmente hemos hecho referencia.

Al respecto, según la doctrina norteamericana, los contratos de adhesión son reconocibles a través de siete características principales:

[...] i) el documento impreso cuya validez legal está en entredicho es una formato impreso con una pluralidad de términos, el cual aspira a ser considerado un contrato; ii) dicho formato ha sido redactado exclusivamente por una de las partes de la transacción que aspira a celebrarse; iii) aquella de las partes que ha redactado los términos del formato, de manera usual efectúa numerosas transacciones valiéndose de este mismo documento, siendo algo rutinario el hacerlo de esta manera; iv) el formato impreso en cuestión, se le presenta a la otra parte del contrato (a la adherente), previniéndole de que este documento no puede ser modificado (salvo algunos pocos términos, si es que hubiera esta posibilidad), debiendo mantenerse la estructura del contrato elaborado por la parte redactora; v) una vez que las dos partes lleguen a un acuerdo sobre los términos abiertos a negociación (de haberlos) planteados en el formato, la parte adherente debe simplemente firmar (suscribir) el documento; vi) comparada con la parte adherente, la parte redactora del documento usualmente lleva a cabo un número reducido de actos de negociación abierta, en relación al formato pre-elaborado por ella misma; y, vii) en este tipo de contratos que contienen una transacción vista de manera holística, la principal obligación de la parte adherente se reduce simplemente a pagar una suma de dinero³³.

Dadas estas características, el contrato de adhesión se aleja del concepto clásico del contrato acordado y celebrado en estricta libertad de decisión e igualdad de oportunidades, en el cual la voluntad de las dos partes configura los términos del acuerdo mutuo alcanzado, ya que en el contrato de adhesión más bien se expresa solamente la voluntad de una de las partes, la cual ha configurado los términos y se los impone a la otra parte para una pretendida aceptación, con características de ser indiscutible e irrevocable. Esta situación, por supuesto, podría ser vista como un abuso contractual.

Es necesario señalar que los contratos de adhesión son considerados como elementos restrictivos de la libre competencia. Al respecto existen dos elementos clave para que se cumpla esa condición negativa, los cuales se revisan a continuación.

33 RAKOFF, TOOD. "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Describing seven characteristics of contracts of adhesion", *Harvard Law Review*, n.º 96, 1983, pp. 1173-1177; BAGCHI, ADITI. "Parallel Contract", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 75, 2013, p. 16. Disponible en [<https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/viewFile/303/240>], consultada el 6 de octubre de 2019.

3.1.1. Cuando se presentan condiciones de competencia imperfecta en el mercado

Estas son generadas por el hecho de que, en la mayor parte de los casos, los contratos de adhesión son el resultado de la imposición del poder de mercado del oferente (p. ej., monopolio, oligopolio), el cual usualmente ignora las opiniones de los demandantes (*v. gr.* consumidores). En ese sentido, para la doctrina clásica “la falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil”³⁴.

Así las cosas, esta imposición que hace una de las partes (con base en el abuso del poder de mercado que ostenta) cambiaría ostensiblemente, o simplemente no existiría, en condiciones de competencia perfecta, ya que dada la existencia de otros oferentes, y con el objeto de atraer a nuevos clientes, posiblemente varios de ellos estarían dispuestos a concederle al consumidor condiciones más favorables, incluso aceptando su participación en la construcción conjunta de las cláusulas contractuales.

3.1.2. Cuando se presenta una asimetría en la información que disponen el oferente y el demandante

Dada su propia naturaleza, los contratos de adhesión conllevan un desbalance en la generación y manejo de la información, lo cual a su vez desencadena como derivación una segunda asimetría en el poder que tienen el oferente y el demandante al concurrir a la suscripción del contrato. A este respecto, y en razón de estas dos asimetrías, el deber de información entre las partes resulta trascendental, especialmente en aquellos acuerdos en los que el desequilibrio de poder contractual es evidente, como ocurre en los contratos de adhesión. Así, en relación a este deber de información entre las partes, la doctrina ha insistido en que

... se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento, y más acendrado será el deber cuando exista una parte débil en la relación jurídica. Una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe³⁵.

Es precisamente por los desbalances descritos en el acuerdo que suscriben las dos partes (competencia imperfecta y asimetría en la información), que se considera ciertamente inequitativo el contrato de adhesión, ya que por lo general la parte

34 MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1952, p. 441.

35 RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 327, Bogotá, diciembre de 2004, p. 91.

redactora ubica cláusulas que en mayor proporción están a su favor, las cuales cuando sobrepasan los límites de lo justo (e incluso del sentido común), muestran claramente una posición de abuso de la parte redactora sobre la parte receptora (adherente); por esa razón, las cláusulas que rebasan dichos límites adoptan el nombre de “cláusulas abusivas”, las cuales constituyen el verdadero peligro inmerso en los contratos de adhesión.

Y es que, como bien lo anota la doctrina clásica, en el contrato “las cosas se hacen con igualdad; no parece que una de las partes imponga su ley a la otra; el contrato es verdaderamente la obra de dos voluntades; se prepara y se termina de igual a igual”³⁶, pudiendo darle a esta construcción conjunta el nombre de un acuerdo (o contrato) “paritario”. Sin embargo, es importante aclarar que en los contratos de adhesión esta igualdad entre las partes y su libertad de contratación no son evidentes, por lo que se sugiere que en ellos no se debería hablar de restricciones a la “libertad contractual” sino a la “libertad de contratar” de las partes, debido a que esta última ha sido afectada por la acción “de leyes complementarias o de cláusulas contractuales”³⁷, no existiendo límites resultantes a las normas generales del contrato en sí mismas (p. ej., sus elementos sustanciales: partes contratantes, objeto, precio, forma de pago, plazo, entre otros).

No obstante lo dicho, y dentro de la realidad de la vida cotidiana, es fundamental comprender que el contrato de adhesión representa ciertamente una especie de convención bilateral atípica o *sui generis*, en la cual una específica condición de carencia del consumidor impulsa de forma “voluntaria” el deseo de satisfacer prontamente su necesidad, lo cual a su vez “determina la adhesión a las condiciones estipuladas en los contratos, que la mayoría de las veces en su texto contravienen sus derechos”³⁸, bajo la condición nunca manifestada abiertamente por el oferente (pero entendida de forma implícita) de “lo tomas o lo dejas”³⁹.

3.2. EL CONTRATO A DISTANCIA LOGRADO ENTRE OFERENTE Y DEMANDANTE MEDIANTE TELEMERCADERO O MAILING DIGITAL

Se entiende que un contrato se ha alcanzado a distancia cuando su proceso de elaboración y aceptación se ha realizado “sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor”⁴⁰. Esta situación acarrea de por sí ciertas compli-

36 JOSSEAND, LOUIS, *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1951, p. 31.

37 MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina General del Contrato*, cit., p. 20.

38 JANSEN, VÍCTOR. *El Derecho social de protección al consumidor y al usuario y su regulación en la legislación venezolana*, Carabobo, Dirección de Medios y Publicaciones de la Universidad de Carabobo, 2003, p. 31.

39 FIGUEREDO, ESTHER. “La protección legal al consumidor; el contrato de adhesión, la libertad económica y los derechos humanos en el estado social de derecho y de justicia”, *Revista Anuario*, vol. 36, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Comparado, 2013, p. 223. Disponible en [<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc36.htm>], consultada el 6 de octubre de 2019.

40 Unión Europea. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del

caciones en la transacción comercial, las cuales se pueden resumir principalmente en la posibilidad de que se presenten acciones conducentes a error o a fraude en el intercambio contractual, razón por la cual adquiere mayor relevancia la observancia del deber de información entre las partes.

Respecto de este deber de información del oferente o comerciante para con el consumidor, a manera de referencia normativa, es necesario indicar que en España la Directiva 2011/83/UE, en relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios, artículo 8.1, dispone que en los contratos a distancia el comerciante tiene la obligación de facilitar al consumidor la información relevante, o de ponerla a su disposición acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles; además, siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero debe ser legible.

De otra parte, según el artículo 8.2, si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera evidente y destacada, y con anticipación a que el consumidor efectúe el pedido, la información relevante de la transacción en términos claros y comprensibles⁴¹.

No obstante lo mencionado, y con el evidente ánimo de impulsar el comercio mediante herramientas tecnológicas como el telemercado o el *mailing* digital, el marco jurídico español dispone que cuando se trata de facilitar información previa (precontractual), no se requiere de un soporte duradero (lo cual evidencia una clara “flexibilización normativa” a favor de los comerciantes).

De esa forma, si el contrato se efectúa mediante una página electrónica, la información se facilitará en línea (que no es un soporte duradero), aunque debe permitírsele al destinatario archivar las condiciones generales aplicables a la contratación (arts. 10.3^[42] de la Directiva 2000/31 y 27.4^[43] de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información); mientras que si el contrato se realiza a través del teléfono, la información principal se debe facilitar en la misma conversación

25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, artículo 2.7, *Diario Oficial*, pp. 304-373. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>], consultada el 8 de octubre de 2019.

41 Unión Europea, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, artículo 8.2, *Diario Oficial*, pp. 304-377. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>], consultada el 10 de octubre de 2019.

42 Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), artículo 10.3, *Diario Oficial*, s/p. Disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>], consultada el 10 de octubre de 2019.

43 Jefatura del Estado Español. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *BOE* n.º 166 del 12 de julio de 2002, Madrid, s/p. Disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>], consultada el 10 de octubre de 2019.

telefónica, pero remitiendo al consumidor a otro medio complementario para ampliarla (p. ej., mediante correo electrónico, mensajes de texto telefónico, envío de impresos por correo ordinario) (art. 8.4^[44] de la Directiva 2011/83/UE).

Se observa que, según la normativa española, en todo caso el consumidor tiene el derecho a ser informado respecto de la transacción de la cual se espera que tome una decisión, aunque los medios telemáticos empleados no le faciliten disponer de ella en los “medios considerados duraderos” al estilo clásico (p. ej., impreso en papel).

Otra situación relevante en el marco jurídico español es la relativa a la venta por telemercadeo. En este caso la ya mencionada Directiva 2011/83/UE no establece medidas para evitar el *spam* telefónico, es decir, las llamadas telefónicas no deseadas con objetivo comercial, debilidad que requiere ser regulada a fin de evitar el acoso comercial al consumidor. Así, la normativa se limita a obligar al comerciante que realiza llamadas telefónicas con el fin de contratar a distancia, a informar al inicio de la conversación de su identidad o de la identidad de la persona en nombre de la que actúa (p. ej., una persona jurídica) y del carácter comercial de la llamada⁴⁵.

En Ecuador existen regulaciones similares que de manera expresa exigen que el consumidor sea adecuadamente informado antes de tomar una decisión sobre cualquier oferta comercial (incluyendo aquellas realizadas a través de medios telemáticos) (art. 4.4^[46] de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor), así como también se exige que la información enviada al consumidor pueda ser accesible con posterioridad y ser conservada (arts. 6.º, 8.º, 49 y 50^[47] de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos).

Sin embargo, lamentablemente no siempre existe una tutela jurídica efectiva de la autoridad de control pertinente (*v. gr.* Defensoría del Pueblo) que verifique real y sistemáticamente que el consumidor tenga acceso adecuado y claro a la información, sea esta precontractual (antes de “suscribir” el contrato) o postcontractual (una vez ya “suscrito”), como evidencia duradera y legible de la transacción; y tampoco existen regulaciones específicas que protejan al consumidor del *spam* telefónico⁴⁸.

44 Unión Europea. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, artículo 8.4, *Diario Oficial*, pp. 304-377.

45 MENDOZA, ANA, “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, pp. 49-50. Disponible en [file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-LosContratosADistanciaYCelebradosFueraDeEstablecim-3979740.pdf], consultada el 11 de octubre de 2019.

46 Congreso Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, p. 3.

47 Congreso Nacional del Ecuador. Ley 67, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, R.O. 557, del 17 de abril de 2002, Quito, p. 2.

48 Por ejemplo, normas regulatorias de defensa del consumidor contra el *spam* telefónico, como la Ley 26.951 en Argentina, creada en 2014, la cual impulsa el funcionamiento del Registro NO LLAME; y con propósito similar, la Ley 29/2009 del año 2009 en España, conocida como “ley anti *spam* telefónico”; en Estados Unidos el “National Do Not Call Registry” creado en 2003; o en Alemania la Ley de Telemarketing, la cual regula el *spam* telefónico.

4. MARCO JURÍDICO REGULATORIO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL POR ACOSO E INFLUENCIA INDEBIDA HACIA EL CONSUMIDOR, CON VIGENCIA EN ECUADOR

En adición a lo ya mencionado, es necesario resaltar que en Ecuador están vigentes tres normas internacionales que regulan la competencia desleal: i) el Convenio de París; ii) el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio (ADPIC), y iii) la Decisión 486 (Régimen Común Andino de Propiedad Industrial).

La norma internacional primigenia en la regulación de la competencia desleal a nivel mundial es el Convenio de París (1883), el cual en su artículo 10bis dispone al respecto:

[...] 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse: [...] iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos⁴⁹.

Por su importancia como referente mundial para la regulación de la competencia desleal es necesario señalar que la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha dado énfasis a este convenio de diversas maneras, ejemplo de lo cual es el trabajo investigativo efectuado en 1994 por un grupo de expertos de esa organización⁵⁰ titulado *Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación mundial actual*, en el cual se manifiesta que los actos de competencia desleal son susceptibles de ser clasificados de varias maneras, dependiendo del(los) criterio(s) aplicado(s) precisamente en el Convenio de París, o del énfasis que se quiera dar a ciertos aspectos particulares de un acto o de una forma específica de comportamiento, no tipificado en el mencionado convenio.

Al respecto, en este estudio efectuado por la OMPÍ⁵¹ se incluyen como una categoría de actos de competencia desleal, entre otros: el acoso publicitario, la explotación del miedo y la presión psicológica indebida. Este conjunto de eventos

49 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967, enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible en [http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf], consultada el 30 de abril de 2018.

50 HENNING-BODEWIG, FRAUKE, RUIJSENAARS, HEIJO, ARACAMA-ZORRAQUÍN, ERNESTO et al. "Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación mundial actual", Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1994, p. 29. Disponible en [http://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_725s.pdf], consultada el 25 de noviembre de 2018.

51 *Ibid.*, p. 72.

actúa coordinada y organizadamente, enviando mensajes publicitarios permanentes hacia el consumidor, los cuales son transmitidos mediante diversos medios de comunicación (p. ej., teléfono, internet, etc.), buscando ejercer “influencia indebida” sobre el consumidor y su decisión de compra. En Ecuador el conjunto de estas acciones equivale al acto desleal tipificado en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, como de “acoso e influencia indebida contra el consumidor”.

De otro lado, a nivel internacional se cuenta también con el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio (ADPIC), vigente desde 1994 e impulsado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el cual regula la competencia desleal desde el ámbito de la propiedad industrial, guardando estrecha concordancia con las disposiciones del antes mencionado Convenio de París⁵². Es importante tener presente que el ADPIC establece, en términos generales, niveles mínimos de protección internacional de los derechos de propiedad intelectual, pudiendo en la práctica cualquier país superar estos niveles mediante la expedición de normas que reconozcan un mayor nivel de protección.

Finalmente, mediante el artículo 258 de la Decisión 486 tanto en Ecuador como en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se regula el tema de la competencia desleal frente a su afectación a la propiedad industrial. Este cuerpo legal considera desleal “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”⁵³; y a continuación, en su artículo 259, numeral 3, tipifica como actos desleales, “las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”⁵⁴.

Cabe tener presente que, guardando la evidente necesidad de coordinación entre todo el marco jurídico internacional regulador de la competencia desleal, resulta que, en función de los principios de autonomía y de primacía del ordenamiento comunitario andino⁵⁵, las normas comunitarias andinas (en este caso, la Decisión 486) son las que tienen primacía en los países de la CAN (incluido el Ecuador), y por lo tanto deben ser acatadas obligatoriamente por todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales, incluso por sobre las disposiciones contenidas en normas de alcance global, como el Convenio de París y el ADPIC.

52 Organización Mundial del Comercio (OMC). “Acuerdo de la Ronda Uruguay, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)”, Parte II, Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, Ginebra, s/p. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04_s.htm#2], consultada el 5 de julio de 2018.

53 Comunidad Andina de Naciones. Secretaría General. *Decisión 486 Régimen común sobre propiedad industrial*, Lima, 2000, p. 58.

54 Ídem.

55 Al respecto, cfr. el artículo 4.º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De otro lado, es necesario señalar que, pese a la existencia de un marco regulatorio internacional en contra de la competencia desleal, que también contribuye (de forma indirecta) en la protección del consumidor, se siente la necesidad de crear una norma internacional especializada que lidere la protección de los derechos del consumidor. Al respecto cabe decir que, curiosamente, a nivel de organismos de alcance global, como la Organización de las Naciones Unidas, no se ha impulsado el desarrollo de una ley especializada para defender los derechos del consumidor, mientras que en otros ámbitos sí se ha hecho mediante la expedición de normas especializadas como, por ejemplo, aquellas que protegen los derechos del comercio, de las empresas o de las inversiones.

El marco jurídico nacional pertinente al tema de estudio lo encabeza la Constitución de la República, la cual, en su artículo 52, dispone textualmente lo siguiente:

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor⁵⁶.

Se puede ver que la norma constitucional determina claramente los derechos fundamentales del consumidor, los cuales deben ser respetados en todas las adquisiciones (pagadas o gratuitas) que realice.

Esos derechos se ubican en lo que debería ser un orden secuencial y lógico dentro del proceso de decisión que ocurre al interior de cada consumidor, previo al acto transaccional a materializarse:

1. Disponer de información precisa y veraz sobre los contenidos y las características de los productos y servicios que le son ofertados, buscando ejecutar un acto mercantil oneroso (cuando el consumidor debe pagar por alguna contraprestación recibida) o un acto mercantil a título gratuito (cuando el consumidor recibe, sin costo, bienes o servicios entregados con efecto promocional o de prueba).

2. Escoger con total libertad, cuál(es) de los bienes y servicios ofertados ha decidido adquirir o recibir efectivamente.

3. Obtener de todos los proveedores, bienes y servicios de alta calidad, la cual se materialice y sea verificable no solamente de forma intrínseca en el producto o servicio adquirido o recibido (objeto de la transacción), sino también en todas las correspondientes acciones de preventa y postventa que hayan sido o vayan a ser desplegadas por el oferente, como parte del ciclo de venta.

⁵⁶ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*, p. 21.

Evidentemente, cuando un consumidor ha sido víctima del acto de competencia desleal de acoso e influencia indebida, se irrespetan los tres derechos constitucionales citados. De otra parte, la norma constitucional señala la obligatoriedad del Estado de ejercer la defensa de los derechos del consumidor, para lo cual, a nivel de legislación secundaria contra la competencia desleal, se cuenta en Ecuador con la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado (LORCPM).

La supra citada ley, en su artículo 27 tipifica los diversos actos considerados como “prácticas desleales”, entre ellos, en su numeral x, las prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores⁵⁷. Frente a este último tipo de acto desleal, objeto de la presente investigación, cabe recordar que la función del Derecho de la competencia desleal es proteger a los varios actores del mercado, entre ellos el consumidor, cuidando que sus derechos no sean vulnerados por acciones comerciales o publicitarias que pretendan ejercer “influencia indebida” sobre su decisión de compra.

Es importante señalar que, dependiendo de la normativa de cada país, y especialmente del singular punto de vista y los criterios interpretativos que al respecto tengan los sistemas jurisdiccionales nacionales, ciertos actos de competencia desleal considerados como tales en un país, quizá no lo sean en otro, ya que a pesar de la existencia de un sistema regulatorio de la materia a nivel internacional y local, aún existe un importante margen de discrecionalidad que permite, a los jueces y tribunales, ejercer cierto nivel de libertad para sancionarlos.

5. RECLAMACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, FRENTE AL ACTO DE ACOSO E INFLUENCIA INDEBIDA CONTRA EL CONSUMIDOR, MATERIALIZADO MEDIANTE EL USO EXCESIVO O ABUSIVO DEL TELEMERCADEO Y EL MAILING DIGITAL

Según las estadísticas de ARCOTEL, hasta septiembre de 2019 se habían presentado 1.723 reclamos de variada índole en contra de catorce empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones, siendo solamente dieciséis de ellas reclamaciones a causa del *spam* telefónico (llamadas y mensajes no deseados), es decir el 0,92% del total⁵⁸, porcentaje sumamente bajo, el cual evidencia que el consumidor ecuatoriano no acostumbra a quejarse al verse afectado por ese tipo de acción de acoso e influencia indebida.

De otra parte, según el mismo órgano estatal de control de las telecomunicaciones, en 2019 se presentaron en Ecuador nuevas denuncias contra las compañías operadoras por otros tipos de reclamos diferentes al *spam* telefónico; sin embargo,

57 Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, pp. 13-15.

58 Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL). Atención al usuario, Atención de requerimientos, septiembre de 2019. Disponible en [<http://www.arcotel.gob.ec/atencion-usuario/>], consultada el 15 de octubre de 2019.

dadas sus características propias, esos otros tipos de reclamos (p. ej., cobro por servicios no solicitados) podrían legalmente ser analizados frente a la observancia o inobservancia de los derechos del consumidor, dentro de la ejecución de los acuerdos alcanzados entre oferentes y demandantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones, considerando que en el país la mayor parte de esos acuerdos se alcanzan a través de instrumentos legales (contratos) de adhesión y efectuados a distancia. A continuación se presenta un cuadro resumen relativo a dichos reclamos:

TIPOS DE RECLAMOS POR OPERADORES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PRESENTADOS A ARCOTEL (CORTE A SEPTIEMBRE DE 2019). TIPOS DE RECLAMOS, POR SERVICIOS PRESTADOS, FACTIBLES DE HABERSE ALCANZADO MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS A DISTANCIA

TIPO DE RECLAMO	CANTIDAD DE RECLAMOS PRESENTADOS
1. Cobro por valores diferentes a lo pactado	179
2. Cobro por servicios no proporcionados	135
3. Cobro por servicios no solicitados	121
4. Cobro por servicios oportunamente terminados	99
Total de reclamos de los tipos considerados	534

Elaboración propia.

Fuente: ARCOTEL, Atención al usuario: [<http://arcotel.gob.ec/atencion-usuario/>].

Como se puede observar, las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios de telecomunicaciones respecto de esos otros tipos de situaciones relativas a las condiciones de los servicios pactados con sus proveedores representan un 30,9% adicional a las reclamaciones efectuadas a causa del *spam* telefónico, que como ya mencionó alcanza solamente el 0,92%, lo cual totaliza el 31,82%. Es decir, aproximadamente solo tres de cada diez usuarios de los servicios de telecomunicaciones en Ecuador reclaman ante la autoridad competente por haber recibido del proveedor un servicio en forma no adecuada, o por cobros de algún servicio no pactado, o por estar siendo sometidos a alguna forma de presión para lograr un acuerdo contractual.

Esta situación, ciertamente llamativa, podría deberse a varios factores, siendo quizá los principales: i) el desconocimiento de los consumidores de las leyes que protegen sus derechos; ii) el desconocimiento de los procedimientos vigentes para exigir del Estado la tutela legal efectiva de los mismos⁵⁹, y iii) la inexistencia de

59 En refuerzo de este argumento, GUAMÁN, CRISTIAN. *Insuficiencia de la Ley de Defensa del Consumidor frente al telemarketing de operadoras de telefonía móvil en el Ecuador*, repositorio de la Universidad Nacional de Loja, Loja, 2017, p. 135, señala que, según la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con las encuestas realizadas en 2014 a una muestra de cien habitantes de la ciudad de Quito entre los 18 y 65 años de edad, el 91% dijo no conocer los mecanismos jurídicos vigentes para defender sus derechos como usuarios de los servicios de telefonía móvil. Disponible

una ley específica que impida la ejecución de ese tipo de acciones de acoso e influencia indebida hacia el consumidor, por las operadoras de telecomunicaciones que funcionan en el país (p. ej., *spam* telefónico).

A continuación, se presentan las principales vías de tutela legal de los derechos del consumidor frente al caso en estudio, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional.

5.1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, CAPACES DE LESIONAR LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, VIGENTES EN ECUADOR

5.1.1. *En la ley orgánica de regulación y control del poder del mercado (LORCPM)*

La Superintendencia de Control del Poder del Mercado es la encargada en sede administrativa de tutelar los derechos del consumidor por causa de actos tipificados de competencia desleal, como, por ejemplo, aquellos contenidos en el artículo 27 numeral 10 de la LORCPM, relativos a las prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, el cual expresamente prohíbe, entre otras, las siguientes acciones:

[...] a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.

b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.

[...] e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios consumidores, conforme manda la ley⁶⁰.

Todo procedimiento de esta clase se iniciará de oficio a solicitud de otro órgano de la administración pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo (art. 53). Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verifica que reúna los requisitos preestablecidos; en caso de no cumplir los requisitos de ley, se otorga al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete; si no lo hiciera dentro del término señalado se ordenará su archivo. Una vez cumplidos los requisitos, en el término de tres días el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince días (art. 55).

en [<http://es.consumersinternacional.org/media/1465668/publicaci%C3%B3n-dmde-2014-%C3%BAltima-versi%C3%B3n-carta-p.pdf>].

⁶⁰ Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, Quito, R.O. 555 del 13 de octubre de 2011, p. 16.

Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación debe pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estima que existen presunciones de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración, el cual podrá ser ampliado si fuere necesario. El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas (art. 56).

Finalizada la investigación, de haber mérito para continuar con el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días. En caso de que el denunciado no conteste la denuncia en el término previsto, el procedimiento continúa en rebeldía. Durante el procedimiento el denunciado tendrá derecho a acceder y solicitar copias de todas las actuaciones del expediente (art. 58). Al respecto, el órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta días, prorrogables por hasta un término de treinta días adicionales. Una vez finalizado el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez días (art. 59). Si lo estima conveniente, el órgano de sustanciación ordenará la convocatoria a audiencia pública en la que se señalará el día y hora de la misma (art. 60). Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, la Superintendencia dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa días (art. 61)⁶¹.

5.1.2. En la ley orgánica de defensa del consumidor (LODC)

En relación con las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en sede administrativa la tutela de los derechos del consumidor es potestad de la Defensoría del Pueblo, la cual está facultada para conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país, y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de sus derechos fundamentales como consumidor, establecidos en la Constitución de la República, y en los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte Ecuador, en la presente ley y en las demás leyes conexas. No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda (art. 81).

Una vez agotado el procedimiento de denuncia ante la Defensoría del Pueblo, y en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, este órgano elaborará un informe con base en el cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo, del que se podrá desprender la imposición de las

61 *Ibid.*, pp. 24-27.

sanciones establecidas en la ley, así como la exigencia de que se dé cumplimiento a la obligación pendiente.

El informe emitido por la Defensoría del Pueblo será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica. De ser el caso, el Defensor del Pueblo podrá acudir ante el juez de contravenciones de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso judicial (art. 83).

5.2. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES FRENTE A ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL QUE LESIONEN LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

5.2.1. *En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*

Dentro del ámbito de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en sede jurisdiccional son competentes para conocer y resolver de las infracciones a las normas contenidas en esta ley, en primera instancia, el juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el juez de lo penal de la respectiva jurisdicción. El juzgamiento de las infracciones previstas en esta ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal (art. 84), y estará sometida a los procedimientos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)⁶².

Propuesta la denuncia, y una vez citado el acusado, el juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación. Dicha audiencia se iniciará con la contestación del acusado. A esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

Se dispondrá que las partes presenten sus pruebas, luego de lo cual, de ser posible, se dictará sentencia en la misma audiencia, caso contrario se hará dentro del plazo perentorio de tres días. Si el consumidor anexa a su denuncia el informe emitido por la Defensoría del Pueblo (ver numeral anterior), se considerará su contenido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley (art. 84).

Si, a criterio del juez, para el establecimiento de los hechos fuere necesaria la intervención de peritos o se requiriere de informes técnicos, se suspenderá la audiencia solo para ese objeto y se concederá el plazo de hasta quince días para su presentación, al vencimiento del cual, previo señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia y se procederá en la forma en que se indica en el artículo 84. Si el peritaje o informe técnico, a criterio del juez, tuviere que practicarse en el exterior, el plazo señalado se podrá extender hasta por treinta días (art. 85).

A la sentencia que dicte el juez de contravenciones se le podrá interponer el recurso de apelación dentro del término de tres días, contados a partir de la notifi-

62 Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (COIP), Quito, R.O. 180 del 10 de febrero de 2014, última reforma en 2019.

cación con el fallo. Dicho recurso será presentado ante el juez de contravenciones quien lo remitirá al respectivo juez de lo penal. La sentencia que dicte el juez de lo penal causará ejecutoria (art. 86). Es importante señalar que se concede acción popular para denunciar las infracciones previstas en esta ley (art. 88)⁶³.

5.2.2. *En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)*

En función de los procedimientos contemplados en sede administrativa detallados en los numerales anteriores, y dentro del ámbito jurisdiccional, cabe decir que en Ecuador toda persona podrá impugnar las resoluciones administrativas emitidas por cualquier autoridad pública, en la vía contenciosa administrativa, como pueden ser, por ejemplo, las ya citadas Superintendencia de Control de Poder del Mercado y Defensoría del Pueblo. Para este efecto, debe seguirse el procedimiento contencioso administrativo contemplado en el COGEP, contenido en los artículos 299 a 317.

Dentro del mencionado proceso contencioso administrativo, como requisito previo se exigirá que, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales del mismo COGEP, se adjunte copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación al interesado o la interesada, y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado (art. 308). En esta clase de procesos son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos. Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición del juzgador o la juzgadora, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán declaración de parte (art. 310).

En relación a la sentencia de esta clase procesos, además de los requisitos generales previstos para el COGEP, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos. En caso de que se admita la pretensión del administrado y se deje sin efecto el acto impugnado, se ordenará además que se restituya el valor pagado indebidamente o en exceso y lo debidamente pagado (art. 313), en caso de haberlo⁶⁴.

De otra parte, en el mismo COGEP se contempla la posibilidad de que cualquier persona (en este caso, el consumidor) pueda exigir el pago de una indemnización por daños y perjuicios (art. 289). Para el efecto, la respectiva reclamación debe efectuarse mediante el procedimiento ordinario, contemplado en los artículos 290 a 298 del cuerpo legal en mención.

63 Congreso Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, pp. 23-24.

64 Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos, pp. 74-75.

5.2.3. En el Código Orgánico Integral Penal (COIP)

Este código permite reprimir penalmente ciertas acciones tipificadas como de competencia desleal, por ejemplo, i) en el artículo 208A el delito de falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor⁶⁵, y ii) en el artículo 235 el delito de engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos⁶⁶. La sanción de estas infracciones, se desarrollará mediante el procedimiento penal ordinario y sus fases, contenido en los artículos 580 a 633.

Cabe decir que, a pesar de que el COIP recoge en su texto algunos actos de competencia desleal, se puede observar la existencia de una suerte de insuficiencia normativa al respecto, ya que esta ley no tipifica completamente todos los actos de esa clase contenidos en normas internacionales (p. ej., el Convenio de París) o nacionales (p. ej., la LORCPM), quedando ciertamente el Estado en la imposibilidad de brindar una tutela completa de los derechos de los consumidores que puedan verse afectados por aquellos actos de competencia desleal no contenidos en la norma penal.

CONCLUSIONES

Con base en el análisis jurídico realizado, se concluye que:

– La influencia indebida contra el consumidor efectuada a través del telemercadeo y del *mailing* digital es considerada un acto de competencia desleal, tanto por la normativa internacional regulatoria de la materia vigente en Ecuador, que incluye el Convenio de París y la Decisión Andina 486, como por la normativa nacional encaminada hacia el mismo propósito, en este caso la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

– La normativa interna ecuatoriana prevé procedimientos administrativos y jurisdiccionales que permiten defender los derechos de los consumidores, con lo cual el Estado puede desplegar esfuerzos para ejercer una tutela efectiva de esos derechos. Sin embargo, es necesario que el país fortalezca el marco jurídico relacionado con la defensa de los derechos del consumidor, incorporando en su legislación normas preventivas de los posibles abusos que se puedan cometer a través del uso del telemercadeo o el *mailing* digital, poniendo en marcha sistemas de registro voluntario como el NO LLAME (o similares) existente en otros países.

– Es necesario que el Estado haga una mayor difusión de las normas mercantiles nacionales que regulan el uso masivo de los contratos de adhesión y de los contratos a distancia, mediante los cuales se materializan los acuerdos rápidos e impersonales alcanzados a través del telemercadeo y el *mailing* digital, con el propósito de que

65 Código Orgánico Integral Penal, pp. 73-74.

66 *Ibid*, pp. 81-82.

los consumidores conozcan los potenciales beneficios y también los riesgos del uso de ese tipo de contratos.

– Se requiere que el Estado ecuatoriano despliegue un mayor esfuerzo de difusión de los derechos del consumidor, con el propósito de que actos de competencia desleal como el tipificado de acoso e influencia indebida, puedan ser prevenidos merced a que los ciudadanos dispongan de mayor información sobre su forma de operar y posibles consecuencias dañinas.

REFERENCIAS

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL). “Servicio Móvil Avanzado”, septiembre de 2019. Disponible en [http://www.arcotel.gob.ec/servicio-movil-avanzado-sma_3/], consultada el 15 de octubre de 2019.

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL). Atención al usuario, Atención de requerimientos, septiembre de 2019. Disponible en [<http://www.arcotel.gob.ec/atencion-usuario/>], consultada el 15 de octubre de 2019.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución de la República del Ecuador*, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada el 1.º de agosto de 2018, Montecristi.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Quito, Registro Oficial n.º 555, 13 de octubre de 2011, última modificación, 12 de septiembre de 2014.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, R.O. 555 del 13 de octubre de 2011, Quito.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), R.O. 506 del 22 de mayo de 2015, reformado en junio de 2019, Quito.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Código Orgánico Integral Penal (COIP), R.O. 180 del 10 de febrero de 2014, última reforma en 2019, Quito.

ASCARELLI, TULLIO. *Teoría de la concurrencia y de los bienes Inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970.

BAGCHI, ADITI. “Parallel Contract”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 75, 2013. Disponible en [<https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/viewFile/303/240>], consultada el 6 de octubre de 2019.

BANCO MUNDIAL. “Data Ecuador 2018”. Disponible en [<https://datos.bancomundial.org/pais/ecuador>], consultada el 29 de septiembre de 2019.

BAROCHELLI, SERGIO (ed.). *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, Proyecto DECYT 2016-2018 Código DCT1602, Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2020.

- CALLMANN, RUDOLF. "Unfair competition without competition? The Importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 95, n.º 4, Pennsylvania, marzo de 1947. Disponible en [https://www.jstor.org/stable/3309751?seq=1#page_scan_tab_contents], consultada el 4 de octubre de 2019.
- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Secretaría General. Decisión 486 Régimen común sobre propiedad industrial, Lima, 2000.
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 116, del 10 de julio de 2000, modificada el 16 de enero de 2015, Quito.
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. Ley 67, de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, R.O. 557, del 17 de abril de 2002, Quito.
- DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO, "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1, Santiago, 2003. Disponible en [[file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20\(1\).pdf](file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20(1).pdf)], consultada el 6 de octubre de 2019.
- FIGUEREDO, ESTHER. "La protección legal al consumidor; el contrato de adhesión, la libertad económica y los derechos humanos en el Estado social de derecho y de justicia", *Revista Anuario*, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Comparado, vol. 36, 2013. Disponible en [<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc36.htm>], consultada el 6 de octubre de 2019.
- GONZÁLEZ PONS, ELISABET. *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, ABOE, 2019.
- GUAMÁN, CRISTIAN. *Insuficiencia de la Ley de Defensa del Consumidor frente al telemarketing de operadoras de telefonía móvil en el Ecuador*, Loja, Universidad Nacional de Loja, 2017.
- HENNING-BODEWIG, FRAUKE, RUIJSENAARS, HEIJO, ARACAMA-ZORRAQUÍN, ERNESTO et al. "Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación mundial actual", Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1994. Disponible en [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipo-publications/WIPO_PUB_725s.pdf], consultada el 25 de noviembre de 2018.
- JANSEN, VÍCTOR. *El Derecho social de protección al consumidor y al usuario y su regulación en la legislación venezolana*, Carabobo, Dirección de Medios y Publicaciones de la Universidad de Carabobo, 2003.
- JEFATURA DEL ESTADO ESPAÑOL. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE n.º 166 del 12 de julio de 2002, Madrid. Disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>], consultada el 10 de octubre de 2019.
- JOSSERAND, LOUIS. *Derecho civil. Teoría General de las Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1951.
- KANT, IMMANUEL. *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Aguilar, 1968.

- LARROUMET, CHRISTIAN. *Droit Civil: Les Obligations, le Contrat*, t. 3, París, Económica, 1998.
- MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 27, 2010, Madrid. Disponible en [<https://www.uria.com/es/publicaciones/buscador-publicaciones.html>], consultada el 5 de octubre de 2019.
- MENDOZA, ANA. “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE, Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, 2012, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en [<file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-LosContratosADistanciaYCelebradosFueraDeEstablecim-3979740.pdf>], consultada el 11 de octubre de 2019.
- MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1952.
- MOMBERG URIBE, RODRIGO. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, n.º 26, vol. 1, Valdivia, julio de 2013. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001], consultada el 7 de octubre de 2019.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible en [http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf], consultada el 30 de abril de 2018.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). “Acuerdo de la Ronda de Uruguay, sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)”, Parte II, “Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual”, Ginebra, s.p. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04_s.htm#2], consultada el 5 de julio de 2018.
- OTAMENDI, JORGE. “La competencia desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 2, Buenos Aires, octubre de 1998, Biblioteca del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI), Buenos Aires.
- PEGUERA, MIGUEL y AINHOA, REY. “Protección de los consumidores en el mercado único digital (directiva 2019/2161)”, en Cuatrecasas Blog, Madrid, 21 de febrero de 2020. Disponible en [<https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/proteccion-de-los-consumidores-en-el-el-mercado-unico-digital-directiva-2019-2161/>], consultada el 8 de marzo de 2021.
- RAKOFF, TODD. “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Describing seven characteristics of contracts of adhesion”, *Harvard Law Review*, n.º 96, 1983, pp. 1173-1177.

- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO, “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 327, Bogotá, diciembre de 2004.
- REVECO, RICARDO, PADILLA, RICARDO, “La competencia desleal en el contrato de distribución de productos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 13 de marzo de 2014.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO, “El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 202, septiembre 2010, Lima Gaceta Jurídica.
- SANDE MAYO, MARÍA. “La evolución del concepto de consumidor en el ordenamiento interno y en la Unión Europea”, *Dereito*, vol. 27, n.º 1, Universidad Santiago de Compostela, 2018. Disponible en [<https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/4108>], consultada el 7 de marzo de 2021.
- SLAWSON, DAVID. *Binding Promises: the Late 20th Century Reformation of Contract Law*, Princeton University Press, Ebook, 1996.
- TATO, ANXO, FERNÁNDEZ, PABLO y HERRERA, CHRISTIAN. *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>], consultada el 8 de marzo de 2021.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de noviembre de 2019, referente a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81968>], consultada el 6 de marzo de 2021.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, artículo 2.7, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>], consultada el 8 de octubre de 2019.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, artículo 8.2, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>], consultada el 10 de octubre de 2019.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico),

artículo 10.3, *Diario Oficial*. Disponible en [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>], consultada el 10 de octubre de 2019.