

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE
LA COMPETENCIA DESLEAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS

JAVIER ANTONIO VARGAS CÁCERES

Profesora Guía: Marisol Ortíz Padilla
Profesor Informante: Enrique Aimone Gibson

Valparaíso, Mayo de 2008

**CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE
LA COMPETENCIA DESLEAL**

Para mis Padres

Para Daniela

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES GENERALES	4
1. LA COMPETENCIA	5
1.1. DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	11
1.2. DE LA LIBRE COMPETENCIA	14
1.3. DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	16
1.3.1. Aproximación al concepto. Orígenes Históricos	17
1.3.2. Concepto de Competencia Desleal	19
1.4. ELEMENTOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	23
1.5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	33
1.6. LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL. PARALELO.	35
1.7. RELACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO .	36
1.7.1. Propiedad Industrial y Competencia Desleal	37
1.7.2. Competencia Desleal y Derechos del Consumidor	38
 CAPÍTULO II	
DERECHO COMPARADO	42
2. OBSERVACIONES PREVIAS	43
2.1. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN AMÉRICA LATINA	44
2.1.1. Situación en Argentina	45
2.1.2. Situación en Colombia	51
2.1.3. Situación en Perú	59
2.2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS	67
2.2.1. Situación en Francia	68
2.2.2. Situación en Italia	73
2.2.3. Situación en España	77
2.2.4. Situación en Estados Unidos	91

CAPÍTULO III

LA COMPETENCIA DESLEAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	102
3. SÍNTESIS	103
3.1. MARCO REGULATORIO ANTES DE LA LEY 20.169.	
AUSENCIA DE LEY ESPECIAL SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL	104
3.1.1. La Libre Competencia y la Competencia Desleal	109
3.1.2. La Propiedad Industrial y la Competencia Desleal	116
3.1.3. Derechos del Consumidor y Competencia Desleal	118
3.1.4. Jurisprudencia	121
3.2. MARCO REGULATORIO ACTUAL. LEY 20.169	133
3.2.1. Historia de la Ley	134
3.2.2. Discusión General del Proyecto	138
3.2.3. Críticas al Proyecto de Ley	140
3.3. CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL	142
3.3.1. Conductas Desleales Particulares	149
3.3.2. Breve referencia a la Competencia Parasitaria	154
3.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL	155
3.5. COMPETENCIA DESLEAL Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO	161
3.5.1. Propiedad Intelectual e Industrial y Ley 20.169	162
3.5.2. Derechos del Consumidor y Ley 20.169	164
CONCLUSIONES	169
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173

INTRODUCCIÓN

La competencia constituye un fenómeno esencial en la sociedad.

Con un acentuado carácter económico, la competencia es fundamental en el desarrollo de las economías de los estados y en el funcionamiento del mercado, pues es inherente a éste que sus partícipes luchan por obtener un mejor posicionamiento, introducir nuevos productos, marcas y tecnologías con el fin de cautivar clientela.

La natural escasez de bienes y servicios, en contrapartida a las crecientes necesidades que presenta el hombre, hicieron que los países reconocieran y regularan el derecho de la competencia, relacionado éste fundamentalmente, con conseguir una productividad eficiente para maximizar el bienestar social, evitando abusos de superioridad o prácticas restrictivas.

Esta competencia mercantil redunda en la pelea constante que existe entre los empresarios con el objeto de captar clientes, ofreciendo bienes y servicios en el mercado a condiciones, precios y calidades más favorables que los demás.

Desde este punto de vista, la competencia se presenta como una situación de normalidad, pues es del todo razonable que los agentes que actúan en el mercado intenten desviar la clientela a su esfera productiva, y en consecuencia perjudicar la situación mercantil de los otros.

Lo que no es razonable es restringir la competencia con prácticas abusivas y utilizar mecanismos o realizar conductas incorrectas, esto es, reñidas con las buenas prácticas, con el objeto de ganar presencia en el mercado y desplazar a los competidores.

El derecho de la competencia se desdobra entonces en dos ramas fundamentales, a saber, el derecho contra las

limitaciones de la competencia o derecho antitrust, y el derecho contra la competencia desleal.

En este trabajo se analizará en forma particular el derecho contra la competencia desleal, específicamente el modelo utilizado por nuestro legislador en la materia, su tratamiento de ilícito civil, los criterios utilizados para determinar cuándo se está en presencia de una conducta desleal y el ámbito de aplicación que fija la ley 20.169.

La entrada en vigencia de esta ley viene a llenar un vacío importante en nuestra legislación. La necesidad de un texto que asegurara de la mejor manera posible la lealtad en las relaciones comerciales entre los agentes del mercado era imperativa, no obstante aquello se presentan dificultades, que dicen relación principalmente, con la determinación de las materias que quedan comprendidas en esta ley, la amplitud del concepto y su relación con otras ramas del derecho, tales como la protección de los derechos de los consumidores, la propiedad industrial, la propiedad intelectual y fundamentalmente la libre competencia.

Para desarrollar de buena forma este trabajo, se tratará en el primer capítulo, ciertos conceptos generales que ayudarán a interiorizarse en el tema, nociones tales como competencia, el derecho de la competencia, la libre competencia, algunas definiciones que se han dado de competencia desleal, sus características, elementos, el bien jurídico tutelado por esta disciplina y su relación con otras ramas del derecho.

El segundo capítulo tratará la normativa regulatoria en el derecho comparado, adelantamos en este sentido que nuestro legislador se ha inspirado en leyes foráneas sobre competencia desleal para regular la materia en nuestro país. La idea es estudiar el continente normativo que se tuvo en vista al tiempo de discutir y dar forma a la ley 20.169. Las principales normas y principios que las rigen, delineando cual fue el modelo finalmente adoptado para

nuestro sistema, además de hacer una breve referencia a un sistema normativo diverso, el estadounidense.

Para el final se ha reservado el tercer capítulo, en el cual se tratará expresamente la regulación de la competencia desleal en Chile, la ausencia de legislación especial, los actos desleales bajo la institucionalidad de la libre competencia y la posterior entrada en vigencia de la ley 20.169. Las modificaciones que sufrió la moción parlamentaria durante la etapa de formación de la ley, las críticas a la normativa, el concepto de conducta desleal según la ley, la extensión dada por el legislador a los actos que constituyen prácticas desleales, el ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo y las relaciones de la competencia desleal con otros cuerpos normativos.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

1. La Competencia

La competencia se presenta como la forma innata de expresión de la libertad económica, iniciativa y dinamismo del empresario y, en consecuencia, se constituye en el cimiento y principal soporte sobre el cual se erige el sistema capitalista.

La competencia es un concepto que tiene diversas acepciones, y que por tanto se presenta en muchos ámbitos.

Desde el punto de vista de este trabajo resulta importante definir la competencia, para luego concentrarnos en las situaciones de deslealtad que se producen en ella.

Etimológicamente, el término competencia encuentra su raíz en las voces latinas *competencia*, (*competens*, enfis), *relación*, *proposición*, *aptitud*, *apto*, *competente*.¹

Para los autores clásicos, liderados por Adam Smith, *competir* consistía en estar en el mercado.

Posteriormente, los economistas neoclásicos formularon una nueva definición de competencia, en este sentido, Marshall sostuvo que "competir consistía en la lucha por el cliente en precio y calidad".

Estas definiciones basaban su construcción ideológica a partir de la idea de la competencia perfecta, la cual constituía el óptimo en el mercado.

Esta premisa ha ido dejándose de lado, pues la existencia de trabas, limitaciones, regulaciones e intervenciones que aparecen en el mercado hacen disminuir el ideal de la competencia pura, dándose entonces una competencia imperfecta.

Con esta nueva perspectiva, la competencia ha sido definida como "la permanente creación y destrucción de

¹ Witker, Jorge y Varela, Angélica. "El derecho de la competencia económica en México". Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. 2003, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1151>

ventajas monopolísticas por la variación del precio o calidad del producto".²

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la competencia, en primer término, como una "Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo". Pero también nos entrega conceptos más particulares de competencia, referidos al ámbito jurídico y económico.

Así, en el campo jurídico nos señala que la competencia es "la atribución legítima otorgada a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto" y en el campo económico señala que es competencia aquella situación que se produce entre "empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio".

Para una aproximación doctrinaria, nos parece interesante revisar el concepto de competencia que nos entrega el profesor Joaquín Garrigues, quien señala que "la competencia significa concurrencia o coincidencia en el deseo de conseguir una misma cosa, el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste"

Prosigue Garrigues: "Cuando el objeto que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales mas favorables".³

Este último concepto es muy importante, pues nos aporta los elementos que deben existir para estar en

² Apuntes de apoyo para la cátedra de Derecho Económico del profesor Enrique Aimone, citado por Maturana Vásquez, Pía, en Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas "Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio análisis y propuestas". de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2003, Pág. 23.

³ Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil", citado por Bianchi Negron, Michelangelo, en "La Competencia Desleal", Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Año 1998. Pág. 10.

presencia de una situación económicamente competitiva, a saber:

- 1.- La Actuación;
- 2.- La Pluralidad de Empresas;
- 3.- Una misma Clientela;
- 4.- Ciertos Mecanismos, tales como: precio, calidad, condiciones;
- 5.- La Libertad.

Toda vez que se presenten estos elementos existirá competencia, fundada ésta en la libertad de empresa y de iniciativa económica, pues difícil resultaría para los empresarios intentar desviar clientela si no contasen con libertad para desarrollar sus actividades.⁴

La competencia en el marco de un sistema de libre mercado se traduce entonces, en la coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios dentro de un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.⁵

El estado resguarda la presencia de competencia a través de dos funciones complementarias y simultáneas:

En primer término aparece la función de regulación, la cual se refiere al pronunciamiento que hace del Estado de reglas, normas y de un marco jurídico que reemplaza al mercado total o parcialmente. Lo que persigue esta normativa es, en último término, aparentar la existencia en el mercado de una libre competencia, cuando ésta en la realidad no existe.

En segundo término, se encuentra la función de control y de sanción, la cual por su parte radica en crear patrones fundamentales cuya inobservancia signifique la aplicación

⁴ Bianchi Negrón, Michelangelo, Op. Cit. Pág. 12.

⁵ Witker, Jorge y Varela, Angélica, Op. Cit. Pág. 3.

de una sanción. Dentro de esta función estatal se encuentra el Derecho de la Competencia, el cual pretende controlar el mercado a través de la prevención y sanción de conductas que pudieran provocar restricciones o limitaciones de la competencia que se espera que exista en un mercado determinado.

La competencia juega entonces un papel preponderante, no sólo en el desarrollo de la economía de los países, si no que también desde un punto de vista social, pues dónde existe competencia existe libertad, y al haber libertad existirán incentivos para la producción de bienes y servicios eficientemente y a los menores costos, logrando de esta manera satisfacer de buena forma a los consumidores.

Ahora, teniendo mayor claridad en materia de competencia, se revisaran brevemente los distintos modelos de competencia que se presentan en el mercado y que se encuentran reconocidos por la teoría económica:

1.- La competencia perfecta: Roger Leroy Miller ha definido este modelo como el "mercado en el cual ningún comprador o vendedor individual puede ejercer influencia alguna sobre el precio mediante sus compras o ventas individuales".⁶ Para estar en presencia de este tipo de competencia es necesaria la existencia de un gran número de compradores y vendedores, homogeneidad del producto, información perfecta y movilidad de recursos sin restricciones, de tal forma que no exista rivalidad entre agentes de mercado, y en consecuencia tampoco habrá publicidad, investigación de mercados, ni diferenciación; sólo existirá competencia impersonal, donde cada empresa tomará sus decisiones independientemente, de acuerdo a la información perfecta de que dispone. No existiendo

⁶ Miller Roger: "Microeconomía", Editorial McGraw-Hill. 3a.Edición. México 1990. Págs. 332 y 333.

posibilidad de determinar el precio, trabajando en base a condiciones objetivas que fija el mercado.

2.- La competencia Imperfecta: En este caso el mercado es imperfecto en la medida que sus participantes tengan capacidad para influir en la determinación del precio Según Samuelson y Nordhaus, la competencia imperfecta "se refiere a los mercados en los que no existe competencia perfecta, porque al menos un vendedor (o un comprador) es suficientemente grande para influir en el precio de mercado y, por tanto, tiene una curva de demanda (o de oferta) de pendiente negativa".⁷ Complementando esta afirmación, la competencia imperfecta alude a todo tipo de imperfección: el monopolio puro, el oligopolio o la competencia monopolística. Veamos pues, cada una de estas formas que adopta la competencia imperfecta:

2.1.- El Monopolio Puro: Existe un único vendedor u oferente que tiene el control absoluto de una industria, por tanto en este fenómeno no existe competencia.

2.2.- El Oligopolio: es aquel en el que existe un número reducido de vendedores (oferentes) frente a una gran cantidad de compradores. El escaso número de vendedores hace que puedan ejercer algún tipo de control sobre el precio, y que las actuaciones de unos afecten a los restantes integrantes del mercado.

2.3.- La Competencia Monopolística: Se define como una organización de un mercado en el cual se puede encontrar muchas empresas que venden mercaderías muy similares a la de las demás, pero no idénticas, gracias a esta diferenciación de productos, los vendedores tienen cierto grado de control sobre los precios que cobran al vender su producto.

Habiendo revisado brevemente el concepto de competencia del punto de vista económico, nos parece

⁷ Samuelson, Paul y Nordhaus, William. "Economía", Decimosexta Edición, Ed. McGraw-Hill, Interamericana, año 1999. Pág. 652.

pertinente hacer una referencia al sentido jurídico de la competencia.

En efecto, conforme a la clasificación teórica antes expuesta, al derecho llamará la atención aquellas formas que escapan de la perfección de la competencia, vale decir, el interés del jurista se canalizará en las variables de competencia imperfecta, puesto que dándose los requisitos de una competencia perfecta ninguno de los productores o empresarios interfiere en las elecciones que hacen los consumidores, mostrando al empresario como un mero espectador de las variantes externas que ofrece el mercado.

En cambio, sólo cuando alguno de los vendedores que participan en un mercado lleva a cabo actos que movilizan la clientela, desplazando a consumidores a favor suyo, surge aquella competencia que interesa regular al derecho.

Esta competencia se producirá entre empresarios que pongan en el mercado bienes idénticos o que satisfacen en relativa igualdad de condiciones una misma necesidad, por ejemplo, entre productores de detergentes para la ropa, o entre fabricantes de automóviles, en cambio, difícilmente se puede hablar de competencia entre un productor de té y uno de camisas.

Resumiendo, la competencia, desde una perspectiva jurídica, importará en la medida que los agentes del mercado ejecuten actos que tengan por finalidad desplazar clientes a su beneficio, no obstante esta finalidad fracase, y siempre que estos actos se realicen dentro de un ámbito competitivo, es decir, se ofrezcan bienes idénticos o similares, que tiendan a satisfacer necesidades de un mismo grupo de personas.

Ahora se dedicará un apartado a realizar algunos breves comentarios del área jurídica que se ocupa de la competencia presentando algunas definiciones y comentarios acerca del derecho de la competencia.

1.1. Del Derecho de la Competencia

El Derecho de la Competencia, también conocido como Derecho antitrust, es una rama jurídica que tiene sus antecedentes en el Derecho norteamericano, y su objetivo es establecer claramente los límites que permitan el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, evitando que la dinámica de éstas distorsionen el mercado en perjuicio de los consumidores y del interés público, encargándose de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios.

El derecho de la competencia puede definirse como aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público.⁸

Es interesante esta definición, pues delimita el bien jurídico que protege esta rama del derecho, que a nuestro entender, no es la competencia en si misma, si no que un conjunto de derechos e intereses dentro del orden público económico, buscando el bienestar social, sancionando conductas abusivas de la libertad de empresa (Prácticas Restrictivas) y aquellas conductas competitivas desleales, siendo los intereses amparados por esta regulación la libre concurrencia y la libre competencia,⁹ la eficiencia económica y el derecho al desarrollo.

Actualmente vivimos insertos en un mundo globalizado,

⁸ Witker, Jorge, "Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México", Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. 1º Edición, Chile, año 2000. Pág. 21.

⁹ Para Jorge Witker el mercado actual se centra en la tecnología de los procesos, abandonado la idea de centrar el análisis de mercado en la tecnología de los productos, desde este punto de vista, Witker distingue entre Libre Concurrencia y Libre Competencia, entendiéndolo por la primera aquella "situación específica en que se halla un mercado en el cual los agentes económicos tiene plena libertad de acceso, sin barreras ni restricción alguna", y por Libre Competencia la "situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares, intentando atraerse a los consumidores", entendemos en definitiva que la libre competencia supone libre concurrencia.

lo cual se proyecta en todos los ámbitos de la sociedad, pero especialmente en el aspecto económico mundial. Algunos autores han llegado a proponer la necesidad de un derecho mundial de la competencia, abogando por la celebración de un acuerdo multilateral que regule la materia.¹⁰

En un primer momento histórico, en la Edad Media, encontramos una etapa en que la tendencia era impedir la competencia, el mercado carecía de libertad y el acceso al mismo era muy restringido. Luego, a fines del siglo XVIII, fundamentalmente en la Francia revolucionaria, se proclama la libertad de comercio y de industria, se eliminan las restricciones y privilegios medievales, dándose lugar a una amplia libertad para los competidores, los cuales establecen monopolios privados, restricciones y acuerdos para eliminar la competencia.

Una intervención estatal absoluta se produjo en Estados Unidos con la dictación de la *Sherman Act* el año 1890, verdadero nacimiento del derecho de la competencia como estructura normativa, respecto del cual existió una aplicación sistemática, cuyos fines eran obtener precios bajos para los consumidores y abrir las puertas del mercado para todos aquellos que quisieran participar en él.

Pero también existen críticas a ésta rama del derecho, pues es considerada una disciplina polémica, debido a que las empresas tienden naturalmente a "acomodarse" con sus eventuales competidores y, por ello, suelen ver en las normas sobre libre competencia una valla que les incomoda y, por cierto, perciben en los poderes públicos encargados de velar por la vigencia de la competencia, un peligro constante de intromisión en el libre desarrollo de su actividad económica.¹¹

¹⁰ Heinemann, Andreas, "La necesidad de un Derecho Mundial de la Competencia", en Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez, Abril-Junio de 2007.

¹¹ Pesqueira Banderas, Manuel, "El derecho frente a la libre competencia: una visión retrospectiva". En Revista Temas de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Gabriela Mistral. Año XVIII, 2003. Págs.

Lo concreto es que la competencia existe dentro de ciertos parámetros fijados por el derecho que la regula, dentro de estas "dosis" de competencia¹² que el mercado acepta, los agentes económicos deben desenvolverse en forma libre y leal, esto es, el propio ordenamiento establece parámetros de regulación, al acotar la competencia a su desenvolvimiento alejado de prácticas abusivas o colusorias, y por otro lado, ejecutándose a través de conductas correctas y honestas.

Los competidores deben actuar en forma honesta, lo cual repercute directamente en los consumidores, pues son estos los que se benefician de una competencia librada en "buena lid", pues se encuentran en posición de escoger los bienes y servicios acorde a sus necesidades, mejorando la oferta de las empresas.

En un contexto económico actual, en que los precios son fijados por el mercado, el derecho de la competencia tiene dos importantes finalidades, la primera tiende a resguardar la actuación del mercado como ente regulador de la oferta y la demanda, sancionando las actuaciones que impidan o dificulten la participación de los agentes económicos.

La segunda finalidad tiende a proteger el "juego limpio" dentro de la competencia, pues las ventajas no pueden obtenerse a costa de los demás, ni perjudicando o pasando a llevar indebidamente a los otros competidores.

Veremos a continuación las ramas que componen este derecho de la competencia, siguiendo el orden de las finalidades antes expuestas, esto es, el derecho antitrust o de defensa de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal.

123-169, texto disponible en http://www.ugm.cl/institutos/ced/articulos/2004/J-MPB_Derecho_Libre-Competencia.html

¹² Menéndez Menéndez, Aurelio, "La Competencia Desleal". Monografías, Ed. Civitas. Primera Edición, Año 1988, Pág. 22.

1.2. De la Libre Competencia¹³

Puede decirse que la libre competencia es la legítima posibilidad que tiene toda persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado, sin que nadie pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio.

En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores establecen las condiciones de la relación comercial, siendo de este modo favorables a ambas partes.

En otras palabras, la libre competencia es el derecho que tienen todos los individuos a dedicarse a la actividad de su preferencia; es decir, a ejercer su Libertad Económica, encontrando únicamente limitaciones en la Constitución y las leyes.

En nuestro país este derecho está consagrado en el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución Política de la República, el cual dispone:

Artículo 19: *"La Constitución asegura a todas las personas:"* N° 21: *"El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".*

Las regulaciones que tiene por objeto amparar la libre competencia reflejan el interés del legislador en mantener una competencia suficiente, protegiéndola de las amenazas y ataques contrarios al interés público.

Se puede decir que ésta normativa tiende a intensificar la competencia, protegiendo el Orden Público Económico y el interés general de la sociedad.

¹³ Este tema se tratará desde el punto de vista de nuestra legislación, en el tercer capítulo de este trabajo.

Otros sostienen que el bien protegido por estas normas es la libre competencia "a secas", sin que esta conclusión pretenda sobrevalorar el papel en solitario de la libre competencia.¹⁴

En todo caso, las normas sobre Libre Competencia debieran estar encaminadas a evitar, aún antes que sancionar, los abusos de la libertad de empresa y de la libertad contractual.

En términos económicos para que exista libre competencia se requiere:

- Pluralidad de partes;
- Gran cantidad de productores y consumidores en que las decisiones de unos y otros no afecte o altere las decisiones de los otros;
- Existencia de productos homogéneos capaces de cubrir o satisfacer las mismas necesidades, de manera que uno puede ser sustituido por otro;
- La libre entrada y salida al y del mercado de productores y consumidores, y que no existan trabas ni condiciones para operar en distintas áreas;
- Flujo de información, en donde el mercado es gran fuente de información, y
- Falta de determinación de la voluntad del otro contratante.

Este último es el punto clave, ya que los demandantes no pueden influir en la voluntad de los oferentes y viceversa, si existen los otros elementos, pero una voluntad condicionada, no existirá libre competencia.¹⁵

¹⁴ Pesqueira Banderas, Manuel, Op. Cit.

¹⁵ En nuestro país existe una regulación especial de la materia, el Decreto Ley 211 de 1973 modificado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

1.3. De la Competencia Desleal

Anticipamos en el primer título de este trabajo algunas ideas acerca del concepto de competencia en materia económica, y se sostuvo que era necesario conocer que se entiende por ella, para poder aventurarnos en definir cuando nos encontramos ante casos de competencia desleal.

Partamos por un ejemplo, la empresa "A" fabricante de golosinas sufre un robo a sus instalaciones, lo que produce una pérdida en sus arcas de diez millones de pesos. Dicha empresa tiene entre sus principales mercaderías unos dulces ricos en chocolate y nueces denominados "Tiempo Feliz", los cuales llevan bastante tiempo en el mercado.

Pasados unos meses del robo otra empresa "B" competidora del rubro, lanza al mercado unos dulces de chocolate y nuez llamados "Happy Time". Los cuales arremeten fuertemente en el mercado con mucha publicidad en radio y televisión, ocupando signos distintivos similares a los que la primera empresa utiliza para su producto "Tiempo Feliz".

Esta acción llevada a cabo por la empresa "B" provoca una disminución de las utilidades de la empresa "A", pues la empresa "B", aprovechándose de la reputación ajena y ocupando signos y detalles de su competidora, gana terreno en el campo de las golosinas, produciendo una pérdida a la empresa "A" que es incluso mucho mayor al menoscabo patrimonial experimentado por el robo, avaluado en diez millones de pesos.

En este ejemplo vemos dos ilícitos, dos actuaciones reñidas con la ley, por una parte el robo de diez millones de pesos, sancionado por la legislación penal correspondiente, y por otro una conducta competitiva desleal, también ilícito, pero como veremos en el avance de este trabajo, de carácter civil.

1.3.1. Aproximación al concepto. Orígenes Históricos

Los orígenes de la competencia desleal se remontan al inicio de la libertad económica de mercado en Francia en el siglo XIX, puesto que al competir sin ningún tipo de limitaciones, los oferentes hacían abuso de la libertad de competencia. Los competidores empezaron a actuar según el modo en que cada cual interpretaba a su parecer, cual era el comportamiento honesto o leal.

En este punto resulta muy ilustrativo hacer referencia a la clasificación temporal histórica planteada por el autor español Aurelio Menéndez, quien desde la perspectiva del derecho continental europeo, logra plasmar en tres periodos el desarrollo de la normativa que regula la competencia desleal.

Los modelos planteados nos servirán para poder determinar que sistema ha empleado nuestro legislador en la materia, que objeto de protección ha privilegiado y cuales han sido los criterios de valoración de la deslealtad que a ocupado en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la entrada en vigencia de la ley 20.169, el 16 de Febrero de 2007.

- Periodo Paleoliberal: Este periodo se caracteriza por la ausencia de una normativa de carácter general que regule la materia. Sólo existían normas aisladas y fragmentadas que se inclinaban a reprimir las conductas desleales, fundamentalmente desde el ámbito penal.

Propio del siglo XIX, en este modelo el objeto de protección estaba constituido por la propiedad industrial, resguardo motivado por el auge de la libertad de empresa, y el criterio de valoración de la deslealtad se hallaba en la falta de adecuación de las conductas a los "usos profesionales" del comercio.

- Periodo Profesional o Corporativo: Se presenta a comienzos del siglo XX. Se caracteriza porque la normativa

alcanza un carácter general, superando la tutela fragmentaria del primer periodo, existiendo la tendencia a considerar esta materia como propia del ámbito privado.

Del punto de vista del objeto de protección, este derecho tiende a tutelar la gran industria y la clase empresarial, de acuerdo a valoraciones profesionales o corporativas, defendiendo las posiciones adquiridas por las empresas en el mercado. En otros términos, "el bien jurídico que protege es el daño causado al empresario por la desviación de la clientela de su empresa, hacia la empresa de su competidor".¹⁶

En cuanto al criterio de valoración de la deslealtad, será la adecuación o no del acto de competencia a las prácticas, usos y costumbres mercantiles que existan en la época.

- Periodo o Modelo Social: Nace a fines de la Segunda Guerra Mundial. Tiende a esbozar al derecho de la competencia desleal como un derecho ordenador de las relaciones de mercado, olvidando la tutela proporcionada por los anteriores modelos hacia el empresario y sus relaciones con los competidores, para centrarse en "la trilogía de intereses".¹⁷

En este nuevo modelo el objeto protegido "no es sólo el interés privado de los empresarios, si no el interés colectivo de los consumidores, y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado".¹⁸

En cuanto al criterio de valoración de la deslealtad, este se evalúa en atención a principios del ordenamiento

¹⁶ García Menéndez, Sebastián. "Competencia Desleal. Actos de Desorganización del Competidor", Ed. LexisNexis. 1º Edición Año 2004, Pág. 70.

¹⁷ González Porras, Enrique, "La regulación de la Competencia Desleal en Venezuela", texto disponible en <http://129.3.20.41/eps/le/papers/0310/0310001.pdf>

¹⁸ Ortíz Padilla, Marisol, "Competencia Desleal, Individualidad y Concurrencia frente a otras disciplinas. Situación en Chile", en "Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros", Santiago, LexisNexis, 2007.

económico, tales como la libre competencia y la tutela de los derechos del consumidor, siendo el criterio mas utilizado en la actualidad aquel que califica de desleales las conductas competitivas que sean contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres.

Los modelos anteriormente descritos servirán de base en el trabajo que nos hemos propuesto, el cual se centra en determinar el concepto usado y el modelo empleado por nuestro legislador en la regulación de la competencia desleal.

1.3.2. Concepto de Competencia Desleal

Siguiendo la lógica semántica hasta aquí utilizada, corresponde conocer que se entiende por desleal, la segunda palabra que compone la noción en estudio.

Ser desleal implica obrar sin lealtad, a mayor abundamiento comprende una actuación alejada de ciertos patrones de conducta objetivamente correctos y apropiados, constituyendo comportamientos reprochables y contrarios a los valores existentes en un lugar y tiempo dados.

Para demarcar la lealtad o deslealtad de un acto, como hemos visto al conocer los tres modelos elaborados por la doctrina, debe considerarse ante todo el constante devenir que experimenta el desarrollo de la competencia en las sociedades, un criterio objetivo de determinación pareciera sucumbir ante los constantes vaivenes que presenta el mercado.

Tradicionalmente se consideró como criterio para medir la deslealtad de un acto su contrariedad objetiva a los usos y prácticas mercantiles (Modelo Paleoliberal). Este criterio es utilizado en varias legislaciones y cuenta con la ventaja de encuadrarse de mejor manera al ímpetu del tráfico mercantil, pero por contrapartida, al hacer referencia a costumbres mercantiles, esto es, normativa

fundada en la repetición constante y uniforme de actos relativos al comercio, acota la posibilidad de encuadrar nuevas conductas al criterio estático fijado por los actos consuetudinarios ya establecidos.

Una postura actual en la materia consiste en definir como desleal aquellas conductas que sean contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres (Modelo Social), conceptos que serán tratados con detalle en el desarrollo de éste trabajo, pero desde ya adelantamos que es el criterio seguido por nuestro legislador en la ley 20.169.

Internándonos en doctrina, Henri Capitant define competencia desleal como "un delito civil, que en ocasiones coincide con un delito penal, consistente en que una persona cuya profesión suponga tener clientela (comerciante, industrial, médico) quite a otra de la misma profesión, todo o parte de su clientela mediante actos lesivos de los principios de honestidad que son ley de la profesión".¹⁹

Vemos como el autor francés enfatiza que el acto debe ser efectuado por un competidor, afectando a otro competidor del mismo rubro, de modo que dicha actuación, verificada contrariando principios de honestidad profesional, le causa la pérdida del todo o parte de su clientela.

También encontramos una interesante aproximación del argentino Sebastián García Menéndez, para quién los actos de competencia desleal son "aquellos realizados directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores".²⁰

¹⁹ Capitant, Henri, 1865-1937, "Vocabulario jurídico". Buenos Aires. Ed. Depalma, año 1961 (impresión inalterada de 1972).

²⁰ García Menéndez, Sebastián. Op. Cit. Pág. 70.

En lo tocante al derecho comparado, la tendencia de las legislaciones es definir los actos de competencia desleal en base al establecimiento de una cláusula general, en virtud de la cual se desarrolle en forma amplia un criterio a seguir conforme a determinados principios, junto a un listado casuístico, que consiste en detallar uno a uno los actos considerados desleales.

La ley alemana de 1909, en su artículo primero dispone: *"quien para fines de competencia emprenda en el tráfico mercantil actuaciones contrarias a las buenas costumbres puede ser requerido a abstenerse y a indemnización de daños y perjuicios"*.

La Ley 3/1991 de Competencia Desleal de España, señala: *"Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe"* y luego menciona una serie de comportamientos específicos considerados desleales.

La ley de Competencia Desleal Suiza en su artículo 1º, define la noción que nos ocupa como *"Cualquier abuso de la competencia que se realice a través de medios contrarios a la buena fe"*.

La Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial del año 1883, en el artículo 10 Bis, Nº 2, expresa que *"Constituye actos de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial"*.

En Perú, el artículo 6º del Decreto Ley 26.122 señala que *"Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas"*.

La Ley 256 sobre Competencia Desleal de Colombia, en el artículo 7º, define la competencia desleal como *"Todo"*

acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado".

El Proyecto de ley Antimonopolio, Antioligopolio y contra la Competencia Desleal de Venezuela, en su artículo 25, entrega un concepto de competencia desleal en los siguientes términos: *"Se prohíben las prácticas comerciales realizadas por agentes económicos que sean contrarias al normal desenvolvimiento del mercado o a la buena fe, capaces de desplazar en forma actual o potencial, total o parcialmente, a otros agentes económicos en el mercado en que estos últimos participan".*

Podemos apreciar que la doctrina y las diferentes legislaciones parten de la base del elemento deshonesto en la relación concurrencial, coinciden en que la competencia desleal se produce a contar de actuaciones que van en contra de principios de corrección, rectitud e integridad.

Sin embargo, hay un punto en el cual no coinciden, cual es la finalidad del acto deshonesto, para algunos se concreta en la producción de un perjuicio patrimonial, para otros esta conducta debe ocasionar un perjuicio específico, cual es la disminución de la clientela que sufre el competidor víctima de tales actos y el consecuente incremento de clientes del competidor que utilizo estas malas prácticas.

En síntesis, creemos que estamos frente a un acto de competencia desleal toda vez que un competidor realiza una conducta objetivamente deshonesto en el mercado, con el objeto de perjudicar a otro competidor, afectando con ello un conjunto heterogéneo de intereses comprometidos.

1.4. Elementos de la Competencia Desleal

La competencia desleal se traduce en conductas, en actos, los cuales deben reunir ciertos requisitos que permitan configurar este ilícito de competencia.

El estudio de estos elementos es diverso en atención a las distintas concepciones que se ha tenido de la materia, pues en un primer momento se considero que el ilícito de competencia desleal era de carácter penal, pues la normativa que lo regulaba, conforme al principio "no hay delito ni pena sin ley" (*Nullum crimen, nullum poena sine lege*) tipificaba conductas a las cuales imponía una pena en el caso que estas se llevaran a efecto.

En esta concepción pueden mencionarse los siguientes elementos:

1.-La conducta, tanto negativa (omisiones) como positiva (acciones).

2.-La tipicidad, la conducta debía estar necesariamente descrita por el legislador penal, debía existir un perfecto encuadramiento entre la conducta descrita en el tipo, con aquella efectivamente realizada.

3.-La culpabilidad: El fraude o malicia, el dolo constituía el elemento subjetivo de actuación por parte del competidor desleal, pues lo que se sancionaba era su desenvolvimiento malicioso, encaminado a producir un daño, no el daño en si mismo.

Esta postura se aprecia fuertemente en la antigua normativa española, ordenamiento jurídico que reprimió en su época las conductas desleales conforme a la aplicación de la ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, siendo mas exactos, a través de los artículos 131 y 132 de dicho cuerpo legal, que son fiel reflejo del modelo paleoliberal antes visto, pues, siguiendo en este tema a Aurelio Menéndez, dichos artículos tienen un carácter exclusivamente penal y no privatista.

Superado este criterio penal, se abre paso a la responsabilidad civil extracontractual en su categoría de responsabilidad aquiliana o con culpa, surgida en la legislación francesa, precisamente en el Código Civil de Napoleón, dentro del título IV "De las obligaciones que se contraen sin convenio", Capítulo II: "De los delitos y de los cuasidelitos" sus artículos 1382 y 1383 sientan las bases de este criterio:

Artículo 1382: *"Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo"*.

Artículo 1383: *"Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia"*.

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa, aplicando esta normativa, podemos concluir que para que exista la obligación de reparar los perjuicios derivados de una actuación de competencia desleal, es necesario que se presenten los siguientes elementos:

1.-El daño: lo podemos definir como la pérdida, menoscabo o lesión que se causa en la persona o bienes de la víctima, a consecuencia de un delito o cuasidelito. Corresponde, en competencia desleal, al perjuicio que experimenta el competidor por un acto de competencia desleal.

Este daño debe ser cierto, directo y además susceptible de ser apreciado pecuniariamente.

Que sea cierto implica que el daño no debe ser eventual ni hipotético, si no que debe presentarse efectivamente, para que sea indemnizado el daño debe haber efectivamente ocurrido. Esto no significa que quede excluida la reparación del perjuicio futuro, pues este será indemnizado en la medida que sea verosímil su ocurrencia, quedando descartado sólo el daño eventual bajo este criterio.

Que sea directo implica que los perjuicios que se indemnizarán son aquellos que son consecuencia inmediata del ilícito.

Por último, que sea patrimonial o con contenido pecuniario, implica que el daño reparable es aquel que repercute en las finanzas del competidor, quedando fuera la indemnización no material, o de carácter moral.

2.-La culpa: Siguiendo la teoría clásica o subjetiva, para que nazca la obligación de reparar el daño causado a través de un acto de competencia desleal, el hecho debió haber actuado culposamente o dolosamente, es decir, con negligencia o falta de prudencia en la gestión de sus negocios, o bien, dolo, con la intención precisa de provocar el perjuicio.

3.- La relación de causalidad: la cual debe existir entre la actuación culpable o dolosa, y el daño o perjuicio, de tal manera que si pudiéramos proyectarnos y eliminar del acontecer causal la conducta desleal, desaparecería el resultado daño, es decir, este último elemento es consecuencia directa de la conducta desleal.

Esta adecuación de la teoría de la responsabilidad extracontractual civil al ilícito de competencia desleal fue objeto de críticas:

En primer término, por considerar que para la configuración de la conducta desleal era necesaria la producción de un perjuicio, cosa que limita las normas de competencia desleal a un ámbito sancionatorio, eliminando la posibilidad de aplicar la normativa con un fin preventivo.

En segundo lugar, la exigencia de dolo o culpa, elementos netamente subjetivos, que trasladan el peso de la prueba a la víctima de los actos desleales de competencia, lo cual provocaba que la acreditación de tales requisitos fuera muy difícil, quedando sin sanción alguna conductas claramente desleales, por falta de prueba del dolo o la

culpa.

Una tercera concepción en esta materia viene dada por el criterio moderno, que supera la ilicitud penal y de responsabilidad extracontractual civil aquiliana anteriormente vistas, para otorgar a la competencia desleal un marco objetivo y separado de regulación, convirtiéndola en una disciplina especial.

Con este renovado criterio se consideran elementos de la competencia desleal:

- 1.-El acto
- 2.-Sujetos Intervinientes
- 3.-La relación de Competencia
- 4.-Criterios Valorativos

Veamos cada uno de ellos:

1.- El acto: es todo comportamiento humano externo voluntario, que consiste en un hacer o en un no hacer y que es susceptible de ser captado por los sentidos, es decir, supera la barrera del fuero interno de los operadores económicos, y se manifiesta externamente en el mercado.

Esta conducta tiene a su vez las siguientes características:

a) Acción u Omisión: Del concepto podemos extraer que el ilícito de competencia desleal puede configurarse ya sea por comisión o por omisión de lo debido.

b) Carácter Objetivo: Con esto significamos que la conducta desleal escapa a la subjetividad que el autor del acto tuvo al momento de ejecutarlo, se busca el correcto funcionamiento de la competencia entre competidores, más que reprimir el acto doloso de un determinado sujeto en el mercado.²¹

En efecto, de llegar a producirse en el mercado un acto que efectivamente sea contrario a los criterios ocupados por la legislación del país de que se trate, ya

²¹ García Menéndez, Sebastián. Op. Cit. Págs. 50 y 51.

sean estos la buena fe o las buenas costumbres, o la práctica mercantil, estaremos ante una conducta competitiva desleal, sea cual fuere la intencionalidad del agente responsable de tal conducta.

Se prescinde de la culpabilidad como elemento esencial del acto de competencia desleal, siendo la antijuridicidad²² del acto el verdadero elemento importante, pues acreditada la naturaleza antijurídica de la conducta, se configura el ilícito.

Tal como señala la autora colombiana María Consuelo Gacharná, "Para calificar como desleal la conducta de un rival en el mercado no hay que tomar en cuenta si obró o no en forma intencional [...] No existe indagación de elemento volitivo alguno que tenga importancia para la configuración de la competencia indebida".²³

c) Delito de Peligro: Entendemos por delitos de peligro aquellos que no requieren lesión; basta con que se ponga en peligro un bien jurídico.

Bajo esta premisa, resulta suficiente que la conducta produzca o pueda producir peligro, para que sea considerada desleal.

d) Naturaleza Extracontractual: La última característica del acto de competencia desleal es su naturaleza de responsabilidad extracontractual. Esto se explica por que la obligación de reparar los perjuicios originados del acto desleal surge de la obligación genérica de comportarse en forma correcta, honesta, limpia y leal con los demás.

2.- Los Sujetos Intervinientes: Hablamos de operadores de mercado, puesto que en el mercado no intervienen exclusivamente empresarios, si no que muchos actores.

Siendo el acto de competencia desleal un acto

²² Entendemos por antijuridicidad la contradicción que debe existir entre una conducta típica, y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto.

²³ Gacharná, María Consuelo, "La Competencia Desleal", Ed. Temis, Colombia, Año 1982, Pág. 56.

privativo del mercado, puede ser consumado, y puede ser víctima cualquier operador del mismo.

3.- La Competencia: Lo importante es que estos operadores de mercado estén realizando actividades de competencia, es decir, actuaciones que están destinadas a producir un cambio en la demanda de los bienes y servicios en el mercado de que se trate.

Este tema es discutido, pues en los modelos mas antiguos (paleoliberal, corporativo) era necesaria la existencia de una relación de competencia como base de la actuación desleal, pero el modelo social, con el afán de proteger a todos los interesados en el mercado, especialmente a los consumidores, aumenta el ámbito de aplicación de la disciplina en estudio, extendiendo sus normas aún cuando no existan competidores.

Esta postura se fundamenta en el orden público económico, al sostener que los intereses comprometidos escapan el ámbito de competencia, pues citando a José Massaguer, "la conducta relevante para el derecho contra la competencia desleal es aquella realizada en el mercado y con fines concurrenciales, sin que se exija la existencia de una relación de competencia entre sujeto agente y afectados por la consecuencias reales o potenciales de su comportamiento".²⁴

Siguiendo esta idea, no resulta necesaria la existencia de una relación de competencia entre la persona que realiza el acto desleal de competencia, y la persona afectada por el mismo acto, puesto que en vista de intereses estructurales de mercado, no pueden quedar sin sanción actos que tienen lugar fuera del ámbito de competencia, pero que influyen en el normal funcionamiento del sistema económico.

Pensemos, por ejemplo, en un acto de publicidad

²⁴ Massaguer, José, "Comentarios a la Ley de Competencia Desleal", Madrid, Ed. Civitas, año 1999, Pág. 119.

engañoso llevado a cabo por una empresa dedicada a la reducción de peso de las personas, la cual presenta un nuevo servicio, ofreciendo en forma garantizada bajar a las personas drásticamente de peso, sin hacer sacrificio alguno, en el plazo de una semana.

Los perjudicados por este acto son los competidores de esta empresa, pues los anuncios publicitarios son muy potentes, produciendo una desviación de la clientela, pero por otro lado aparecen afectados los consumidores, quienes ilusionados por tal publicidad y confiando en los beneficios que entrega el servicio de esta nueva empresa, confían y contratan este tratamiento, viéndose perjudicados con el tiempo, pues no consiguen lo buscado, que es bajar de peso con la rapidez y el menor sacrificio "garantizado" por la empresa.

Sin embargo, Sebastián García postula que alguna relación de competencia debe existir para estar en presencia de un acto de competencia desleal, pues de otra manera no se entiende la regulación especial de la materia. Para el autor argentino, ineludiblemente debe existir una afectación directa, indirecta o potencial a un operador o empresario que compite con otro en el mercado de bienes y servicios.²⁵

Esta relación de competencia puede darse a distintos niveles, así las cosas, existirá en la medida que compitan dos o más empresarios ofreciendo en el mercado idénticos productos, o bien, productos que se relacionen entre sí, ya sea por que satisfacen necesidades iguales o similares en la cadena productiva (por ejemplo: el pan y la mantequilla).

Lo importante es que para esta posición la relación concurrencial es de la esencia de la competencia desleal, resultando difícil de entender un acto de competencia

²⁵ García Menéndez, Sebastián Op. Cit. Pág. 57.

desleal, sin que su autor y su víctima sean directa o indirectamente operadores económicos.

Siguiendo este criterio, en el ejemplo utilizado de la empresa de reducción de peso respecto del público cliente, la normativa encargada de sancionar el ilícito es aquella especial en materia de derechos del consumidor, estando los clientes facultados para ejercer las acciones derivadas del ilícito desde el punto de vista penal o de responsabilidad extracontractual, pero no desde la óptica de la competencia desleal.

Este juicio es compartido en este trabajo, pues delimita el ámbito de aplicación de la institución materia del mismo, puesto que la competencia desleal es una herramienta de protección de los operadores de mercado, siendo el modelo ideal que los derechos de los demás operadores del mercado que no estén directa, indirecta o potencialmente involucrados como sujetos activos o pasivos del acto de competencia desleal, estén protegidos por normas especiales atinentes a la materia de que se trata, vale decir, libre competencia, derechos del consumidor, derecho de propiedad industrial, por ejemplo.

4.- Criterios Valorativos: En este punto se hará referencia a los criterios utilizados para demarcar la deslealtad del acto, pues la competencia en si esta permitida, siendo los actos de que se valen los competidores para ganar terreno en la materia lícitos, es mas, es justamente la tarea de los operadores del mercado utilizar estos medios en vista de ofrecer mejores bienes y servicios, lo que no esta permitido es que estas conductas sean reprobables y contrarias a los valores de una sociedad determinada.

El tema es fijar cual es la regla para definir la deslealtad o la reprochabilidad de las conductas de competencia, en otras palabras, en que situación estas conductas competitivas pasan a ser desleales.

Al tratar el concepto de competencia desleal se hizo referencia los modelos utilizados en la evolución histórica en esta materia y se precisó que el criterio actual es considerar que la conducta es desleal, en la medida que sea objetivamente contraria a principios de la buena fe o las buenas costumbres.

Mencionar la buena fe es evocar los ideales de rectitud, corrección y lealtad, fuera de sede jurídica, hablar de la buena fe es designar una persuasión subjetiva interna de estar actuando, o haber actuado correctamente.

En sede jurídica se distingue:

a) La buena fe subjetiva: es la convicción interna o psicológica en que se encuentra una persona de estar realizando actuaciones válidas y legítimas.

b) La buena fe objetiva: es el deber que tienen las personas de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas.

No obstante estos significados, debemos tener claridad que la expresión buena fe es un concepto cambiante, mutable, que será distinto conforme el lugar y el tiempo en que se utilice.

Sin embargo hay una unidad de significado básico e inalterable y que dice relación con la rectitud, la honradez, la lealtad que se imponen en una comunidad determinada.

Para la competencia desleal, la buena fe que interesa es aquella objetiva, por consiguiente, una conducta competitiva se transforma en desleal cuando objetivamente es contraria a estos principios, sin embargo este criterio ha sido morigerado por la doctrina española, pues la buena fe objetiva puede confundirse con la buena fe subjetiva toda vez que esta última se refiere a la intencionalidad, y a la competencia desleal le es indiferente la intencionalidad del hechor, salvo para consideraciones de índole civil (indemnización de perjuicios), pero esta

confusión se despeja si se entiende que la buena fe objetiva no mide la culpabilidad, si no que la tipicidad de un acto.²⁶

Una opinión integradora es la de Sebastián García, quien considera que el mejor criterio sería utilizar el parámetro de los usos y costumbres mercantiles, y supletoriamente recurrirá la buena fe en aquellos casos en que los usos y costumbres mencionados no sirvan por si solos de calificadores de conducta.²⁷

En definitiva, con estos criterios amplios la tarea recaerá en los jueces, quienes caso a caso deberán crear criterios uniformes para determinar la deslealtad de las conductas concurrenciales, siempre enmarcados en la regulación positiva de la materia en el país de que se trate, ya sea esta última general y dispersa o bien especial, como ocurre actualmente en nuestro país.

²⁶ Bercovitz, Alberto, "La Competencia Desleal", en Revista Derecho de los Negocios, Año N° 3, N° 20, 1992, Pág. 7.

²⁷ García, Sebastián, Op. Cit. Pág. 61.

1.5. El bien jurídico protegido

En este apartado se revisara cual es el bien jurídico amparado por las normas contrarias a la competencia desleal, siendo un tema muy discutido en doctrina.

Los autores que se han referido al bien jurídico protegido han señalado diversos derechos a los cuales se les busca dar protección.

Francesco Messineo propone que el derecho protegido es de naturaleza esencialmente patrimonial, aún cuando se presente un daño en la persona, como puede ser el descrédito.²⁸

Para César Vivante el bien jurídico tutelado es el derecho que tiene el empresario sobre su clientela, pues ésta forma parte del activo de la empresa o establecimiento de comercio. Opinión similar tiene los autores Ferrara y Ripert.

Paul Roubier, en cambio, sostiene que es de la esencia de la competencia que los operadores en el mercado tengan por objeto "desviar la clientela", de tal modo que el aumento de la clientela de un empresario suponga necesariamente la disminución de la clientela de otro competidor, eso es legítimo, en la medida que se usen mecanismos limpios para obtenerlo.

Desde este punto de vista, el bien jurídico amparado es la libertad en la actividad económica entre competidores, es decir, coincide con las posturas anteriores al suscribir este tema al ámbito de protección particular de los intereses de los competidores.

Para Tullio Ascarelli, el enfoque que debe darse a esta materia no viene de la mano de la competencia ni de la clientela, elementos que son comunes a la competencia tanto leal como desleal, el elemento a considerar es

²⁸ Messineo, Francesco, "Derecho Civil y Comercial", citado por Bianchi Negron, Michelangelo en "La competencia Desleal", Pág. 27.

precisamente la deslealtad.

Sintetizando, para el jurista italiano el bien jurídico tutelado es la lealtad de la competencia.

En este contexto, las normas contrarias a la competencia desleal crean derechos de carácter subjetivo a favor del empresario perjudicado, que le permiten ejercer las acciones que el derecho el ordenamiento jurídico le otorga.

Un criterio social trazado en su mayor parte por la jurisprudencia, ha sostenido que el interés amparado no es sólo el particular de los empresarios, al permitirse en ciertas legislaciones el ejercicio de acciones originadas de actos desleales de competencia, a entes distintos a los competidores, por ejemplo, las asociaciones gremiales, lo cual da a entender que la esfera de protección es mayor al sólo interés individual de los empresarios, comprometiendo incluso el interés social cada vez que se daña la lealtad en la competencia. Específicamente en este punto se hace referencia a los intereses de los consumidores y su relación directa con la publicidad engañosa.

Concluyendo este debatido tema, creemos que el bien jurídico protegido con la represión de la competencia desleal es, efectivamente, la lealtad que debe existir en las relaciones de competencia entre los operadores del mercado directamente comprometidos en la materia, esto es, los competidores, pues las normas de competencia desleal pertenecen al ámbito privado, quedando fuera de su ámbito la protección de otros intereses colateralmente comprometidos, por ejemplo, los derechos de los consumidores, debido a que existen normas especiales que amparan sus intereses.

1.6. Libre Competencia y Competencia Desleal. Paralelo

En el anterior punto se planteo que la competencia desleal cubre un ámbito estricto dentro del campo del derecho de la competencia, el cual es proteger los intereses particulares de los empresarios.

Conviene recordar que el derecho de la competencia también presenta un enfoque público, que está constituido por la libre competencia y el derecho que la regula.

Veamos a continuación una breve reseña de los aspectos que separan y también comparten ambas ramas del derecho de la competencia.

En cuanto a la finalidad de sus normas: La finalidad de las normas que protegen la libre competencia es el interés público, constituyendo un elemento en manos del Estado para la consecución de sus objetivos de política económica.

Por el contrario, la finalidad de las normas de competencia desleal es la protección de los intereses privados de los empresarios, frente a los perjuicios injustificados que pudiera ocasionarles las conductas excesivamente agresivas de un competidor en la lucha por el cliente.²⁹

En cuanto al ámbito jurídico protegido por sus normas: La defensa de la competencia hace referencia al mercado, y al daño que éste experimenta, protegiendo entonces el orden público económico, el interés general.

En cambio la competencia desleal pertenece al campo del derecho privado puesto que busca impedir, evitar o reparar el daño causado a un competidor por parte de otro operador del mercado.

Criterio Unificador: A pesar de estas diferencias existe en doctrina un criterio que las unifica, basado en

²⁹ Robles Martín-Laborda, Antonio, "Libre Competencia y Competencia Desleal", España, año 2001, Pág. 64.

que ambas ramas se fundan en la libertad de empresa. En efecto, la doctrina del modelo social hace parte del interés comprometido con los actos desleales de competencia a otros sujetos distintos de los empresarios u operadores directos, a saber, a los consumidores y al interés público del Estado.

Sin embargo, se reconoce que no todo acto de competencia desleal afectará la libre competencia, si no solo aquellos que alcancen y perjudiquen el interés general de la sociedad.

Estos matices son relevantes en este trabajo, pues nuestro ordenamiento jurídico recoge el diferente tratamiento de protección de la libre competencia y la competencia desleal, en este sentido la libre competencia se ha regulado conforme el escenario fijado por el Decreto Ley 211 (en adelante DL 211), y la competencia desleal, que en un primer momento se regulo dentro del marco normativo que proporcionaba este DL 211, en la actualidad se prevé y sanciona conforme la ley especial 20.169.

Volveremos a este punto en el tercer capítulo cuando corresponda analizar el ámbito de aplicación de la competencia desleal en nuestro derecho.

1.7. Relación de la Competencia Desleal con otras ramas del derecho

Para cerrar este primer capítulo es importante mencionar como las normas que regulan la competencia desleal se vinculan con otras ramas del derecho, con otras disciplinas con las cuales comparte aspectos, pero se diferencia en otros.

Esto nos ayudara a delinear el ámbito de aplicación de la normativa en estudio, lo cual se reforzará al estudiar en particular el caso chileno, en el tercer capítulo.

Ya nos hemos referido a la relación con la libre

competencia, ahora se tratará el tema del punto de vista de la propiedad industrial y los derechos de los consumidores.

1.7.1. Propiedad Industrial y Competencia Desleal
Ambas áreas del derecho cumplen una función de protección a la competencia, la diferencia radica en su objeto, mientras la competencia desleal fija un marco regulatorio del comportamiento que deben observar los operadores del mercado, el derecho de la propiedad industrial ampara una gama de derechos subjetivos de exclusividad, que generan una situación monopólica que termina restringiendo la competencia.³⁰

La propiedad industrial busca dos objetivos: por un lado permitir la diferenciación de los productos o servicios de los operadores del mercado (signos distintivos), y por otro proteger la capacidad inventiva en la actividad empresarial, (patentes de invención).

Esta disciplina se relaciona estrechamente con los consumidores, pues "los signos distintivos aseguran a los consumidores la posibilidad de individualizar de donde vienen los bienes y servicios ofertados en el mercado".³¹

En tanto, la competencia desleal despliega su actuar en un campo mayor, de mas amplitud, al abarcar toda clase de actividades del mercado, actuando en relación a la propiedad industrial de forma residual, en otras palabras, la protección que brinda la competencia desleal surge respecto a aquellos derechos que no reciben protección de exclusividad del derecho de marcas o de patentes, siempre que se configuren los elementos de la competencia desleal.

Sin embargo, esta diferencia se hace difusa en ciertos casos en que colisionan ambas ramas del derecho, pensemos por ejemplo, en el uso de una marca registrada por una

³⁰ García Menéndez, Sebastián, Op. Cit. Pág. 32

³¹ Baylos Corroza, Hermenegildo, "Tratado de derecho industrial: propiedad, industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal", citado por García Cavero, Percy, en "Los Delitos contra la Competencia Desleal", año 2004, Pág. 133,

empresa competidora, que afecta derechos de exclusividad de la empresa que registro dicha marca, sin embargo al mismo tiempo esta actuación puede constituir un acto de competencia desleal si fue efectuada con engaño y produciendo confusión en el mercado.

La mayoría de la doctrina ha entendido que en esta situación la resolución corresponderá al juez en cada caso, aplicando un criterio integrador de ambas ramas del derecho, pero privilegiando la especialidad y conocimiento del juez si se encuentra involucrada una cuestión netamente de marcas o patentes.

1.7.2. Competencia Desleal y Derechos del Consumidor

La normativa de defensa del consumidor tiende a proteger el interés general de los consumidores, frente a los actos abusivos de los operadores del mercado que lesionan sus derechos.³²

En cambio, la prevención y represión de la competencia desleal pretende, como se ha visto a lo largo de este capítulo, evitar los actos desleales entre los competidores, o sancionarlos en el caso que estos se produzcan.

El punto de conexión entre ambas disciplinas radica en que el derecho de la competencia, tal como fue expuesto en el punto 1.1 de este trabajo, se proyecta directamente en los consumidores, pues una de sus finalidades es amparar la libertad de elección y acceso de los consumidores a los bienes y servicios que el mercado ofrece.

Siguiendo a Sebastián García, las legislaciones mas modernas tienden a incluir dentro de la regulación de la competencia desleal elementos de la protección de los derechos de los consumidores, legitimando a estos para intervenir directamente en los procesos llevados a cabo por

³² García Menéndez, Sebastián, Op. Cit. Pág. 35.

competencia desleal.

La situación, a nuestro entender, no puede ser tan amplia, pues los consumidores están suficientemente amparados por la legislación especial que regula el tema, de tal modo que nos parece inadecuado permitirles accionar en contra del operador de mercado que actuó contrariando los principios que rigen la competencia desleal, mas aún si sus intereses no se han visto directamente perjudicados por el acto desleal, validando únicamente su intervención en aquellos casos en que sus intereses se han visto perjudicados en forma directa por un acto desleal.

Para clarificar aun más nuestra postura, veamos un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, en el caso *Yves Rocher*, asunto C-126/91.³³

La empresa *Yves Rocher*, importante firma francesa dedicada a los productos de cosmética vegetal, en el año 1991 mediante una fuerte campaña publicitaria que realizó en Alemania, introdujo a dicho país catálogos de sus productos contraviniendo la normativa alemana que prohíbe las reducciones de precios, en la medida que dichas rebajas fueran anunciadas de manera ostentosa. Dicho catalogo contenía la siguiente cita "economie hasta un 50% o más sobre 99 de sus productos preferidos *Yves Rocher*" Esta práctica fue denunciada por sus competidores.

El caso llegó a la Corte de Justicia de las Comunidad Europea, los argumentos de *Yves Rocher* se basaron en impugnar la regulación alemana, sosteniendo que entorpecía la relación que la empresa tenía con los consumidores en el país germano, destacando que la norma alemana atentaba contra la integración y competencia europea.

Por su parte, el Gobierno Alemán invoco la competencia leal, y siguiendo esta premisa defendió la norma interna,

³³ Citado por Nihoul, Paul en "Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas", Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, año 2005, Págs. 26-28.

pues para esta posición, la competencia leal implica la protección del consumidor y de los competidores, en efecto, sería muy fácil engañar al consumidor, ya que este por regla general no se encuentra en posición de verificar la comparación entre los precios indicados en la publicidad, en el caso que revisamos, la comparación daba la idea que todos los productos señalados en el catálogos eran vendidos a precios ventajosos, incitando al consumidor a comprar un producto a precio elevado, lo cual no corresponde a su intención de pagar poco (homo economicus).

¿Que resolvió la Corte Europea? A pesar de la convincente argumentación alemana, la Corte fundó su resolución en una concepción económica de la competencia, señalando que los consumidores no debían ser protegidos de manera particular, pues disponían por si mismos de los medios para asegurar la protección de sus derechos. En efecto, señala la Corte, la competencia permite a los consumidores dirigirse a otro proveedor si no están satisfechos con el precio o calidad de los productos, solo les basta ser prudentes y buscar las informaciones que correspondan antes de comprar.

Con estos argumentos, la Corte decidió no mantener en vigor la norma alemana, pues entrababa el intercambio entre los estados miembros de la Comunidad Europea.

Comentario: Aparece de manifiesto en este caso que la tendencia de la época fue considerar que la protección a los consumidores no va de la mano de la competencia desleal, pues esta normativa reprime y sanciona las conductas desleales entre competidores. Por lo demás los consumidores cuentan con herramientas particulares derivadas de su racionalidad para elegir productos, y otras consagradas en los ordenamientos jurídicos y que son de carácter especial, en Chile esta materia esta regulada en la Ley 19.946.

Luego de haber presentado un cuadro general de

aproximación al tema de nuestro trabajo, se coloca fin al primer capítulo, para seguir con aquel que nos llevará a recorrer ciertas legislaciones que han servido de base al criterio adoptado por nuestro legislador en la norma especial sobre la competencia desleal, la ley 20.169.

CAPÍTULO II

DERECHO COMPARADO

2. Observaciones Previas

El régimen de la competencia desleal ha experimentado un notable y complejo proceso evolutivo en diversas legislaciones alrededor del mundo.

La tendencia de los países más desarrollados ha sido precisamente contar con un cúmulo de normas que regulen de manera especial la competencia desleal, demostrando así una mayor preocupación por la protección de los agentes que participan en el mercado.

Los modelos de competencia desleal vistos en el primer capítulo, se cristalizan en las distintas realidades legislativas de los países, es así como en Francia encontramos los primeros atisbos en el Código Penal de Napoleón, que sancionaba la violación del secreto industrial, en materia civil el desarrollo fue jurisprudencial, a través de la aplicación del régimen de ilícitos civiles del *Code Civil*, la *concurrence déloyale* de esta forma se iba insertando en el derecho positivo, reducida al criterio paleoliberal ya estudiado.

Sin embargo, Chile no disponía, hasta ahora, de una regulación legal orgánica e integral en esta materia, generándose la nueva ley en el contexto de una recepción de normas de derecho comparado, según se aprecia en la historia del establecimiento de la ley, y en particular en el informe de la Comisión de Economía del Senado.

Especialmente se tuvieron presentes los modelos seguidos por las leyes de España, Colombia y de Argentina.

En este capítulo trataremos la competencia desleal desde la perspectiva del derecho comparado, para lo cual se ha dividido el estudio de esta materia en dos módulos: por un lado la realidad legislativa de América latina, en dónde nos referiremos a la situación de Argentina, Colombia y Perú, y un segundo módulo en que se proyectara el tema en

la legislación continental europea, Francia e Italia, y también el caso de España, que como veremos, es uno de los referentes de nuestra ley 20.169, además se dedicarán algunas ideas acerca del sistema empleado en Estados Unidos en materia de competencia desleal.

2.1. Concepto y Ámbito de Aplicación de la Competencia Desleal en América Latina

En América Latina encontramos importantes antecedentes legislativos, la mayoría de los cuerpos normativos reguladores de la competencia desleal se han dictado en la última década del siglo XX, países como Perú, Paraguay y Colombia cuentan con normas especiales que tratan el tema desde una perspectiva organizada y sistemática, previniendo y reprimiendo la competencia desleal.

Respecto a las influencias sudamericanas directas ocupadas por el legislador nacional, el Boletín 3356-03 se refiere expresamente a las leyes de Argentina y de Colombia,³⁴ siendo de interés en este apartado presentar además la regulación peruana.

Comenzaremos el análisis comentando el derecho argentino de competencia desleal, la normativa en el país trasandino es dispersa y fraccionada, no cuenta con una ley que trate en forma integral la materia, por esta razón resulta significativo dar algunas reseñas y así comparar, en parte, la situación que ocurría en nuestro país antes de la ley 20.169.

Luego haremos referencia a la situación que se presenta en países que si cuentan con normas especiales que rigen la competencia desleal, hablamos de Colombia y de Perú, pues ambos países poseen importantes y modernas

³⁴ La legislación española, también mencionada en la exposición de motivos de la moción parlamentaria, se tratará en el segundo apartado de este Capítulo.

herramientas de regulación, prevención y represión de los actos competitivos desleales.

Comencemos a conocer cuales fueron las legislaciones que sirvieron de base a la ley 20.169, empezando por el caso argentino.

2.1.1. Situación en Argentina

El derecho argentino no ha regulado de manera sistemática la competencia desleal, sólo existen conjuntos de normas aisladas y fragmentarias que no logran comprender de modo global el tema.

Las normas jurídicas relevantes para la represión de las conductas competitivas desleales son: el artículo 42 de la Constitución Nacional, la antigua ley 22.262 de Defensa de la Competencia del año 1980, reemplazada el año 1999 por la ley 25.156, la ley 22.802 de Lealtad Comercial, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario del año 1993, y en el ámbito penal, el Código Penal, específicamente el artículo 159 de dicho cuerpo legal.

Tal y como ocurría en Chile antes de la ley 20.169, en Argentina se regulaba esta materia al tenor de la ley de defensa de la competencia, en efecto, la ley 25.156 en sus artículos 1º y 2º enumera una serie de actos que no sólo restringen la competencia, si no que también, en ciertas ocasiones, constituyen actos de competencia desleal, revisemos lo que dispone este artículo 1º:

Artículo 1º: *"Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado,*

de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

Como podemos apreciar, los actos quedan cubiertos por la ley en "la medida que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

Señala Sebastián García Menéndez que esta ley protege el orden público económico, de modo tal que persigue sólo aquellos actos desleales que alteren el funcionamiento competitivo del mercado.

Si el acto es desleal, pero no afecta al interés general, éste no será considerado por la defensa de la competencia (libre competencia).

Esta situación que se presenta actualmente en Argentina es similar a lo acontecido en nuestro país con la competencia desleal bajo la institucionalidad de la libre competencia, especialmente después de la ley 19.911, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211.

Esta construcción de la competencia desleal produce un problema de difícil solución, cual es delimitar cuando estos actos que afectan la esfera privada de los competidores van más allá de sus fronteras y pasan a llevar la libre competencia. En este sentido la jurisprudencia argentina ha sido muy clara, pues para determinar cuando una conducta es reprochable por aplicación de la ley de defensa de la competencia, debe reunir dos requisitos:

A. Debe ser anticompetitiva.

B. Debe existir la posibilidad de producir daño para la comunidad (Interés Económico General).

En definitiva, respecto a la aplicación de este precepto, la legislación argentina deja abierto el campo al juez, para que en cada caso concreto resuelva prudencialmente cuándo una conducta desleal traspasa el espacio privado y pasa a afectar el interés general de la comunidad.

En materia de organismos competentes, una innovación importante introducida por la Ley N° 25.156 es la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como un ente autárquico vinculado al Ministerio de Economía. Este órgano fue creado para reemplazar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Veamos un ejemplo jurisprudencial que consagra un tipo de conducta desleal, cual es la inducción a la infracción de obligaciones contractuales, (recogida expresamente en nuestra ley 20.169). En uno de sus considerandos, el fallo de la antigua Comisión Nacional de Defensa de la Competencia señaló: "Constituye un supuesto de competencia desleal, instar a la ruptura de un contrato entre un tercero y un competidor cuando tiene por objeto dañarlo, toda vez que frente a los principios de raigambre constitucional de libre contratación y de libertad de trabajar, debe prevalecer el de competir lealmente. Bajo tal enfoque, si bien se debe promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, no resulta lícito recurrir a cualquier medio cuyo efecto sea infringir un severo daño, o destruir, a un competidor. Es cierto que quien gana en el proceso competitivo daña al competidor que pierde, sin embargo en esta regla del juego, solo cabe el daño que se produce por ganar mercado a través de la libre elección del consumidor".³⁵

Empero, el mayor desarrollo jurídico de la competencia desleal se encuentra en el ámbito penal, ya que diseminados en el Código del ramo se ubican artículos que tratan aspectos puntuales de la competencia desleal, fundamentalmente relativos a la violación de secretos y a los actos de obstaculización y violación de confidencialidad en el tratamiento de datos personales.³⁶

³⁵ Resolución en el caso "Mayéutica SRL con Entrepreneur SA s/ sumario", Disponible en <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/mayeutica.htm>

³⁶ Ver para más detalle: García Menéndez, Sebastián, "Competencia Desleal...", Págs. 36-37.

Dentro de esta zona del derecho el artículo 159 del Código Penal es el único en el ordenamiento jurídico argentino que se refiere de manera directa a la competencia desleal.

Este artículo, en su texto original vigente por ley 23.077 y adecuado por ley 24.286, establece que: *"será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial"*.

El tipo penal en análisis requiere para su configuración que el agente trate de desviar la clientela mediante el desarrollo de maquinaciones fraudulentas, despertando sospechas malévolas o realizando cualquier otro medio de propaganda desleal, con la finalidad de desviar la clientela del establecimiento comercial o industrial del sujeto pasivo. En consecuencia, quedan fuera del supuesto las actividades reguladas por la ley civil, tales como los servicios prestados por diversos profesionales (médicos, abogados), las actividades de enseñanza o la compraventa de inmuebles.³⁷

Sin embargo, hay autores que sostienen que el artículo 159 es más amplio, y regula toda actividad, incluyendo entidades sin fines de lucro y aún las personas que desarrollen una actividad profesional, puesto que la mayoría de ellos actúa bajo códigos de conducta que deben ser observados de manera leal.³⁸

De esta forma percibimos como en Argentina el concepto y el ámbito de aplicación de competencia desleal varía según el área del derecho en que queda comprendido el acto de que se trate, a saber:

³⁷ Spolansky, Norberto Eduardo. "El delito de competencia desleal y el mercado competitivo". Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, Pág. 24.

³⁸ Otamendi, Jorge citado por Ana Dieta de Herrero, en "Competencia Desleal", disponible en <http://www.elsitiodelderecho.dtj.com.ar/adherrero2.htm>

En materia Penal: El Código Penal, a través del artículo 159 ya señalado, adopta una postura mas bien limitada e insuficiente, conforme los modernos tratamientos que recibe hoy en día la materia. Nos referimos en especial al hecho que el artículo en comento tiene como base un elemento de subjetividad, de culpabilidad, pues exige que el sujeto activo del ilícito actué con dolo o culpa.

En cuanto al criterio para delimitar la deslealtad, el artículo en comento no hace referencia alguna al juicio valorativo de la deslealtad, por lo cual el trabajo en esta materia se ha entregado íntegramente a la labor jurisprudencial.

En relación a los sujetos legitimados y al ámbito de aplicación de la norma, tanto el hechor como la víctima del acto deben estar en el mercado, tiene que existir una relación de competencia, lo cual se extrae de la configuración del ilícito, pues el verbo rector es tratar de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial. Esto último es contrario a las actuales tendencias que rigen la materia, pues como veíamos en el primer capítulo, los actos desleales pueden ser ejecutados por cualquier operador, lo importante es que se ejecuten en el mercado.

Podríamos señalar que este precepto queda enmarcado en el modelo paleoliberal de competencia desleal, ve al acto desleal como un delito, una conducta típica, antijurídica y culpable, lo cual según García Menéndez, limita el actuar de la disciplina, disminuyendo su ámbito de aplicación únicamente a aquellos actos que se enmarcan en los supuestos de dicho artículo.³⁹

En materia extracontractual: La jurisprudencia ha recurrido a normas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil, fundamentalmente basados en

³⁹ García Menéndez, Sebastián, Op. Cit. Pág. 40 y siguientes.

la obligación de reparar el daño efectivamente causado a la víctima del acto, por quien no observa un comportamiento leal en el mercado, configurando un ilícito civil al tenor del artículo 1019 del Código Civil argentino.⁴⁰

También se ha buscado sancionar estas conductas aplicando la teoría del abuso del derecho, conforme al artículo 1071 del mismo cuerpo legal.⁴¹

Conclusiones: El derecho argentino no cuenta con un cuerpo normativo que de manera sistemática y unitaria regule la competencia desleal.

La calificación y aplicación de la materia presenta un ámbito muy limitado, cual es el área penal, a través del artículo 159 del Código del ramo.

También se aplica la ley de defensa de la competencia, pero sólo a ciertas actuaciones que produzcan perjuicio para el interés económico general, pues esta ley tiene como finalidad primordial sancionar aquellas conductas anticompetitivas que lesionen al interés económico general de la sociedad.

Esta situación ha llevado a autores como Norberto Spolansky a exigir la creación de "un marco de seguridad jurídica"⁴² que ponga término a esta situación de vacío de regulación.

⁴⁰ El artículo 1019 del Código Civil Argentino dispone: *"Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil"*.

⁴¹ Artículo 1071 Código Civil de Argentina dispone: *"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"*.

⁴² Spolansky, Norberto, Op. Cit. Pág. 14.

2.1.2. Situación en Colombia

La Constitución Política colombiana en su artículo 333 establece que la libertad de empresa y la libertad de competencia son principios orientadores del Estado Social de Derecho.

En correspondencia con lo anterior, el artículo 334 entrega al Estado la dirección general de la economía.

De acuerdo con las normas constitucionales mencionadas, el Estado colombiano se encuentra en la obligación de asegurar la efectividad de los principios de la libertad de la empresa y la libre competencia, para lo cual debe adoptar las medidas necesarias para impedir su obstrucción o limitación, atendiendo a la satisfacción del interés general, sometido siempre a los principios del Estado Social de Derecho, consagrados en la misma Constitución Política.

Dentro de este marco, la Ley 256 de 15 de enero de 1996, previene y sanciona la competencia desleal, siendo su principal objeto *"garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado"*, tal cual enuncia el artículo 1º de la ley.

Esta normativa se aplica en forma general a todo el mercado y pretende que aquellos que participan en él, sean o no comerciantes, "se abstengan de emplear, en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales".⁴³

En cuanto al concepto de competencia desleal: El artículo 7º de la ley 256 establece una prohibición general de los actos de competencia desleal, dispone en su inciso

⁴³ Superintendencia de Industria y Comercio, "Compendio de Doctrina y Jurisprudencia de Competencia Desleal", Bogotá, Marzo de 2006, Pág. 81, Texto disponible en http://www.sic.gov.co/Normatividad/Jurisprudencia/Competencia_Desleal.pdf

1º: *"Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial"*.

Luego, el mismo artículo dispone que constituye competencia desleal *"todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado"*.

La noción de lealtad a la que hace alusión esta disposición, encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado, de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurrir en actos de competencia desleal quienes con su conducta violan dicho deber.⁴⁴

Como se puede advertir, la buena fe que debe ser respetada por los participantes del mercado es calificada con el adjetivo "comercial", "por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe".⁴⁵

Se ha señalado reiteradamente que la configuración del ilícito concurrencial es de índole civil, de responsabilidad por el peligro generado o el daño efectivamente acaecido, dicho daño suele estar vinculado al desvío y pérdida de clientela que padece la víctima del acto desleal. En este sentido, la relación de la cláusula prohibitiva de competencia desleal y la desviación de la clientela ha sido interpretada en Colombia de tal forma que

⁴⁴ *Ídem*, Pág. 187.

⁴⁵ *Ídem*, Pág. 15.

se entiende que "la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir".⁴⁶

Esta cláusula general prohibitiva de competencia desleal ha sido adoptada con el propósito de encuadrar todas aquellas situaciones que no han sido especialmente previstas por el legislador, en las conductas específicas que establecen los artículos siguientes, que a continuación se señalan:

- Desviación de clientela: se considera desleal toda conducta que tenga como objetivo o como efecto desviar la clientela de la actividad.

- Actos de desorganización: se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa.

- Actos de confusión: se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

- Actos de engaño: se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, ubicación, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, además de la omisión de las verdaderas indicaciones.

- Actos de comparación: se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda

⁴⁶ *Ídem*, Pág. 25.

comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables, lo cual alude a características subjetivas.

- Actos de imitación: la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

- Explotación de la reputación ajena: se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

- Violación de secretos: se considera desleal la divulgación o exportación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva.

- Inducción a la ruptura contractual: se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

- Violación de normas: se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a sus competidores, mediante la infracción de una norma jurídica.

- Pactos desleales de exclusividad: se considera desleal el pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean propiedad de los entes territoriales.

Estos actos mencionados son meramente enunciativos, por lo que debe entenderse que se encuentran prohibidos todos aquellos actos que cumplan con los requisitos señalados en la ley 256 para que sean considerados de competencia desleal.

Siguiendo al autor colombiano Mauricio Velandia, los elementos que califican o caracterizan a ciertas conductas y prácticas como desleales, son los siguientes:

1.- Comportamientos malintencionados.

2.- Normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado.

3.- Debilitamiento o perjuicio a persona que participa o intenta participar en un mercado.

4.- Beneficio propio o de un tercero como consecuencia de un acto de competencia desleal.⁴⁷

En cuanto al ámbito de aplicación: Conforme la primera parte del artículo 1º de la ley 256 que dispone: "*Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto...*", se puede concluir que la circunstancia de que un acto calificado de desleal en conformidad a la ley 256, y que a la vez contraviene otras normas jurídicas, como la ley de propiedad industrial o los derechos del consumidor, no obsta a perseguir la responsabilidad por la deslealtad de la conducta, en este sentido, la vinculación de la disciplina con otras ramas del derecho resulta ser armoniosa, puesto que tal como lo ha destacado la jurisprudencia colombiana, la ley 256 "no sanciona el comportamiento por infringir ese otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y consecuentemente para los consumidores".⁴⁸

Respecto al ámbito objetivo de aplicación de la norma, este es amplio, sin embargo hay una limitante, establecida en el artículo 2º, pues "*los comportamientos previstos en la ley se consideraran actos de competencia desleal,*

⁴⁷ Velandia, Mauricio, "Competencia Desleal y Signos Distintivos", publicado en el Boletín Latinoamericano de Competencia N° 17 de la Unión Europea, Pág. 36. disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_17_1.pdf

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, "Compendio de Doctrina...", Pág. 12.

siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales".

Profundizando en este punto y según el tenor literal de este artículo, para que las actuaciones previstas por la ley y calificadas por la misma como desleales, sean estimadas como competencia desleal, resulta inevitable e ineludible que las mismas se ejecuten en el mercado y que se lleven a cabo con fines concurrenciales.

De partida debe tratarse de actos realizados en el mercado, esto es, actos exteriores que producen efectos en el medio competitivo de que se trata, pero además es menester que tales actos sean realizados con fines concurrenciales, en este punto el mismo artículo 2º, inciso 2º establece una presunción simplemente legal: *"La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"*.

En definitiva, "para que una conducta que se demanda sea constitutiva de competencia desleal, es necesario que la misma corresponda a un acto de competencia, es decir, a un acto que se realiza en el mercado con la intención de disputar la clientela de quien lo realiza o de un tercero y que el mismo sea calificable como desleal, pues de faltar el primer elemento arriba citado, el acto, a pesar de que sea desleal, no podrá ser reprimido por las normas sobre competencia desleal por no ser un acto de competencia, y de faltar el segundo elemento, será un acto lícito de competencia o de disputa por la clientela".⁴⁹

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, este se encuentra regulado en el artículo 3º, el cual señala: *"Esta*

⁴⁹ *Ídem*, Pág. 21.

ley se aplica tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado".

El inciso segundo de esta norma dispone: *"La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal".*

Por otro lado, el artículo 21, a propósito de la legitimación activa, dispone que *"cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta Ley".*⁵⁰

Como se puede ver, la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias.

De esta forma la ley colombiana cubre aquellas situaciones desleales que se producen entre operadores que no son competidores directos entre si, o bien personas que sin ser competidores de otros, de igual forma participan en el mercado, pensemos en un acto desleal realizado por una empresa en contra de otra empresa que afecta directamente a un consumidor, en este caso el consumidor estaría amparado por las normas de competencia desleal y quedaría facultado de accionar dentro de dicho marco legal, consagrando en plenitud el modelo social o de trilogía de intereses.

Respecto al trámite que da lugar los procesos por violación a las normas de competencia desleal, el artículo 24 de la ley dispone que estos se tramitan conforme al procedimiento abreviado que establece el Código de Procedimiento Civil (Libro Tercero, Sección Primera, Título XXII), el cual es bastante similar a nuestro procedimiento

⁵⁰ Nos referimos a la acción declarativa y de condena, y a la acción preventiva o de prohibición.

sumario, sometiendo el conocimiento de estas materias a los jueces especializados en derecho comercial creados por el Decreto 2273 de 1989,⁵¹ y disponiendo que sólo en aquellos lugares dónde éstos no existan, conocerán de esta clase de procesos los jueces civiles del circuito.

Esta situación se modificó con posterioridad, debido a que se entregaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio, para investigar, tramitar y sancionar los casos de competencia desleal, desde una perspectiva administrativa (sanciones administrativas) y también jurisdiccional, para obtener la reparación de los perjuicios.

Conclusiones: La ley 256 de 1996 plantea una moderna perspectiva de la competencia desleal, en efecto esta normativa pretende no sólo garantizar los derechos de los empresarios en el campo de las relaciones de mercado, sino que también busca asegurar el desarrollo eficiente del sistema competitivo de economía de mercado y los intereses del público en general.

Enmarcada en el modelo social, esta ley no sólo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público en que el sistema competitivo funcione.

También apreciamos que en Colombia, producto de las influencias actuales en la materia, se protege otro interés, incluyendo dentro del ámbito de aplicación de la competencia desleal la protección de los consumidores, lo cual se manifiesta en el reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de las acciones de competencia desleal.

⁵¹ Código de Procedimiento Civil de Colombia, texto disponible en <http://www.icdp.org.co/legislacion/cpc/cpc26.htm#22.1> y Decreto 2273 de 1989, texto disponible en <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/1800/d2273-1989.htm>

2.1.3. Situación en Perú

Durante mucho tiempo en Perú la competencia desleal fue reprimida conforme a instituciones generales del derecho civil, tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa o la responsabilidad extracontractual. Se dictaron algunas normas que no resultaron satisfactorias, por lo cual fue necesario contar con una normativa autónoma que sancionara los actos competitivos desleales. Esta norma es el Decreto Ley 26.122(en adelante "ley 26.122"), actualmente vigente.

A la ya señalada Ley 26.122 sobre represión de la competencia desleal, aprobada el año 1992, en Perú hay una serie de normas que previenen, reprimen y sancionan la competencia desleal, a saber: el Decreto Legislativo N° 691 que establece Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor y el Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, además el ámbito penal, consagrado en el artículo 240 del Código Penal.

El año 1992 se crea un organismo especializado en materias de competencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección a la Propiedad Intelectual (en adelante "Indecopi"), el cual se transforma en la entidad encargada de supervigilar y promover el correcto funcionamiento de la economía de mercado en Perú y cuenta entre sus principales funciones la de evitar los actos de competencia desleal, mediante una especial, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.⁵² Estos son organismos técnicos, especializados, integrados por abogados y economistas, lo cual marca distancia respecto al régimen chileno que, como veremos, entrega el conocimiento de los asuntos iniciados en conformidad a la ley 20.169 a la judicatura ordinaria civil.

⁵² Para mas detalle: <http://www.indecopi.gob.pe/>

Esta disciplina ha pasado de ser un cuerpo legislativo destinado exclusivamente a cautelar los intereses de los proveedores directamente afectados por las conductas realizadas por sus competidores, a ser un conjunto normativo destinado a proteger principalmente el interés público del Estado en el correcto funcionamiento de la economía social de mercado, y el interés colectivo de los consumidores como agentes que cumplen un papel importante dentro del modelo económico, es decir, se deja de lado el enfoque "de clase" propio de los modelos paleoliberal y profesional, para pasar a un modelo de tipo social.⁵³

La finalidad de este marco legal promotor de la leal competencia es dar incentivos suficientes para el desarrollo normal de las actividades de los agentes económicos. Se entiende que a través de la competencia honrada y leal se proporcionan más y mejores opciones, de superior calidad y a precios más competitivos a los consumidores.

En cuanto al concepto de competencia desleal: La ley 26.122 reglamenta en el artículo 6° una cláusula de prohibición general de la competencia desleal, al señalar que *"Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas"*.

Se desprende de esta cláusula general que son tres los criterios generales que permiten establecer cuando se está frente a un acto de competencia desleal:

- La buena fe comercial;

⁵³ Indecopi, "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial", Pág. 9, disponible en <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/ccd/lineamientos/Lineamientos-CCD-2001-LineamientosCCD180701.pdf>

- El normal desenvolvimiento de actividades económicas, y
- las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

Asimismo, la ley establece en el artículo 5º⁵⁴ dos interesantes aspectos que nos ayudan a comprender el modelo adoptado por el legislador peruano, pues dispone que para la calificación del acto de competencia desleal no será necesario acreditar un daño efectivo, y además que los actos de competencia desleal no se limitan a las infracciones dolosas.⁵⁵ Es decir, bastará el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

Apreciamos que en Perú se consagra el criterio moderno estudiado en nuestro primer capítulo, a propósito de los elementos de la competencia desleal.

Luego de establecer esta cláusula general, la ley consagra un listado no taxativo de supuestos específicos de actos de competencia desleal, los cuales ayudan a la interpretación que debe efectuar el Indecopi al momento de determinar cuando una práctica es o no un acto desleal de competencia.

En concreto, el artículo 7º dispone: *“Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse*

⁵⁴ El artículo 5º de la ley 26.122 dispone: *“Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor”*.

⁵⁵ Kresalja Rossello, Baldo, en “Derecho 47” (1993), citado por García Cavero, Percy, Op. Cit, Pág. 85.

análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo".

De acuerdo a esta norma, fuera de los actos específicamente regulados en la ley, también recibirán el mismo tratamiento, y por tanto, serán considerados desleales, aquellas conductas que por su naturaleza o finalidad puedan considerarse análogas o asimilables a las mencionadas en la ley, lo cual es relevante para la labor interpretativa del órgano juzgador, el cual podrá aplicar la ley a aquellas conductas que por el devenir comercial y económico inherente al desarrollo mundial, puedan quedar fuera del listado contemplado en la ley.

Estas conductas específicas que considera la ley 26.122, han sido agrupadas doctrinariamente en las siguientes categorías:⁵⁶

- Actos consistentes en aprovecharse del esfuerzo de otro en el mercado: aquí se encuentran los actos de confusión, actos de imitación, actos de explotación de la reputación ajena, actos de sustracción o explotación de secretos empresariales ajenos y los actos de copia no autorizada.

- Actos consistentes en ataques directos a otro en el mercado: forman parte de esta categoría la inducción a la infracción contractual, los actos de denigración, divulgación de secretos empresariales y la publicidad comparativa denigrante.

- Actos consistentes en impedir el correcto funcionamiento del mercado: conformados por los actos de engaño, la publicidad comparativa engañosa, la violación de normas y los actos de discriminación.

Nos parece interesante apreciar como se han aplicado estas normas, ya que según la jurisprudencia peruana la cláusula general sólo es aplicable en la medida que el

⁵⁶ García Cavero, Percy, Op. Cit. Pág. 87.

hecho materia de la denuncia "no se encuentra tipificado expresamente en la ley". Por esta razón, en aquellos casos en que las conductas denunciadas se encuentren contenidas en alguno de los artículos de la ley, la Comisión ha declarado improcedente la denuncia por infracción al artículo 6º, es decir, la cláusula general, y sólo se ha pronunciado respecto a los supuestos tipificados.⁵⁷

En cuanto al ámbito de aplicación: El artículo 1º de la ley 26.122 establece que *"el objeto de la ley es evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas"*.

Esta norma puntualiza notoriamente el criterio utilizado por el legislador peruano, pues el fin de protección de la norma no se restringe a los intereses particulares de los operadores de mercado, si no que incluye también intereses generales, como el de los consumidores o el orden público.⁵⁸

Esta situación se refleja aún mas en la no exigencia para la calificación desleal del acto, de la existencia de una relación de competencia entre el hechor y la víctima del mismo, pudiendo inclusive presentarse la deslealtad mediante comportamientos dirigidos precisamente contra consumidores, y no necesariamente contra otro competidor.

En este sentido, el artículo 20 de la ley señala, en lo pertinente, que *"[...] cualquiera que sea afectado o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción legal contra quien lo haya realizado u ordenado"*.

Para ejercer las acciones que establece la ley "se encuentran legitimados no sólo los competidores que se consideren afectados por un presunto acto desleal cometido por su competidor, sino también los consumidores, otras

⁵⁷ Resolución N° 024-1999/CCD-INDECOPI, emitida en el expediente N° 044-1998/CCD, "Consorcio Hidroeléctrico S.A. contra Fuerza Eléctrica del Sur S.A".

⁵⁸ Kresalja Rossello, Baldo en "Derecho 47" (1993), citado por García Cavero, Percy, Op. Cit. Pág. 84.

empresas, las asociaciones de derecho privado, los organismos públicos, organismos no gubernamentales, asociaciones civiles sin fines de lucro, asociaciones de consumidores, gremios empresariales, entre otros".⁵⁹

El denunciado, por su parte, necesariamente debe ser una persona que realice actividades económicas, es decir, que actúe en el mercado, tales como personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, las asociaciones sin fines de lucro, las sociedades de hecho, los gremios, entre otros.

La única excepción a esta regla general respecto a la no exigencia de relación de competencia, está incluida en el artículo 16 de la ley, que se refiere al supuesto desleal de inducción a la infracción contractual, en el cual se exige, como condición indispensable para la configuración del acto de competencia desleal, la existencia de una "relación de competencia" entre el que realiza el acto y quien se considera afectado por el mismo.

Respecto al procedimiento al cual se someten las denuncias por acto de competencia desleal, estas se presentan y resuelven en primera instancia ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi, tal como señala el artículo 25 de la ley.

Breve Referencia al tratamiento penal del ilícito de competencia desleal: en Perú, al igual que en Argentina, la competencia desleal se encuentra tipificada en el Código Penal, específicamente en el artículo 240,⁶⁰ bajo el epígrafe "Aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial" el cual dispone lo que sigue:

⁵⁹ Indecopi, "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial", Pág. 10.

⁶⁰ Al existir una regulación especial en la materia, a diferencia de Argentina, la referencia al tratamiento penal en Perú será muy breve, destacando eso sí que existen legislaciones que tratan la materia desde diversos ámbitos, administrativo, civil o penal, de una manera excluyente, o bien, como es el caso en estudio, en forma complementaria.

"Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, el que en beneficio propio o de terceros:

1. Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.

2. Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada".

El Código Penal abandona el modelo social adoptado por la Ley 26.122, pues la sanción de los actos desleales tiene como finalidad proteger los intereses de los competidores, dejando de lado a los consumidores y al interés económico general.

Sin embargo, se entiende esta posición considerando la naturaleza misma del derecho penal, el cual tiende a sancionar los actos mas graves atentatorios de los bienes jurídicos de mayor entidad, en este caso, la explotación de la reputación ajena y los actos de denigración, exigiendo para su configuración la existencia de una relación de competencia.

Conclusiones: En Perú se regula la competencia desleal en virtud de una ley especial que consagra el modelo social o sistema mixto de protección de intereses diversos, tales como los intereses de los particulares, de los consumidores y el orden publico económico.

Esta conjunción de intereses se refleja en ciertos aspectos del procedimiento administrativo que consagra la ley, pues la Comisión de Represión de Competencia Desleal tiene facultades amplias de investigación y prueba, pudiendo incluso iniciar un procedimiento de oficio, lo

cual lleva a afirmar que *"si bien el origen de la competencia desleal es un conflicto entre privados, su repercusión puede alcanzar intereses públicos que legitimen una intervención mas oficiosa de la Administración"*.⁶¹

En cuanto a la superposición normativa que se produce entre las normas administrativas y la normativa penal, ésta se ha zanjado utilizando el criterio de la gravedad del ilícito, centrado en el efecto lesivo inmediato del hecho, así, en el caso que un mismo acto tenga una doble regulación, se preferirá la normativa penal en la medida que la gravedad sea tal que afecte de forma inmediata la reputación comercial o industrial de los competidores,⁶² lo cual en último término lo determinan los tribunales de justicia.

⁶¹ García Caveró, Percy. Op. Cit, Pág. 88.

⁶² *Ídem*. Pág. 91.

2.2. Concepto y Ámbito de Aplicación de la Competencia Desleal en Europa y Estados Unidos

Los primeros antecedentes de competencia desleal se encuentran en Europa, al amparo de las construcciones jurisprudenciales francesas de comienzos del siglo XIX.

Fundamentalmente surge esta regulación con el fin de plasmar las libertades económicas imperantes en la época, enmarcada en el modelo paleoliberal, tiende a favorecer los intereses de los empresarios en el desarrollo de las dinámicas de mercado.

Sin embargo es en Alemania, el año 1896, donde se promulga la primera ley de competencia desleal, la cual fue modificada el año 1909, ya con fuertes influencias del modelo profesional.

En Italia surge, al igual que en Francia, conforme las directrices que los jueces fueron instaurando al aplicar las normas contenidas en el Código Civil en materia de responsabilidad civil extracontractual, a aquellas situaciones producidas por conductas que contravinieran la lealtad comercial.

En España, a diferencia de Francia e Italia, y siguiendo el modelo Alemán, no se utilizaron los preceptos de responsabilidad civil para regular las conductas competitivas desleales, pues se le dio un tratamiento penal a la normativa, tipificando ilícitos contra la propiedad industrial y el derecho de marcas y patentes.

A nivel supranacional rige el Convenio de la Unión de París, el cual ha sido objeto de múltiples revisiones.

Las experiencias de los países antes señalados, tanto jurisprudenciales como legislativas, así como la Convención de París, servirán para delinear las influencias continentales europeas que tuvo el legislador chileno de la ley 20.169.

Comenzaremos revisando brevemente la situación de Francia, e Italia, para luego avocarnos a la legislación actual española, la cual, adelantamos, es una de las principales fuentes de nuestra ley de competencia desleal, para terminar este capítulo viendo el tema desde la perspectiva del *common law*, en la legislación de Estados Unidos.

2.2.1. Situación en Francia

Como ya hemos señalado, en Francia se encuentra el desarrollo más remoto de la competencia desleal, lo cual se manifiesta en un primer momento en sede penal, en el artículo 418 del Código Penal de Napoleón de 1810, específicamente vinculado con infracciones en materia de secreto industrial.

En Francia no existe ley específica para reprimir la competencia desleal, los tribunales han fundado sus decisiones sobre las nociones de los delitos y las faltas culpables o dolosas que producen un daño o perjuicio en el competidor afectado, siendo los artículos 1382, 1383 y 1384 del *Code Civil* los que sirven de base legal para plantear las acciones de reparación ante los tribunales nacionales de justicia.

En el ámbito internacional, el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París de 1883 resulta directamente aplicable en el ordenamiento interno francés, en virtud del artículo 55 de la Constitución francesa, según el cual los tratados internacionales ratificados por Francia tienen rango superior a la de las leyes internas del país.

El concepto y ámbito de aplicación de la materia en estudio era muy restringido, pues se ponía acento en el derecho violado, y no en la conducta misma, orientación que se modificó a mediados del siglo XIX, cuando la jurisprudencia fue interpretando con mayor discrecionalidad

la cláusula general de responsabilidad civil, ampliando el concepto y el objeto de protección.

La jurisprudencia va desarrollando con mayor fuerza una visión profesional y corporativa de la disciplina, entendiendo que las conductas eran desleales en la medida que fueren contrarias a las "costumbres profesionales", y siempre que fueran cometidas con mala fe, esto es, se exige un requisito subjetivo del hechor, el cual debía participar en el mercado al igual que la víctima, o sea, requiere el ilícito concurrencial de una relación de competencia.⁶³ Además se extendió el ámbito de aplicación al concederse acción a las asociaciones de profesionales.

No obstante surgen algunas legislaciones especiales que inclinan la protección a los intereses colectivos, primordialmente de los consumidores y de las pequeñas empresas, citando a García Menéndez "la jurisprudencia en numerosas resoluciones otorga a la *concurrence déloyale* de tintes sociales y protectores de todos los intereses en juego del mercado".⁶⁴ Dentro de este marco, destaca la Ordenanza del año 1986 relativa a la libertad de precios y de la concurrencia, la cual crea el "*Conseil de la Concurrence*" (Consejo de la Competencia) que corresponde a una autoridad administrativa independiente, especializada en el análisis y la regulación del funcionamiento de la competencia en los mercados, con miras a la preservación del orden público económico.⁶⁵

Respecto a la configuración del ilícito, este debe reunir los elementos de la responsabilidad

⁶³ Josserand, Louis, citado por Menéndez, Aurelio, Op. Cit. Pág. 78.

⁶⁴ García Menéndez, Sebastián, Op. Cit. Pág. 18.

⁶⁵ "Su vocación no reside en reprimir las prácticas mercantiles consideradas como perjudiciales o desleales que se sitúan dentro del ámbito de competencia del juez judicial. Tampoco interviene en los litigios entre las partes que competen al juez de los contratos. En cambio, es competente en cuanto existan distorsiones en la competencia en un mercado, cualquiera que sea la actividad concernida o el estatuto, público o privado, de los operadores". Reseña disponible en la página del *Conseil de la Concurrence*, http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=86

extracontractual, esto es, la conducta dolosa o culpable, el daño y la relación de causalidad entre conducta y daño.

En cuanto a la conducta, se ha entendido que todo ejercicio anormal de un derecho es generador de responsabilidad, por lo cual se puede tratar de una conducta delictual o también cuasidelictual.

En la competencia desleal y también en la competencia parasitaria, la conducta desleal se traduce en todo acto que sea contrario a los usos del comercio, lo cual en último término se refleja en la utilización excesiva de la libertad del comercio y de la industria.

La prueba de la falta incumbe a la víctima, no existiendo ningún tipo de presunción de responsabilidad en este tipo de materias.

En cuanto al daño, no es necesaria la existencia precisa del perjuicio, pues el solo hecho de encontrarnos ante una conducta que pueda producirlo, esto es, que genere peligro, convierte a la misma en sancionable.

Siguiendo al profesor Philippe Le Tourneau, el perjuicio se manifiesta a través de alguno de los siguientes aspectos, a saber:⁶⁶

- la desvalorización de un elemento incorporal que resulte atractivo para la clientela, como puede ser una marca, un signo distintivo o algún diseño específico.

- la disminución o la pérdida de una ventaja competitiva, producto de la apropiación de un valor económico, que torna inútil la inversión efectuada por el competidor afectado;

- el desvío de la clientela;

- la generación de molestias y trabas en las iniciativas comerciales y la pérdida posibilidades de desarrollo económico, y

⁶⁶ Le Tourneau, Philippe, "*Le parasitisme*", citado por Reisch, Oliver, en "*Concurrence déloyale et parasitisme: Régime*", Página de la *Encyclopédie Juridique des Biens Informatiques*, disponible en <http://encyclo.erid.net/document.php?id=130#tocfrom3>

- el perjuicio moral producido por el atentado que experimenta el competidor afectado en su reputación comercial o su imagen de marca.

Respecto a la legitimidad para ejercer la acción de competencia desleal, esta puede ser presentada por toda persona, natural o jurídica, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, justificando un interés legítimo para actuar. Esta víctima puede ejercer la acción por si sola o bien puede intervenir en un procedimiento ya iniciado por un tercero.

En este sentido, y tal como lo señalamos anteriormente, la competencia desleal presupone la existencia de una relación de competencia entre el hechor y la víctima del acto desleal, no obstante dicha relación no necesariamente debe darse en términos horizontales entre competidores del mismo sector, si no que también se configura en forma vertical, por ejemplo, entre un comerciante minorista y su empresa proveedora.⁶⁷

Acerca de las sanciones que puede enfrentar el autor de un acto desleal, este compromete su patrimonio al operar la responsabilidad civil en el marco de una acción de competencia desleal, ejercida por cualquier persona víctima de sus actos desleales. Además del resarcimiento de los daños y perjuicios, el hechor corre el riesgo de verse impedido de ejercer su actividad o sufrir restricciones en su ejercicio, mientras no ponga fin a dichas prácticas, siendo la cesación del acto otra sanción aplicable al mismo.

Otra sanción es la obligación que pesa sobre el hechor de publicar la sentencia que declara la competencia desleal en los medios de comunicación, de esa forma reparar en parte el daño sufrido por la víctima, especialmente en el

⁶⁷ Reisch, Oliver, “*Concurrence déloyale et parasitisme: Régime*”, disponible en <http://encyclo.erid.net/document.php?id=130#tocto3>

campo de la publicidad engañosa y los actos denigratorios, y a la vez informar a los consumidores y público en general de las actuaciones desleales que están siendo llevadas a la práctica por las empresas.

En relación a otras ramas del derecho, se ha entendido que la competencia desleal no debe ser confundida con actos que constituyen una violación de los derechos de propiedad industrial y comercial (patentes, dibujos, modelos, marcas) debido a que estas son protegidas por leyes específicas.

Conclusiones: Si bien surge en Francia el tratamiento de la competencia desleal, conforme a la aplicación de las normas privadas de responsabilidad extracontractual hecha por lo tribunales de justicia, notamos que carece de una legislación especial que regule la materia, no obstante haber avanzado desde una protección empresarial arraigada al modelo paleoliberal a un resguardo del intereses social acorde a las nuevas tendencias de competencia desleal, sigue siendo el núcleo de la disciplina la doctrina clásica, desarrollada por la jurisprudencia y basada en el ilícito extracontractual.

En este sentido, la configuración del ilícito responde netamente a un modelo de responsabilidad subjetivo, en base a culpa, modelo que se estima insuficiente al momento de sancionar las conductas desleales, pues desplaza la carga de la prueba a la víctima del acto, quien a su situación ya malograda producto del perjuicio sufrido, debe sumar la tarea de probar que la actuación del hechor fue dolosa o al menos culpable, y además, la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En Chile el modelo seguido en materia de responsabilidad extracontractual, tal como veremos y explicaremos mas adelante, es el de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado.

2.2.2. Situación en Italia

Italia, no obstante carecer de legislación especial que regule la competencia desleal, ha sancionado y reprimido las conductas competitivas desleales a través de la aplicación de normas específicas emplazadas en el Código Civil de 1942.

Este cuerpo normativo trata de manera expresa el tema en el Libro Quinto, Título X, Capítulo Primero, Párrafo Segundo denominado: *Della concorrenza sleale*, artículos 2598 al 2601.

Este párrafo presenta un enfoque caracterizado por presentar a la competencia desleal como un acto que produce una ventaja indebida en el competidor que lo efectúa, generando un daño en la víctima del mismo, caracterizando los actos de competencia desleal como aquellos que se encuentran destinados a conseguir, directa o indirectamente, la atracción de clientes ajenos o bien a impedir la afluencia de estos hacia otro competidor.

Desde este punto de vista, la *concorrenza sleale* constituye una proyección de la responsabilidad civil extracontractual, al imponer, en el artículo 2600 del Código Civil, la obligación de resarcir el daño ocasionado y que sea atribuible a dolo o culpa del hechor, siendo este daño identificable no sólo con el desvío de clientela, si no que también, con la denigración y desprestigio que padece el competidor, los cuales se traducen en un perjuicio a su imagen, afectando sus arcas con la disminución en la venta de sus productos.

El artículo 2598⁶⁸, después de regular conductas específicas (actos de confusión, denigración y apropiación de valores ajenos) establece en el numerando 3, una cláusula general, la cual está fuertemente inspirada en el modelo corporativo, pues alude al principio de la *correttezza professionale* (corrección profesional) como criterio valorativo de la deslealtad concurrencial.⁶⁹

El acto desleal en el derecho italiano responde a un criterio de objetividad, en el sentido que no requiere para su perfeccionamiento y sanción de un resultado concreto, sino que únicamente exige la aptitud, la idoneidad del acto para atraer clientes ajenos o bien impedir la afluencia de estos hacia otro competidor, ejecutados mediante conductas contrarias al principio de corrección profesional.

En cuanto al concepto: Encontramos en el artículo 2598 del Código Civil italiano, como ya hemos visto, una verdadera cláusula general de competencia desleal. Dicho artículo en su número 3, consagra los siguientes requisitos para estar en presencia de un acto competitivo desleal, los cuales deben concurrir copulativamente:

- Que el medio competitivo no sea acorde al principio de corrección profesional;

- Que el medio utilizado en el acto sea idóneo para perjudicar la hacienda de otro.

Respecto de los actos específicos señalados en el Código, estos se clasifican en:

⁶⁸ Art. 2598 del Código Civil de Italia dispone: “*Atti di concorrenza sleale: Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque:*

1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;

2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;

3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda”.

Disponibile en http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html

⁶⁹ Menéndez, Aurelio, Op. Cit. Pág. 70.

- Actos de Confusión: estos actos serán idóneos en la medida que inducen a un error en los productos de la empresa, los locales y mas generalmente en la actividad de un empresario.

- Actos de denigración y de apropiación de méritos no verdaderos: estos actos implican desacreditar o desprestigiar los productos o la actividad de otro competidor. En cuanto a la apropiación de méritos no verdaderos, Ascarelli los contempla en la misma categoría de los actos de denigración, la diferencia de unos y otros radica en el elemento falsedad del tipo, pues mientras los actos de denigración no requieren para su configuración que las afirmaciones hechas por un competidor respecto de otro sean falsas, en los actos de apropiación, es condición sine qua non que lo sean.⁷⁰

En cuanto al ámbito de aplicación: En el ámbito subjetivo en un principio se entendió que el sujeto pasivo de la competencia desleal era un empresario, pues las normas se interpretaba conforme el modelo profesional imperante, sin embargo las ideas sociales fueron llevando a que sectores propongan tutelar por intermedio de las normas de competencia desleal otros intereses, a saber, los derechos de los consumidores y el interés económico general.

Respecto al sujeto activo, la doctrina italiana está dividida, para algunos, fundados en el modelo social, puede ser cualquier ciudadano, esto es, cualquier miembro de la sociedad.

Otros sostienen que el sujeto activo debe necesariamente ser un empresario, debido a que el Código hace referencia expresa al "*imprenditore concorrente*", al "*concorrente*" o a la "*altrui azienda*".

⁷⁰ Ascarelli, Tullio, "Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales", Barcelona: Real Colegio de España en Bolonia, 1970. Pág. 215.

Siguiendo esta línea, algunos señalan que debe ser un empresario, pero con una característica especial, debe estar en relación de competencia con el sujeto pasivo del ilícito, es decir, el hechor insoslayablemente debe ser un empresario o un auxiliar del mismo, lo importante es que explote una empresa que este compitiendo en el mercado.⁷¹

Desarrollando algo más este punto, ya en la década de los 60 algunos autores, fundamentalmente Gustavo Ghidini, empieza a considerar que las normas de competencia desleal debían proteger todos los intereses en juego del mercado, interpretando el artículo 2598 en función del artículo 42 inciso segundo de la Constitución italiana (que consagra la función social de la propiedad privada), de este modo se toman en consideración los intereses colectivos, dentro de un modelo que tiende a la utilidad social.⁷²

Para otro sector de la doctrina, en cambio, no debe darse un tratamiento amplio a la materia, negando que por medio de la normativa sobre competencia desleal se deban tutelar los derechos de los consumidores y los intereses colectivos en general, a pesar que las sociedades de consumidores están legitimadas activamente en los procedimientos de competencia desleal.

En cuanto a la relación de competencia: a pesar de no estar indicado expresamente en el artículo 2598 del Código Civil, entendemos, por la orientación que primaba en la época, que es necesario para configurar el ilícito desleal la existencia de una relación de competencia entre el autor del acto desleal y el competidor afectado por el mismo. De esta forma la relación de competencia constituye un presupuesto de aplicación de la disciplina, subrayando que bajo este prisma "solo pueden reprimirse aquellos actos

⁷¹ Bianchi, Michelangelo, Op. Cit. Pág. 44.

⁷² Ghidini Gustavo, "Della concorrenza sleale (artt. 2598-2601), in *Il codice civile, Commentario*", citado por Frigerio, Alessandra, "La concorrenza sleale", disponible en <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/commercialeindustriale/concorrenzaslealefrigerio.htm#a>

ejecutados por un empresario contra otro u otros empresarios que se encuentren en posición competitiva".⁷³

La doctrina italiana ha entendido que dicho requisito se extrae del nombre del párrafo donde está contemplada la materia: "*Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*", además de calificar de "concurrente" al sujeto pasivo de la conducta, presuponiendo la existencia de una relación de competencia entre los sujetos del acto.

Conclusiones: La legislación italiana se ha construido en base a las normas establecidas en el Código Civil, unido a un fuerte desarrollo doctrinario y jurisprudencial que en un primer momento trato la materia conforme al modelo profesional imperante, pero luego se ha ido delineando en base criterios modernos y sociales, especialmente aplicando los preceptos de naturaleza económica contenidos en la Constitución de la República.

No obstante a aquello, aún prevalece la caracterización del modelo profesional, solventado básicamente en los artículos que tratan la disciplina en el Código Civil de 1942.

2.2.3. Situación en España

La legislación española en materia de competencia desleal es quizás el estatuto especial más acabado y detallado que existe, crea un marco jurídico cierto y efectivo contribuyó a salvar el vacío de regulación en que se encontraba España en materia concurrencial.

Prestando atención a las necesidades nacionales e internacionales, tales como la apertura de nuevos mercados y la globalización en todo ámbito, España dictó el año 1991 la ley de Competencia Desleal que responde a tres grandes exigencias, a saber: la creciente demanda social, la

⁷³ Menéndez, Aurelio, Op. Cit. Pág. 80.

homologación de la normativa interna con la internacional, específicamente en lo relativo a la Comunidad Económica Europea, y por último, la adecuación de la materia a los principios de carácter económicos contenidos en la Constitución española del año 1978.⁷⁴

Antecedentes previos y preámbulo de la ley: En materia legislativa, dentro del periodo paleoliberal, la disciplina giraba entorno a la aplicación de los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de Mayo 1902. Era una legislación poco estructurada y con un fuerte tinte penal.

La mayoría de las cuestiones se resolvían aplicando las normas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil (artículo 1902)⁷⁵, o bien el principio del abuso del derecho, el cual, según Baylos Corroza, era el mecanismo mas idóneo para atacar los actos de competencia desleal como ilícito civil.⁷⁶

En el modelo profesional tiene importancia el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París, al cual ya nos hemos referido en páginas anteriores, que consagra una cláusula general de prohibición de actos desleales desde la perspectiva corporativista, pues define el acto de competencia desleal como *"todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial"*.⁷⁷

Con la ley 3/1991 se regula la disciplina a partir de los principios del modelo social. Esta ley reúne las características vistas acerca de este modelo en nuestro

⁷⁴ Preámbulo de la Ley 3/1991, extraído de Massaguer, José, "Comentario a la Ley de Competencia Desleal", Ed. Civitas, año 1999, Págs. 33-34.

⁷⁵ El artículo 1902 del Código Civil de España señala: *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*.

⁷⁶ Baylos Corroza, Hermenegildo, citado por Villagomez Rodil, Alfonso, "Competencia Desleal", Ed. Comares, año 1999, Pág. 2.

⁷⁷ El Convenio de la Unión de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial fue ratificado por España el 14 de Julio de 1970 y publicado en el Boletín Oficial el 01 de Febrero de 1974.

primer capítulo, especialmente en lo que respecta a la finalidad del derecho de la competencia desleal, ya que protege no sólo a los competidores, si no que también a los consumidores y al interés público en el funcionamiento eficiente del sistema competitivo. Autores como Aurelio Menéndez y Cándido Paz-Ares sostienen que el derecho de la competencia desleal surge como ordenamiento general de la actividad concurrencial de todos los agentes económicos en el mercado mediante normas objetivas de conducta, abandonando las fronteras del derecho privado clásico para ingresar al terreno del derecho económico de intervención.⁷⁸

La ley de competencia desleal responde a una moderna visión y concepción de la materia, en concordancia con otras normas, tales como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Marcas, la Ley General de Publicidad, y la nueva ley de defensa de la competencia de 03 de Julio de 2007, además de varias leyes de comunidades autónomas, que han conformado un cuerpo completo de represión y sanción a la competencia desleal.

Conforme lo expresa José Massaguer, esta ley "merece una valoración positiva, por su coherencia sistemática, modernidad, exhaustividad, altura técnica y capacidad operativa".⁷⁹

Respecto a los objetivos alcanzados con la nueva regulación, el preámbulo señala con mucha claridad tres grandes planos:

1.- La ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal, dejando de regular únicamente los conflictos entre competidores, pasando a ser un instrumento de ordenación y control de las conductas del mercado. Esta ley transforma a

⁷⁸ Menéndez, Aurelio, Op. Cit. Pág. 98 y Paz-Ares, Cándido, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust", éste último citado por Morón Lerma, Esther en "La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico", Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, año 2001, Págs. 204-205, texto disponible en página web http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0405102-104031//eml2de5.pdf

⁷⁹ Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 55.

la competencia desleal en una herramienta no sólo protectora de los intereses de los privados, si no que también de los intereses colectivos del consumidor.

2.- Respecto a la parte sustantiva, fija los elementos generales del ilícito concurrencial, dispone que el acto ilícito se configura concurriendo los requisitos señalados en el artículo 2º párrafo primero, esto es, que se realicen en el mercado y que tengan fines concurrenciales.

Respecto a los sujetos, la ley se encarga expresamente de señalar que no es necesario que se trate de empresarios y tampoco exige que entre ellos medie alguna relación de competencia.

Además establece una cláusula general, intensamente impregnada de un renovado tratamiento de la disciplina, con especial énfasis en los elementos que configuran la deslealtad de la conducta, complementada con una provechosa tendencia legislativa moderna, consistente en tipificar especialmente conductas desleales concretas.

3.- Finalmente, la ley crea mecanismos sustantivos y procesales que tienen por objeto darle aplicabilidad a la normativa. Se regulan acciones específicas⁸⁰ además de ampliar la legitimación activa para ejercer tales acciones a las asociaciones de profesionales y de consumidores.

El enfoque moderno de la competencia desleal se expresa en la consolidación de una finalidad de naturaleza social en la ley 3/1991, dicho carácter social lo encontramos desde ya en su artículo 1º: *"La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal"*.

De esta manera, es la competencia económica en si misma la que ha sido acogida y elevada por el legislador

⁸⁰ Acciones declarativa, de cesación del acto, de remoción, de rectificación, de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto.

español a la categoría de bien jurídico, de interés socialmente relevante y digno de tutela, reconociendo en ella un papel ordenador de las conductas de todos quienes participan en el mercado para intercambiar bienes y servicios.⁸¹

Así las cosas, en la represión de la competencia desleal se acogen los intereses de todos aquellos que persiguen alcanzar sus objetivos económicos en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades, uniéndose a los objetivos económicos de los agentes de mercado y de los competidores profesionales, a los intereses de los consumidores y al interés público general, siendo tutelados todos estos intereses en la medida que incidan en el proceso competitivo, tal como se obtiene del mismo artículo 1º de la ley.

En cuanto al concepto de competencia desleal: La ley no define que se entiende por competencia desleal, sin embargo a partir de sus normas se puede concluir que el legislador español es partícipe de la configuración de la competencia desleal toda vez que exista una actuación que tenga lugar en el mercado, ya por empresarios o por cualquier persona que intervenga en el, que genere efectos trascendentes en el mismo y sea realizado con fines concurrenciales.

La ley 3/1991 establece en el artículo 5º una cláusula general de prohibición de las prácticas competitivas desleales: "*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*", y luego de ello enumera un listado no taxativo de conductas competitivas desleales.

Como se aprecia, la ley recurre a un concepto general, la "buena fe", dejando de lado los conceptos profesionales

⁸¹ Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 111.

ligados a las buenas prácticas mercantiles y a la corrección profesional.

Tal como apreciamos en nuestro primer capítulo, esta cláusula general recibió importantes influencias de la ley suiza, exigiendo para estar ante un acto de competencia desleal la objetiva contradicción de la conducta concurrencial con las exigencias de la "buena fe", siendo la antijuridicidad del ilícito fruto de la infracción de las normas contenidas en la ley.

De este modo, la buena fe simboliza la sustancia de la antijuridicidad del abuso del derecho, abandonando los elementos subjetivos con el fin de elaborar una norma de conducta de naturaleza estrictamente objetiva.⁸²

De esta forma, expresa José Massaguer: "la cláusula general cumple con un doble cometido, por un lado fija las características generales del acto de competencia desleal, como un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual, y por otro lado establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan".⁸³

"La deslealtad tiene su fundamento en la transgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de la competencia económica y que pesan sobre todos los que desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado".⁸⁴

La única excepción a la objetividad de la ilicitud es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura, tal como señala el artículo 13 N° 3 de la ley, se encuentran elementos subjetivos: el ánimo de obtener provecho o de perjudicar al titular del secreto.

⁸² En este apartado debemos recordar lo visto en el primer capítulo a propósito de los elementos del acto de competencia desleal, sobre todo en cuanto al criterio moderno.

⁸³ Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 147.

⁸⁴ *Ibidem*.

Como ilícito de peligro, no se requiere de la efectiva producción de un daño o lesión patrimonial, siendo estos antecedentes exclusivamente relevantes para determinar la posible responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal.

Por último, el carácter extracontractual responde a que la ilicitud viene dada del quebrantamiento de una obligación general de conducta, el actuar conforme a la buena fe, no a la ruptura de algún deber emanado de un vínculo contractual.

Vistos los alcances de la cláusula general, interesa revisar cuales son los actos de competencia desleal regulados en la ley española, a saber:

- Actos de denigración: se refiere a manifestaciones sobre los productos o servicios de un competidor con objeto de perjudicar su consideración en el mercado.

- Actos de comparación: se prohíbe la comparación pública de productos o servicios con los de un competidor, si la información que se facilita del mismo no es real o comprobable y se haga con intención de denigrarle.

- Actos de imitación: se prohíben los actos de imitación que contravengan pactos de exclusiva o que puedan crear confusión en el consumidor.

- Actos de explotación de reputación ajena: se califican como tales al uso indebido de marcas, patentes y demás derechos de propiedad industrial sin estar autorizados para ello. En este caso, podemos utilizar como ejemplo al uso del *Know-how* de una franquicia fuera del contrato o para fines distintos a este.

- Violación de secretos: en este caso la Ley considera como desleales tanto los actos de espionaje industrial como la revelación de secretos industriales o comerciales.

- Inducción a la infracción contractual: se considera desleal la inducción a trabajadores o colaboradores a

infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con terceros competidores.

- Actos de engaño al consumidor: se prohíbe la difusión de indicaciones incorrectas o falsas, o la omisión de verdaderas, respecto a los productos o servicios ofrecidos, que puedan inducir a error a las personas a las que se dirigen, y en general, sobre las ventajas ofrecidas.

- Actos de publicidad en especie (por ejemplo: regalos y primas): se considera desleal la entrega de objetos con fines publicitarios que pongan al consumidor en el compromiso de adquirir la prestación esencial o principal que encubren, por el sólo hecho de aceptar el obsequio.

- La venta a pérdida: es la venta que se realiza bajo costo, también conocida como *dumping*, considerándose desleal en la medida que tenga como objeto eliminar a un competidor del mercado, desacreditar la imagen de un producto o servicio competidor, o pueda inducir a error al consumidor acerca del nivel de precio de otros productos o servicios similares.

En cuanto al ámbito de aplicación: Respecto al ámbito objetivo, el artículo 2º de la ley dispone:

Artículo 2º: "1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".

En primer lugar, como ya lo habíamos señalado, la ley no ha definido directamente la conducta de competencia desleal, sin embargo sus elementos están claramente delimitados en este apartado de la ley, al igual que en la cláusula general.

Atendido estos elementos, la conducta desleal es aquel comportamiento que se realiza en el mercado y con fines concurrenciales. Desglosemos esta definición:

A.- Comportamiento realizado en el mercado: el comportamiento relevante es de una gran vastedad, puede constar de actos u omisiones, como también de actos ejecutados personalmente o mandados a ejecutar por un tercero.

Lo sustancial es que se realice "en el mercado", esto es, quedan comprendidas todas las actividades que se ejecuten en él, siempre que sean de carácter económico, pueden ser de cualquier índole, no solo empresariales, de esta forma quedan comprendidas las actividades profesionales, artísticas e intelectuales, científicas o deportivas.⁸⁵

Esta exigencia es de carácter exterior, por lo cual se reputan realizados en el mercado aquellos actos que trascienden el ámbito meramente privado de su autor.

B.- Finalidad Concurrencial: Este segundo elemento esta contenido en el artículo 2º N° 2, y dice relación con aquellas actuaciones que en si mismas o bien vinculadas a las circunstancias del caso, se hallan destinadas a influir en la estructura del mercado o en la posición de los operadores del mismo.⁸⁶

La ley establece una presunción simplemente legal, y que por tanto admite prueba en contrario, respecto a la existencia de este elemento, pues bastará que el acto realizado en el mercado resulte objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, para entender que este presenta fines concurrenciales.

En tanto el ámbito subjetivo de la ley se encuentra especificado en el artículo 3º, el cual dispone:

⁸⁵ Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 120.

⁸⁶ *Ídem.* Pág. 122.

Artículo 3º: "1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal".

De esta forma, la legislación española protege a todos los participantes del mercado, la determinación de los sujetos comprendidos en las disposiciones de la ley es vasta e integradora de todos los partícipes del mercado, empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en él. Además no exige la existencia del elemento relación de competencia como supuesto base de aplicación de la norma.

Combinando el artículo 2º y 3º de la ley, se colige que se aplicará a todos los sujetos que actúen en el mercado con finalidad concurrencial. En este sentido, Alberto Bercovitz señala: "todo sujeto, cualquiera que sea su naturaleza, que acceda al mercado para colocar sus prestaciones u obtener la satisfacción de sus necesidades queda sometido a la legislación contra la competencia desleal, incluidos, por tanto, aquellos que no tienen la condición de operadores profesionales".⁸⁷

Tratándose específicamente de los consumidores, estos también están amparados por la normativa, ya que se les reconoce legitimación activa a través de la aplicación del artículo 19 de la ley, debido a que se consideran partícipes en el mercado, y se legitiman, ya sea individual como colectivamente, entendiéndose que les asiste interés directo para accionar en la medida que resulten afectados por un mercado inseguro y poco transparente.

Ahora bien, esta incorporación de los consumidores a la ley 3/1991 no responde a la tutela de los derechos de

⁸⁷ Bercovitz, Alberto. "La regulación contra la Competencia Desleal". Citado por Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 129.

los usuarios y consumidores, esto no es correcto, pues la normativa de competencia desleal lo que hace es plasmar la protección de la competencia económica leal considerada en si misma, debido a que se entiende que la protección a los consumidores encuentra amparo en su respectivo ordenamiento especial.

El enfoque que recibe la delimitación subjetiva de la ley no hace más que confirmar la distancia que ha tomado el legislador del elemento mercantil o comercial, lo cual se refuerza aun más, tal como lo señalábamos anteriormente, con la supresión de la relación de competencia como requisito exigido para la tipificación del ilícito concurrencial. En efecto, en el artículo 3º N° 2 de la ley se hace expresa mención de la no exigencia de la existencia de una relación de competencia entre la persona o personas que realizan el acto y la persona o personas afectadas por el mismo, lo cual es coherente con los modernos principios inspiradores de esta ley.

El ámbito subjetivo se extiende, de modo que no escapen a la regulación de la ley aquellos actos que afectan el normal desempeño del sistema económico, pero que ocurren al margen de una relación de competencia.

En cuanto al procedimiento, la ley atribuye a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de todos los litigios en los que se ejerciten las acciones que la ley establece. El procedimiento, tal como lo señala expresamente el artículo 22 de la ley, es el juicio de menor cuantía.

Este último criterio fue el que siguió nuestro legislador en la ley 20.169, sin embargo pensamos que su aplicación a nuestra realidad no resulta muy satisfactoria, tal como veremos en el último capítulo de este trabajo.

Relación con el derecho de la libre competencia: En materia de derecho antitrust, el sistema español nace como consecuencia de la influencia norteamericana y ha

incrementado su campo con la incorporación de España a la Comunidad Europea, de esta forma el denominado *acquis communautaire* (cuerpo de normas de la Comunidad Europea) se ha ingresado a formar parte del ordenamiento jurídico interno, conformando junto a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, la base institucional, procedimental y sustantiva del sistema español de defensa de la competencia. La ley 16/1989 se mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la nueva ley de Defensa de la Competencia, ley 15/2007.

En materia de competencia desleal, se desprende de las normas de la ley de defensa de la competencia que existe unidad en el ordenamiento de la competencia económica. Esta convergencia, como lo expresa José Massaguer, no sólo se encuentra en los principios y objetivos, si no que también se manifiesta en la conexión funcional de sus ilícitos.⁸⁸

Siguiendo a José Massaguer, dicha conexión se produce en un triple sentido:

- Integración de los actos de competencia desleal como base de hecho y presupuesto de una conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia. Por ejemplo, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, figura contemplada en el artículo 3º de la ley 15/2007. Extendiéndose de esta forma la defensa de la competencia a estas conductas desleales, que por su entidad, impactan en la estructura o el funcionamiento del mercado, y afectan no solo intereses particulares, si no que también intereses públicos.

- Integración de las conductas prohibidas por la legislación de la defensa de la competencia entre los actos de competencia desleal a través del ilícito dedicado a la violación de normas, es el caso del artículo 15 de la ley 3/1991.

⁸⁸ Massaguer, José, Op. Cit. Pág. 68.

- Recepción de los criterios de ilicitud propios de la legislación de defensa de la competencia como claves de la deslealtad de determinadas prácticas, por ejemplo los actos de imitación, en el caso del N° 3 del artículo 11.

Respecto a los tipos de infracción que regula la nueva ley en relación con la competencia desleal, se mantiene el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el cual ya se encontraba regulado en la anterior ley, pero aclara la redacción del tipo, sin embargo, se elimina la referencia específica al abuso de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, y puede, por tanto, incluirse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.⁸⁹

En materia de órganos encargados de conocer las causas derivadas de la trasgresión de las normas del derecho antitrust, la Ley 15/2007 crea, en el ámbito estatal, una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia, la cual integra a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia y que ejerce sus funciones en todo el territorio español, y en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía. Dicha Comisión presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente.⁹⁰

Por otro lado, la nueva ley ha previsto una serie de mecanismos para la necesaria coordinación y cooperación entre todos los órganos administrativos y judiciales que intervienen en la aplicación de la ley, a saber: las autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades

⁸⁹ Preámbulo de la ley 15/2007, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁹⁰ Para mayor detalle, Comisión Nacional de Competencia, página web: <http://www.cncompetencia.es/>

Autónomas, la Comisión Europea y los jueces de lo Mercantil.

Respecto a estos últimos, los jueces mercantiles pueden aplicar la ley en lo que dice relación con las disposiciones relativas a conductas colusorias y al abuso de posición dominante (artículos 1º y 2º respectivamente), además de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea relativos a normas sobre competencia de los mercados comunes. Por tanto, se podrán presentar demandas tanto por vía administrativa (a la Comisión Nacional de Competencia), y también por vía judicial (a los Juzgados Mercantiles),⁹¹ lo cual marca un cambio importante en relación a lo que ocurría bajo el imperio de la antigua ley 16/1989, pues la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria estaba limitada a dos ámbitos, uno contencioso administrativo, para revisar las actuaciones llevadas a cabo por los órganos administrativos de la defensa de la competencia, y otro ámbito de jurisdicción civil, que conocía los casos de reparaciones e indemnizaciones derivadas de actos o prácticas anticompetitivas.⁹²

Comentarios: La legislación española esta inspirada en los principios del modelo social, pues protege tanto los intereses de los competidores, como también los intereses de consumidores y el interés de la generalidad.

La ley 3/1991 ha sido citada especialmente en la Moción parlamentaria, el Boletín 3356-03, como una de las bases fundamentales de nuestra ley 20.169.

La competencia desleal se consagra como un ilícito que genera responsabilidad civil, pero logrando una particular fisonomía, como un ilícito objetivo y de peligro.

⁹¹ “La nueva ley de defensa de la competencia: Ley 15/2007”, Texto disponible en <http://www.lupicinioeversheds.com/docs/nota%20la%20nueva%20ley%20defensa%20de%20la%20competencia.pdf>

⁹² “Aplicación del Derecho de la Competencia por los Órganos Judiciales del Orden Civil”, por Ferrándiz Gabriel, José Ramón, en “Competencia Desleal y Defensa de la Competencia”, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, año 2002, Pág. 28.

La cláusula general y el listado de conductas *per se* desleales, constituyen importantes mecanismos para lograr el encuadramiento de conductas no descritas específicamente por el legislador, pero que de reunir los requisitos exigidos en la cláusula general para configurar el ilícito concurrencial, caerán dentro del campo de la competencia desleal, lo cual es particularmente útil, considerando el vertiginoso devenir comercial en que vivimos.

Los principios en que están fundadas sus disposiciones, la finalidad de la ley, en cuanto protege todos los intereses que participan en el mercado, el abandono de la relación de competencia como elemento sustantivo en la estructura del ilícito concurrencial, las acciones que la ley española contempla a favor del sujeto afectado por un acto desleal, la competencia entregada a la judicatura civil para conocer y fallar estas materias, son tópicos acogidos por nuestro legislador, algunos con mayor acierto que otros, pero que en lo concreto inspiraron, fueron recogidos y traídos a nuestra realidad de competencia económica.

2.2.4. Situación en Estados Unidos

En este último título se presentará la competencia desleal desde la perspectiva del *Common Law*,⁹³ específicamente en los Estados Unidos.

El derecho norteamericano de competencia desleal, a diferencia de lo que se ha visto en otros países a lo largo de este capítulo, no se encuentra regulado en forma unitaria y homogénea, si no que se manifiesta de una manera fragmentaria, lo cual deriva del carácter mismo del sistema judicial norteamericano, el *common law*, pues las decisiones judiciales constituyen reglas en la medida que se van

⁹³ En este sistema la regla jurídica por excelencia es la que emana de las decisiones judiciales (precedentes), en contrapartida al *civil law*, cuya fuente principal del derecho esta constituida por la ley.

pronunciando respecto de conflictos concretos, esto unido en menor medida al desarrollo de algunas leyes escritas, tanto federales como estatales.

La competencia desleal (*unffair competition*), nace ligada al derecho de marcas con el objeto de proteger los signos distintivos que no constituían marca en un sentido técnico, y que por tanto carecían de protección jurídica, pero que habían adquirido fuerza distintiva (estos se denominan *Tradenames*, a diferencia de las marcas puramente técnicas, denominadas *Trademarks*).

Este vínculo entre el derecho marcario y la competencia desleal fue reconocido por el Tribunal Supremo, el cual señaló en el caso *Hannover* que el elemento esencial en los casos de infracciones marcarias y de competencia desleal era exactamente el mismo: la confusión de un producto con otro, el llamado *passing off*, esto es, "la venta de bienes de un productor o vendedor haciéndolos pasar por el de otro"⁹⁴, en otras palabras, imitar las características y signos distintivos de un producto y presentarlo como si fuera propio.

El Tribunal Supremo llegó a señalar que el *common law* del derecho de marcas no es sino parte del mas amplio derecho de la competencia desleal.⁹⁵

La jurisprudencia procuró ampliar la disciplina a otros ámbitos, mas allá del derecho marcario y de la conducta del *passing off*, llevando la competencia desleal al campo de la administración misma de las empresas, señalando en el caso *Associated Press* que todo competidor estaba obligado a manejar su empresa, de tal forma que su actuar no dañare a los demás de manera innecesaria o

⁹⁴ Dorr C. Robert-Munch H. Christopher, "*Protecting, Trade Secrets, Patents, Copyrights and Trademarks*", Second Edition Wiley Law Publications, Año 1995, Pág. 4.

⁹⁵ Robles Martín Laborda, Antonio, Op. Cit, Pág. 121. El autor recoge la sentencia del Tribunal Supremo en los casos "Hannover Star Milling Co. Vs D.D. Metcalf", y "Allen and Wheeler Co vs Hannover Star Milling Co." El caso se refería a dos productores de harina que ocupaban la misma marca, pero ninguno de ellos la había registrado conforme la ley marcario, la *Lanham Act* de 1905, y por tanto debía resolverse la situación a través del *common law*.

desleal. El tribunal estimó que las normas de competencia desleal no protegían únicamente los derechos de propiedad ya adquiridos, si no que principalmente el derecho a adquirir esa propiedad por medios lícitos, extendiendo de esta forma las conductas desleales fuera de los deslindes del *passing off*.

Esta posición no prosperó, debido a que los tribunales se negaron constantemente a ampliar el ámbito de la competencia desleal, incluso el mismo Tribunal Supremo, en el caso *Armstrong Paint*, volvió a afirmar que el elemento esencial de los casos de competencia desleal es el mismo que en la infracción de marcas: el *passing off*.⁹⁶

Esta regulación se presentaba primordialmente a nivel estatal, a nivel federal evoluciona a través de las normas que regulan la libre competencia, la *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Comisión Act*⁹⁷ y también en materia de propiedad intelectual e industrial a través de la *Lanham Act* (Ley de Marcas), que en su sección 43(a) establece como actos de competencia desleal "la publicidad engañosa y todos aquellos actos susceptibles de generar confusión en cuanto al origen de productos o servicios", otorgándole acción civil a cualquier persona relacionada con bienes o servicios.⁹⁸

⁹⁶ *Ídem*. Pág. 123.

⁹⁷ Se hará referencia a estas normas mas adelante, al ver la relación de la competencia desleal con el derecho antitrust.

⁹⁸ La Sección 43 de la Ley Lanham dispone: "Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act".

A la señalada *passing off*, la Ley Lanham establece otras conductas constitutivas de competencia desleal, a saber:⁹⁹

- *Pirating*: esta forma de competencia desleal implica comercializar con el nombre y reputación de un competidor, generalmente produciendo un engaño al público consumidor. En el caso *Thomas A. Edison, Inc. vs. Shotkin*, el demandado empleó en una publicidad la frase "Certificado por Edison" sin tener ninguna relación con dicha Corporación. La Corte considero que esta conducta engañaba al público y sancionó tal conducta.

- *False Advertising*: Esto se relaciona con la publicidad engañosa y se define como la desviación de clientela experimentada por un competidor, debido a la falsa publicidad que hace otro competidor de sus productos, en cuanto a calidad, garantías u otras consideraciones que resultan no ser ciertas.

- *Reverse Passing Off*: en este caso el competidor o vendedor altera la marca de un producto, la borra o elimina, y así engaña al público consumidor. Como vemos, la diferencia entre *passing off* y ésta figura radica en que en el *passing off* se "hace pasar" un producto como si fuera otro, imitándolo. En el *reverse passing off* simplemente un agente borra o quita la marca registrada de un producto que pertenece a otro competidor antes de venderlo, agregando en su reemplazo su propia marca (en tal caso se denomina "express") o bien dejándolo sin marca alguna (denominado "implied").

- *Disparagement*: se refiere a aquellas conductas que perjudican a los competidores a través del menosprecio y las mentiras acerca de los productos y servicios de otros, atrayendo clientes a través de estas declaraciones falsas.

⁹⁹ Dorr C. Robert & Munch H. Christopher, "Protecting Trade Secrets, Patents, Copyrights and Trademarks", Wiley Law Publications, Pág 3, año 1995.

En esta categoría se encuentra la táctica *bait and switch*, que comentaremos mas adelante.

- *Misappropriation*: la conducta de malversación o apropiación indebida de bienes ajenos, dice relación con el uso ilegal que hace un competidor de bienes o servicios de otro competidor. Esta figura requiere que la víctima haya efectuado una inversión considerable de tiempo, esfuerzo y dinero para crear alguna cosa o para poner en el mercado un producto, y que el hechor se apropie de dicho bien o de su valor, sin pagar nada o pagando muy poco por él. Además es necesario que esta actuación cause un perjuicio a la víctima.

- *Dilution*: esta conducta desleal ocurre cuando un nombre comercial o un signo distintivo de algún producto o servicio, es usado por otro competidor sin el respectivo permiso de su dueño, en la comercialización de bienes o servicios que no compiten con los originales.

- *Rights of Publicity*: dice relación esencialmente con el derecho exclusivo a explotar el nombre comercial, fama, reputación de una figura pública. Generalmente se vincula al ambiente de las personalidades del deporte y del espectáculo, que patentan su nombre como una verdadera marca registrada y comercializan su imagen.

Estas conductas, a diferencia de las infracciones de marcas, no requieren para configurar el ilícito de la existencia de registro marcario, acrecentando de esta forma la protección y sanción de conductas deshonestas en el mercado, a bienes y servicios no registrados como marcas.

Este ámbito de la propiedad industrial va de la mano con el derecho de daños, pues generaba la acción de reparación de perjuicios causados por estas conductas, entendiendo en este sentido a la competencia desleal como una parte del *common law* del derecho de daños.

Según Antonio Robles Martín-Laborda, "en el derecho estadounidense, los actos de competencia desleal

constituyen un daño; de hecho, la disciplina de la competencia desleal constituye una rama del Derecho de daños". Según el autor español, "se trataría de un daño *sui generis*, que ha evolucionado hasta convertirse en una disciplina autónoma".¹⁰⁰

Respecto a su relación con el derecho de la libre competencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido las diferencias entre la competencia desleal y el derecho antitrust, fundamentalmente en cuanto a la finalidad de ambas disciplinas, es así como una jurisprudencia norteamericana señaló "el propósito de la ley antitrust y el de la ley de competencia desleal habitualmente se encuentra en conflicto, pues el objetivo de la ley antitrust es prevenir las restricciones a la competencia, mientras que la competencia desleal tiende a calmar la competencia ya existente y su propósito es imponer limitaciones en el desarrollo de la misma".¹⁰¹

Lo que reconoce esta jurisprudencia es justamente la labor del derecho en el mercado, lo cual se relaciona con la regulación de la lucha comercial, lucha que se dará necesariamente por obtener mayor mercado y mayor número de clientes, y que se presentará bajo distintas formas, cuestión que en definitiva constituye la competencia. Esta competencia es sana en la medida que sea leal, como bien nos ilustra Robles Martín-Laborda "cuando la competencia es sustituida por la paz entre los competidores, se produce una violación de las leyes antitrust; cuando sí existe competencia, pero esta no respeta las reglas del juego, existe un acto de competencia desleal".¹⁰²

Estas reglas del juego a las cuales se refiere el autor español, llevan a determinar cual es el criterio para

¹⁰⁰ Robles Martín-Laborda, Antonio. Op. Cit. Pág. 126.

¹⁰¹ Northwest Power Prost., Inc. v Omark Indus., Inc. 576 F. 2d 83, 88 5th Cir. 1978 cert. denied 439 U.S. 1116 (1979) citado en "*Torts & Unfair Competition: A Practitioner's Handbook*", Pág 4, disponible en http://books.google.cl/books?id=ZDiK7ys0jolC&pg=PA10&lpg=PA10&dq=unfair+competition+and+antitrust+law&source=web&ots=VRJk-oFJTR&sig=_5v17uTL3RfZzAQkQLeTZue6es&hl=es#PPA4,M1

¹⁰² *Ídem*. Pág. 127.

establecer la deslealtad de una conducta en el mercado, para Rudolf Callmann este criterio tiene un carácter más ético que económico, siendo la función de las normas sobre competencia desleal garantizar un nivel mínimo de moralidad en la actividad comercial.¹⁰³

Como vemos, en Estados Unidos se reconoce que el derecho antitrust y la competencia desleal son antagónicos en cuanto a su finalidad. A pesar de esta diferencia, se admitieron por vía jurisprudencial algunas líneas de convergencia entre una y otra rama del derecho, al considerar que las conductas desleales podían constituir violación a las normas antitrust, específicamente a las reguladas conforme a la *Sherman Act*. Nos referimos a las antiguas doctrinas *Pick Barth* y *Lessig*.¹⁰⁴ La primera de ellas relativa a conductas derivadas de acuerdos (Sección 1º de la Ley Sherman), y la segunda a conductas unilaterales (Sección 2º de la misma ley).¹⁰⁵

Ambas fueron duramente criticadas, debido a que ocasionaron mayores conflictos que claridad a la hora de delimitar las conductas desleales con el derecho antitrust.

La doctrina *Pick Barth* sostenía que cualquier acuerdo tendiente a eliminar a otro competidor a través de conductas desleales infringía la *Sherman Act*. Esta doctrina

¹⁰³ Callman, Rudolf, “*Unfair Competition*”, Págs. 87-90, Citado por Robles Martín Laborda. Op. Cit. Pág. 128.

¹⁰⁴ Para mayores detalles acerca de estas doctrinas, consultar “*Business Torts & Unfair Competition: A Practitioner’s Handbook*” Págs. 4 y siguientes. El texto se encuentra en formato digital, disponible en http://books.google.cl/books?id=ZDiK7ys0joIC&pg=PA10&lpg=PA10&dq=unfair+competition+and+antitrust+law&source=web&ots=VRJk-oFJTR&sig=_5v17uTL3RfZzAQkjQLeTZue6es&hl=es#PPA4,M1 y Robles Martín-Laborda, Op. Cit. Págs. 132 y siguientes.

¹⁰⁵ La Sherman Act, establecía en su Sección 1: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”.

La Sección 2º disponía: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”.

fue abandonada a partir de la sentencia recaída en el asunto *Northwest Powder Products*, citado anteriormente.

En el caso de la doctrina *Lessig*, relativa a los monopolios, el mero intento de monopolizar un mercado, por si mismo, involucraba una infracción a la sección 2º de la *Sherman Act*, esto es, importaba un acto monopólico. Esta doctrina transformaba una norma antitrust, como es la sección 2º de la *Sherman Act*, en una norma que prohibía la competencia desleal,¹⁰⁶ lo cual se concretaba en la prohibición de una conducta competitiva meramente agresiva, que como sabemos, están absolutamente permitidas, resultando la doctrina contraria al fin perseguido por las normas antitrust y la misma *Sherman Act*.

Con posterioridad se dictó la *Federal Trade Commission Act* y la *Clayton Act*, la primera de ellas creó la *Federal Trade Comisión* (en lo que sigue FTC), y en su Sección 45¹⁰⁷ se refería a los métodos desleales de competencia (*unfair methods of competition*), frase amplia que debía resolverse caso a caso por los Tribunales, sin embargo esta discrecionalidad presentaba una limitante, pues la aplicación de la prohibición de métodos desleales de competencia requería necesariamente que la conducta de que se trataba afectara el interés público. De esta forma el Tribunal Supremo fue resolviendo casos desleales típicos, tales como el *passing off*, advirtiendo que la FTC era incompetente para la resolución de conflictos que únicamente trataran intereses privados.¹⁰⁸

Respecto a las disposiciones de protección a los consumidores frente a la competencia desleal, estas forman parte del bloque de derecho de la competencia, siendo así en los casos de competencia desleal se utiliza la FTC, igual que en las transgresiones al derecho de competencia

¹⁰⁶ Robles Martín-Laborda. Op. Cit. Pág. 140.

¹⁰⁷ Sección 45 a) de la FTC Act., "*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful*".

¹⁰⁸ *Ídem*, Pág. 147.

tradicional. Esto es, la FTC tiene competencia para conocer los casos tanto de violaciones al derecho antitrust, como también los actos de competencia desleal.

Ejemplo de una práctica desleal que afecta directamente al consumidor es la denominada *bait and switch tactics*, lo que podría traducirse como la táctica de la atracción o "carnada" y luego el cambio. Esta funciona de la siguiente manera: se efectúa publicidad de un producto a un precio muy conveniente, lo cual genera que el cliente se acerque a la tienda, pero una vez que ingresa y pregunta por el producto, el vendedor le señala que dicho producto no se encuentra disponible, pues ya está completamente vendido o bien que la calidad es inferior o que no tiene ninguna garantía. Con posterioridad el vendedor trata de "cambiar", es decir, llevar al cliente a un producto distinto y más caro. La mayoría de las veces esto resulta, pues el consumidor termina llevado el otro producto, y no el que primeramente deseaba llevar.

La verdad es que al desarrollar esta táctica, la empresa está demostrando que jamás tuvo la intención de vender el bien que originalmente había promocionado, lo cual lesiona a los consumidores y también afecta a las empresas competidoras.

Estas prácticas desleales, ya perjudiquen a los consumidores, a los mismos competidores o generen atentados a la libre competencia, tienen diversos mecanismos que ayudan a corregir o sancionar estas prácticas, los más usuales son:

- Las medidas cautelares u ordenes judiciales: tienen por objeto suspender la ejecución de una práctica desleal, por ejemplo en el caso *American Brands* una compañía de tabaco publicó la frase "El cigarrillo mas bajo en

alquitrán”, siendo condenada a retirar tal frase de su publicidad, por no sustentarse en elementos objetivos.¹⁰⁹

- La restitución de utilidades: en virtud de contabilidad se determina las utilidades o ganancias que ha generado una empresa producto de sus prácticas desleales, debiendo restituirlas como una medida racional de reparación de daños.

- Rectificación a través de una publicación correctiva: esta solución obliga al autor de una práctica competitiva desleal a publicar disculpas, lo cual no compensa las pérdidas sufridas por el competidor afectado, pero al menos sirve para reparar la reputación del competidor, especialmente en casos de denigración.

- Compensaciones e indemnizaciones: Este ítem se encuentra íntimamente ligado a la naturaleza de daño que en el derecho norteamericano se le confiere a la competencia desleal, y se refiere a la reparación pecuniaria en base a indemnización compensatoria por el daño causado, que debe efectuar el hechor a favor de la víctima.

- Por último están las penas aplicadas en casos de actos desleales que afecten la libre competencia, es así como actualmente la *Sherman Act* establece penas privativas de libertad de hasta 3 años de prisión, o bien penas pecuniarias de hasta 350 mil dólares, o inclusive ambas, a discreción del juez. En el caso que el hechor fuere una corporación, la pena pecuniaria puede elevarse incluso a 10 millones de dólares.

Comentarios: En Estados Unidos existe una regulación de la competencia desleal inserta en el derecho de daños, claramente delimitada en relación a las marcas y la propiedad industrial, al derecho antitrust y a la protección de los consumidores, siendo en este sentido,

¹⁰⁹ Sentencia pronunciada en la causa “American Brands, Inc vs R.J. Reynolds Tobacco Co.”, 413 F Supp. 1352, 1360 (S.D.N.Y. 1976). Citada en: Dorr C. Robert & Munch H. Christopher, Op. Cit. Pág. 46.

fundamentales las normas federales, así como la jurisprudencia.

En este contexto, la competencia desleal no se refiere a los daños económicos generados por los monopolios y las concentraciones, materias de las cuales se ocupa la legislación antimonopolio y las normas del derecho antitrust, mas bien lo que constituye un acto desleal es la exigencia de un actuar acorde al respeto a ciertos niveles de honestidad en materias de industria y comercio. Este concepto va variando en el contexto de la empresa, la conducta que se esté examinando, y los hechos de cada caso.

Como se trata de un sistema jurídico basado en los precedentes judiciales, los tribunales de justicia realizan una importante tarea interpretativa al ir ampliando y desarrollando continuamente la definición de competencia desleal, la cual se relaciona con los conceptos de honradez y honestidad en los negocios.

Esto difiere notoriamente del derecho continental europeo o sudamericano, basado en el *civil law*, en donde encontramos leyes especiales, tal es el caso de España en Europa, o el caso de Colombia en Sudamérica, y ahora Chile, que a partir de febrero de 2007 cuenta con una ley especial que regula la competencia desleal, la cual comenzaremos a apreciar a continuación, en el próximo capítulo de este trabajo.

CAPÍTULO III

LA COMPETENCIA DESLEAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

3. Síntesis

Al iniciar este trabajo se señaló que el principal objetivo del mismo era conocer la nueva normativa que regula la competencia desleal en nuestro país, esto es, la ley 20.169, desde el punto de vista de nuestro interés, el cual es precisar el concepto y ámbito de aplicación de la materia.

Es en este capítulo donde se llegará al núcleo de este trabajo, veremos el criterio utilizado por nuestro legislador para reprimir y sancionar las conductas competitivas desleales y el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la materia, no sin antes hacer una breve reseña de la situación que existía en Chile con la competencia desleal bajo la institucionalidad de libre competencia, en una situación de ausencia de ley especial, la normativa que se aplicaba y los organismos encargados de conocer los casos de prácticas anticompetitivas, haciendo un paralelo entre ambas etapas del desarrollo jurídico de la materia en nuestro país.

¿Que entiende nuestro legislador por actos de competencia desleal?, ¿cual es la trascendencia de haber seguido la tendencia comparada al establecer una cláusula general y un listado no taxativo de conductas de competencia desleal?, ¿Cómo se presenta la relación de la competencia desleal con otras ramas del derecho? Cuando se comete un acto de competencia desleal, ¿existe un interés social comprometido?

Algunas de estas interrogantes buscaran ser respondidas en las siguientes líneas.

3.1. Marco Regulatorio antes de la ley 20.169. Ausencia de Ley Especial sobre la Competencia Desleal

No obstante carecer nuestro sistema de una normativa particular que hiciera referencia expresa a la competencia desleal, este tema no fue desconocido totalmente en Chile.

En efecto, ya don Arturo Alessandri en los años 30, al referirse a la responsabilidad civil extracontractual, específicamente al dolo como elemento de la misma, señaló que el comerciante que con el propósito de arruinar a un competidor hace competencia desleal, creando una confusión entre los productos de éste y los suyos, denigrando la persona, firma o productos de un competidor, aprovechándose de sus secretos, creándole dificultades, sirviéndose de una publicidad engañosa, etc., es reo de dolo. A lo cual agrega "el dolo transforma en ilícito todo acto por lícito que sea en sí mismo".¹¹⁰

Junto con esta referencia doctrinaria, se encuentran dispares agrupaciones de preceptos que de algún u otro modo han tocado el tema y que han servido para reprimir los actos de competencia desleal cuando no existía norma especial que hiciera referencia a ella.

Dentro de estas normas resulta relevante mencionar en materia de propiedad industrial el Convenio de la Unión de París, al cual Chile adhirió el 13 de marzo de 1991, entrando en vigor el 14 de junio del mismo año, pasando a partir de esa fecha a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, en virtud de los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la Carta Fundamental. Especial atención merece su artículo 10 bis, precepto que obliga a los países de la Unión a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal, además define la competencia desleal,

¹¹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", citado por Larraguibel Zavala, Santiago, en "Derecho de Autor y Propiedad Industrial", Editorial Jurídica de Chile, 1979, Ed. Alfabeta, Pág. 321, a su vez citado por Bianchi Negron, Michelangelo, Op. Cit. Pág. 127.

a lo cual ya se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo, y establece tres conductas que en particular deben prohibirse, a saber:

"a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

c) 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".¹¹¹

Por otro lado, utilizando una interpretación creativa de algunas instituciones fundamentales de nuestro derecho, se puede concluir el surgimiento de un sistema inorgánico y desmembrado destinado a sancionar al competidor que empleaba herramientas desleales en la lucha concurrencial.

Estas instituciones son las siguientes: La Responsabilidad Extracontractual, la Teoría del Abuso del Derecho y el Enriquecimiento sin causa.

- Normas sobre Responsabilidad Civil Extracontractual: Tal como se advirtió en el Segundo Capítulo, la competencia desleal nace en Francia al amparo de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

En nuestro derecho, el fundamento jurídico de esta institución se encuentra en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, denominado "De los Delitos y Cuasidelitos", además del artículo 1437 que señala las fuentes de las obligaciones (considera como fuente de las obligaciones los

¹¹¹ Texto disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html

delitos y cuasidelitos) y el artículo 2284 en materia de cuasicontratos.

Para configurar este ilícito civil deben presentarse ciertos requisitos de forma copulativa, a saber: la capacidad delictual, el dolo o culpa, la relación de causalidad y el daño o perjuicio.

En materia de competencia desleal, esta figura ha tenido poca aplicación práctica, pues en nuestro derecho rige como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual la teoría clásica, subjetiva o en base culpa, lo cual se transforma en un gran inconveniente, ya que el hechor solo respondería del daño producido en la medida que pueda probarse que actuó con dolo o culpa, esto es, agrega un elemento subjetivo de dificultad probatoria, pues es la víctima del acto quien esta obligada a probar el dolo o culpa del hechor.

Por otro lado, se constituye en un sistema limitado exclusivamente a un carácter reparador, omitiendo un elemento de trascendencia, cual es la prevención, pues sólo se haría responsable al hechor en la medida que el daño se hubiere producido, y cumpliéndose además los con los otros requisitos ya señalados, sin propender a evitar la producción del perjuicio.

- La Teoría del Abuso del Derecho: Ejercer un derecho implica obtener por parte de su titular los beneficios, las prerrogativas que el derecho le otorga. La situación normal es el libre ejercicio de los derechos, es decir, que el titular decida libremente si obtiene o no los beneficios que por el derecho le corresponden.

Sin embargo, esta situación no puede producir daño o perjuicio a un tercero, esto es, en el ejercicio de su derecho el titular no puede afectar los derechos de otras personas, el ejercicio del derecho reconoce límites, pues su ejercicio abusivo no esta permitido.

En Chile no hay una norma de tipo general que sancione el ejercicio abusivo de un derecho, pero si hay normas diseminadas en distintos Códigos que permiten asegurar que a nuestro sistema le repugna el abuso del derecho.¹¹²

Planteando el tema en materia de competencia, un competidor cuenta con varios derechos, tales como estar en el mercado, el derecho a competir, el derecho sobre sus productos, sobre sus marcas, sus signos distintivos, etc., derechos que debe ejercer en forma honesta y leal, no abusiva en perjuicio de los demás competidores.

Siguiendo esta idea, quien compite en el mercado desviando la clientela a su favor, no por su propio esfuerzo, si no que desacreditando, engañando, imitando o realizando cualquier conducta contraria a la buena fe o las buenas costumbres, estaría abusando de los legítimos derechos antes descritos.

Reafirmando la importancia de esta institución aplicada a la competencia desleal, el jurista español Juan Ignacio Font Galán sostiene que "la categoría de abuso del derecho parece presentarse como la mas adecuada para encuadrar dogmáticamente el acto de competencia desleal. No se trata de un abuso individual, fundado en requisitos subjetivos o morales, que sería difícil de explicar si tenemos en cuenta que el objeto de la protección de la disciplina de la competencia desleal es el orden concurrencial. Entendemos mas bien que se trata de un abuso institucional".¹¹³

- El Enriquecimiento sin Causa: Dentro de la vida comercial es totalmente lícito que se produzcan incrementos

¹¹² Algunos de estos casos se encuentran en el Código Civil, por ejemplo el artículo 582 que define el derecho de dominio, al señalar que este no debe ejercerse "contra la ley o contra derecho ajeno", el artículo 2212 en materia de sociedades, específicamente en cuanto a la renuncia de uno de los socios, pero también en el Código de Procedimiento Civil en materia de medidas prejudiciales precautorias, está el artículo 280, en cuanto a la obligación de presentar la demanda y solicitar en ella que la medida prejudicial se mantenga dentro de cierto plazo, so pena de considerarse al requirente responsable de los perjuicios ocasionados y presumiéndose su mala fe.

¹¹³ Font Galán, Juan Ignacio, "Constitución Económica y Derecho de la Competencia", Ed. Tecnos, Madrid, Año 1987. Págs. 212-214.

de patrimonios, aunque este incremento sea a costa del patrimonio de otros. Lo que el derecho no tolera es que este crecimiento patrimonial sea producto de actuaciones ilícitas, que provenga de conductas desleales e injustas, en cuyo caso el ordenamiento jurídico establece medidas para que quien se aprovecha económicamente de otro, restituya, devuelva o reembolse lo recibido.

En el caso del enriquecimiento sin causa, dicho incremento patrimonial no viola norma jurídica alguna, tampoco concede acción específica, pero ocasiona repugnancia desde el punto de vista de lo ético-jurídico.

Esta institución no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre con el Código Civil Italiano o el Código Civil Suizo, sin embargo existen algunas situaciones que están inspiradas en este principio, tales como las soluciones que da el legislador con ocasión del ejercicio de la acción reivindicatoria (Art. 904 y siguientes del Código Civil) en materia de prestaciones mutuas, también a propósito de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno (Art. 2325 de nuestro Código), o respecto del pago de lo no debido y la agencia oficiosa, ambos cuasicontratos regulados en el Título XXXIV del Libro IV, del Código Civil.

En este sentido, la competencia desleal aparece como una situación a través de la cual se incrementa el patrimonio logrado de forma injusta, circunstancia que se produce en virtud de conductas contrarias a principios de respeto y convivencia en el mercado, de allí que aplicando este principio del enriquecimiento injusto, se podría reestablecer el equilibrio, otorgando acción a la víctima de un acto desleal, para conseguir el reintegro o reembolso de lo que ha perdido producto de estas conductas.

Cabe destacar que en derecho comparado, la acción emanada del enriquecimiento injusto en competencia desleal, se ha reconocido expresamente en la Ley 3/1991, de España.

Lamentablemente estas herramientas del derecho no resultaron aplicables en la práctica, no existiendo acciones fundadas en tales instituciones.

Respecto a la normativa aplicable en ausencia de ley especial, este tema se vincula con la relación que existe entre la competencia desleal y otras áreas del derecho, lo cual se esbozó en nuestro primer capítulo, pero que ahora se profundizara desde la perspectiva de nuestro derecho.

3.1.1. La Libre Competencia y la Competencia Desleal

Hemos revisado que el derecho de la competencia tiene dos grandes principios a proteger, la libre competencia y la competencia desleal.

Esta dualidad de protección se ha reflejado en el ámbito positivo especialmente en el derecho continental europeo y algunas legislaciones latinoamericanas, ya vistas en su oportunidad, que cuentan con leyes especiales que buscan regular tanto la libre competencia como la competencia desleal.

En Chile, el principal texto jurídico en materia de derecho de la competencia está constituido por la Ley de Defensa de la Competencia, contenida en el DL 211 del año 1973, el cual derogó la Ley 13.305 de 1959.¹¹⁴

El DL 211, ya desde su título, se enfoca a la libre competencia, dejando la regulación de la competencia desleal al trabajo realizado por las Comisiones Antimonopólicas, preventivas y resolutivas, aplicando además del DL 211, otras normas tales como el artículo 404 N° 4 del Código de Comercio, el cual prohíbe a los socios colectivos en particular "explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no

¹¹⁴ La Ley 13.305 tipificó el delito de monopolio, estableció ciertas excepciones y creó una Comisión Antimonopolios con facultades de sanción y control.

tuviere un género determinado de comercio" o normas penales comerciales y laborales que impiden al trabajador revelar secretos de fábrica, o normas de propiedad intelectual, que sancionan la utilización de obras de dominio ajeno, etc.¹¹⁵

Este Decreto Ley fue objeto de varias modificaciones posteriores, siendo las principales, el DL 2760 de 1979, la Ley 19.336 de 1994, la Ley 19.610 del año 1999, siendo la última modificación del año 2006, en virtud de la Ley 20.088, en materia de declaración de patrimonio de los miembros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC.

Sin embargo, es la reforma materializada por medio de la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003 la que modificó con mayor fuerza el esquema del derecho de la competencia en nuestro país, ya que en virtud de esta última ley se reformaron los tipos de conductas sancionables en Chile en sede de libre competencia, se reemplazaron los organismos de defensa de la libre competencia antes existentes, se reformularon los procedimientos a seguir ante ellos, se agravaron las sanciones aplicables y se eliminó el carácter criminal que antes tenían ciertos ilícitos de competencia en Chile. En sus aspectos procedimentales, la Ley 19.911 entró en vigencia el 12 de mayo de 2004.

Estos cambios vinieron de la mano de las nuevas tendencias económicas que estaba viviendo el país, tanto internas, al participar cada vez mas entidades privadas en las mas variadas áreas de producción, como internacionales, al reconocer que Chile está abierto a nuevas tendencias comerciales y claro está, a la economía global.

Finalmente, en virtud del DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211

¹¹⁵ Álvarez Zenteno, Rodrigo, "Una visión de nuestro Derecho de la Competencia", en Revista del Abogado N° 6, Colegio de Abogados de Chile, Abril de 1996, Pág. 25.

de 1973, el cual fue publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

Esta última modificación efectuada al DL 211 constituyó un importante avance, al lograr unir la libre competencia con la competencia desleal, ramas tradicionalmente separadas según ya lo hemos estudiado, incorporando en el artículo 3° letra c)¹¹⁶ un verdadero puente o punto de conexión, eso si muy restringido, entre estas ramas del derecho de la competencia.

Este enlace entre ambas disciplinas posibilitó la persecución por parte del derecho antitrust chileno, de algunas específicas conductas desleales que tuvieran cierta entidad, esto es, se trata de conductas de relevancia para el funcionamiento de los mercados.

Siguiendo al profesor y actual Secretario Abogado del TDL, Javier Velozo Alcaide, este nexo que realizó el legislador chileno deja de manifiesto la diferencia reconocida entre los objetivos de la libre competencia y de la competencia desleal, pues mientras la primera se ocupa de garantizar la existencia de una competencia suficiente, protegiéndola de ataques que pudieran ser contrarios al interés público, la competencia desleal perseguiría fines propios del derecho privado, como es la salvaguardia de los intereses particulares de los agentes económicos, moderando la intensidad de la competencia, evitando que ésta sobrepase los límites de lo que es considerado como honesto.¹¹⁷

Como decíamos al comienzo de este apartado, los asuntos que constituían prácticas desleales de competencia,

¹¹⁶ La Fiscalía Nacional Económica ha distinguido las conductas del artículo 3° del DL 211 en las siguientes categorías: Prácticas Colusorias (Art. 3° Letra a), Prácticas de Explotación (Art. 3° letra b) y las Prácticas Exclutorias, correspondientes al Art. 3° letra c), entendiendo que dentro de éstas últimas se encuentra la competencia desleal.

¹¹⁷ Velozo Alcaide, Javier, "La Competencia Desleal, Algunas Consideraciones sobre su relación con la Libre Competencia y respecto del proyecto de ley que pretende normarla", en "Actas de la II Jornada de Derecho de la Empresa", Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Santiago, Chile. Pontificia Universidad católica de Chile, Facultad de Derecho, 2005. Pág. 42.

al no existir ley especial, eran conocidos por los organismos de defensa de la competencia o también llamados organismos antimonopolios, los cuales a partir de la vigencia del DL 211 fueron las Comisiones, tanto Resolutiva (de carácter jurisdiccional-resolutivo), la Comisión Preventiva Central y las Comisiones Preventivas Regionales (de carácter administrativo-consultivo), "las cuales conocieron y fallaron varios casos de publicidad comparativa y engañosa, desorganización interna de la empresa, actos de confusión, actos de denigración, de imitación, de explotación de la reputación ajena de ofrecimiento de estímulos, etc."¹¹⁸ Sin embargo dejaron de reprimir aquellos actos de competencia desleal que no afectasen el interés general, el cual estaba constituido por el bien jurídico protegido por la normativa: la libre competencia.

El funcionamiento de los organismos antimonopolios en términos simples era el siguiente: la primera instancia estaba a cargo de las Comisiones Preventivas regionales y central, las cuales tenían la finalidad de, valga la redundancia, prevenir la existencia de restricciones competitivas. La segunda instancia se refería a la función de corrección y sanción administrativa de restricciones que se hubieran producido, la cual estaba a cargo de la Comisión Resolutiva. Y en último lugar, y siempre que así lo requiriera la Comisión Resolutiva, podía abrirse un proceso penal contra los infractores a través de denuncia o querrela presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Desde el año 2004, con la promulgación de la Ley 19.911, se reemplazaron las Comisiones y se creó el TDLC, organismo de carácter jurisdiccional, independiente del Poder Ejecutivo y diferente al organismo investigador y acusador: la Fiscalía Nacional Económica, ya creada por ley

¹¹⁸ *Ídem*, Pág. 44.

19.610, configurando una nueva estructura bipartita de defensa y promoción de la libre competencia en los mercados.

Sin embargo, en lo que respecta a la competencia desleal, el TDLC quedo limitado a la normativa del mencionado artículo 3° letra c) del DL 211, el cual dispone:

Artículo 3°: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".¹¹⁹

Como podemos apreciar, la norma sanciona a quienes ejecutan o celebren hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, y además considera, a modo ilustrativo ("entre otros..."), que reúnen dichas características, aquellas prácticas predatorias o de competencia desleal que han sido realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

¹¹⁹ El TDLC ha señalado acerca del artículo 3° que "si bien las conductas mencionadas en los literales a), b) y c) del Art. 3° lo son únicamente a modo ejemplar, tanto de su claro tenor como de la historia fidedigna del establecimiento del literal c), queda de manifiesto que la intención del legislador fue excluir del conocimiento del TDLC los actos de competencia desleal que no sean idóneos para afectar la libre competencia". Resolución 5/2005, considerando Noveno. Pág. 8. La Sociedad Rafalowski y Teitelmann Ltda. solicitó a la Honorable Comisión Preventiva Central que emitiera un pronunciamiento sobre la legitimidad de la comercialización en Chile de productos marca Chevron Texaco. Texto disponible en [http://mail.fne.cl/db/tabla.nsf/336948d8977c9fd58425733e005fc40d/73a8c83d00874f600425705a006c0ff8/\\$FILE/Resolucion-5-2005.pdf](http://mail.fne.cl/db/tabla.nsf/336948d8977c9fd58425733e005fc40d/73a8c83d00874f600425705a006c0ff8/$FILE/Resolucion-5-2005.pdf)

Esto es, el TDLC sólo es competente para conocer aquellas conductas que tengan por objeto o produzcan el efecto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en un determinado mercado.

En definitiva, para estar frente a un acto de competencia desleal que afecte la libre competencia, conforme al DL 211, y que por tanto, sea conocida por el TDLC, se requiere que el sujeto activo de la conducta tenga una situación especial dentro de un mercado determinado, esto es, cuente con una posición de dominio.

Cabe entonces preguntarse, ¿que es una posición de dominio?

La abogada de la Fiscalía Nacional Económica, Mónica Salamanca, define la posición dominante como "la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de bienes o servicios o de determinado grupo de bienes o servicios. Bajo esta denominación se engloban prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en las que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia".¹²⁰

Esta situación se presenta en el evento que una actividad económica sea realizada por una sola persona o bien por un grupo de personas que se encuentren o no vinculadas entre sí, y también en el caso en que sean varios los competidores que se disputen clientela, desarrollando una determinada actividad económica, sin que entre ellos exista una competencia efectiva, entendiéndose esta última como aquella que se presenta en un mercado específico y en un momento dado, expresada en el número de empresas o en las cuotas de participación que tengan las mismas dentro del mercado, y en su dinámica de actuación, a su vez considerando a las nuevas empresas que

¹²⁰ Salamanca Maralla, Mónica, "El abuso de posición dominante y prácticas verticales", documento de la Fiscalía Nacional Económica, citado por Maturana Vásquez, Pía, Op. Cit. Pág. 43.

potencialmente entren a competir en forma rápida y a un bajo costo.

La jurisprudencia norteamericana ha definido la posición de dominio como "*the power to control market or exclude competition*". Por su parte, la Comunidad Económica Europea sostiene que la posición de dominio en el mercado es: "[...] la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado, y en principio previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y las decisiones económicas de otras empresas, [...] Una empresa que puede desplazar, cuando lo desee, a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas [...]".¹²¹

Cabe resaltar que la posición de dominio en si, no genera reproche alguno, pues la empresa puede haber obtenido esta posición atrayendo a un mayor número de clientes a través de sus mejores precios, calidad u otras condiciones de venta (en definitiva, por su propio esfuerzo y su mayor eficiencia), el cuestionamiento surge toda vez que se abuse de dicha posición, o bien que ésta se consiga a través de conductas o prácticas que contraríen principios básicos de justicia y lealtad, resultando en este caso perjudicial para el mercado y los consumidores.

La jurisprudencia del TDLC en este sentido ha sido clara, es así como en la Resolución N° 5 del año 2005, Considerando Décimo, señaló: "No se cumple con los requisitos del literal c) del artículo 3°, cuando el autor de la conducta de competencia desleal no goza de posición dominante en el mercado relevante respectivo, ni ha tendido a alcanzarla o incrementarla con sus acciones".¹²²

¹²¹ Extraído de la página web del Indecopi (Perú), <http://www.indecopi.gob.pe/PreguntasFrecuentes.jsp>

¹²² Resolución ya citada en nota al pie 119.

Ahora bien, cuando las conductas desleales no reunían los requisitos contemplados en el artículo 3º letra c) del DL 211 (alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado), es decir, se referían a disputas entre privados que no afectaban el interés público, y por consiguiente no perjudicaban la libre competencia, que como ya señalamos, es el bien jurídico protegido por el DL 211, simplemente estas conductas desleales quedaban sin sanción.

Veamos un ejemplo: Una farmacia de un pueblo pequeño imita en forma descarada un producto de una farmacia que es cadena a nivel nacional, en este caso existe una conducta de competencia deshonesta, pero que quedaba sin sanción por que no constituía un atentado a la libre competencia.

Es aquí donde cobran importancia las herramientas ya vistas del derecho común, para perseguir la sanción de estas conductas por la vía de la reparación patrimonial, ante los tribunales ordinarios de justicia.

3.1.2. La Propiedad Industrial y la Competencia Desleal

La propiedad industrial se encuentra regulada por la ley 19.039 (DFL 3 que fija su texto refundido y sistematizado, del año 2005), y como analizamos en nuestro Primer Capítulo, coincide con la competencia desleal, en tanto tiende a proteger la competencia, pero se diferencia en cuanto al objeto de protección.¹²³

Además se encuentra la normativa internacional, la Convención de la Unión de París, la cual fija normas tendientes a proteger la propiedad industrial y que incorpora en el artículo 10 bis preceptos que obligan a nuestro país a garantizar una adecuada y eficaz protección contra la competencia desleal.

El derecho de competencia desleal protege el uso indebido de aquellos derechos que no reciben la protección

¹²³ Nos remitimos a lo señalado en el apartado 1.7.1. del Capítulo Primero de este trabajo.

de exclusividad del derecho marcario o de patentes, pensemos en algún invento o marca que no haya sido registrado en conformidad a la ley 19.039.¹²⁴

De hecho el artículo 20 letra k) de la ley 19.039 dispone que *"No pueden registrarse como marcas aquellas contrarias al orden publico, a la moral y a las buenas costumbres, comprendidas en estas los principios de competencia leal y ética mercantil"*.

El problema surge en la medida que el invento o marca haya sido registrado, y se produzcan actos contrarios a la lealtad concurrencial. Por ejemplo, el uso de una marca por parte de una empresa puede generar perjuicio a los derechos de exclusividad de otra empresa, y al mismo tiempo si existiere engaño o confusión, constituir un acto de competencia desleal. En dicho caso, ante un eventual concurso de normas, nuestro legislador antes de la ley 20.169 no solucionaba el problema, debiendo recurrirse a la legislación comparada y la doctrina para obtener claridad al respecto.

En este sentido, una corriente europea minoritaria apela al criterio de la especialidad, en virtud del cual ante un conflicto entre dos normas debe primar la ley especial por sobre la ley general, de tal forma la especialidad de las normas de propiedad industrial primarían respecto de las normas generales del derecho común e incluso respecto de una ley de competencia desleal, resolviendo el tema aplicando la ley de propiedad industrial por sobre la de competencia desleal.¹²⁵ No obstante la mayoría de la doctrina considera que las normas de ambas disciplinas deben aplicarse de forma integradora, no excluyente.

¹²⁴ Ortíz Padilla, Marisol, Op. Cit.

¹²⁵ Aghina, Giorgio, *"La tutela del marchio e la relazione fra contraffazione di marchio e concorrenza sleale"* citado por García Menéndez, Sebastián, Op. Cit. Pág. 33.

Ejemplo de esta última postura integradora lo constituye el artículo 42 letra b) de la Ley 19.039, al señalar que *"No serán consideradas para efectos de determinar la novedad de una invención ni el nivel inventivo, las divulgaciones efectuadas dentro de los doce meses anteriores a la presentación de la solicitud, si la divulgación pública: b) ha sido hecha con motivo o deriva de abusos y prácticas desleales de las que hubiese sido objeto el solicitante o su causante"*.

En este caso no se establece el criterio para determinar cuando éstas prácticas son desleales, tampoco se establecen los requisitos y elementos fundamentales de los actos de competencia desleal, por lo cual se debe recurrir necesariamente a la norma que regula la competencia desleal, en nuestro caso, la nueva ley 20.169.

Se puede ver como se desenvuelven las normas de propiedad industrial y de competencia desleal ante el problema señalado, debiendo aplicarse éstas en conjunto para solucionar este tipo de situaciones.

3.1.3. Derechos del Consumidor y Competencia Desleal

Los Derechos del Consumidor se encuentran amparados por la ley 19.496 del año 1997, modificada por ley 19.955 de 14 de Julio de 2004.

Esta ley, si bien no contempla normas expresas en materia de competencia desleal, incluye disposiciones que se refieren a ella, específicamente en materia de publicidad desleal o engañosa.

En este sentido, la ley del Consumidor establece un catálogo de derechos y deberes de los consumidores, entre sus derechos se encuentra la libre elección del bien o servicio y el tener una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos (Art. 3º letras a) y b) de la Ley 19.496)

Una publicidad engañosa, sancionada como acto de competencia desleal en el artículo 28 A de la ley 19.496, afecta la libre escogencia garantizada por la ley, siendo ésta la única norma en la ley del consumidor que hace referencia expresa a un acto de competencia desleal en relación con los consumidores, aunque es de restringida aplicación, debido a que sólo se refiere a la situación de producir confusión a los consumidores respecto de otro proveedor.

La competencia desleal, de acuerdo a lo ya visto, protege las relaciones sanas del libre juego concurrencial, en una relación mas bien horizontal y no vertical, como en el caso de los consumidores.

En el sistema chileno, previa entrada en vigencia de la ley 20.169, se consideró que el bienestar del consumidor era uno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho antitrust, pero no el exclusivo interés protegido, pues se encuentra resguardado por una ley específica.

No obstante esto último, existe jurisprudencia del TDLC (por ejemplo, el caso "Paltomiel" que se detallara más adelante) en donde el Tribunal considera que los actos desleales afectan la libre competencia en la medida que resultan ser idóneos para limitar o desvirtuar la libre escogencia de los consumidores, es decir, afectan sus derechos.

La ley 20.169 establece en su artículo 1º que uno de los objetos de la norma es proteger a los consumidores afectados en su interés legítimo por un acto de competencia desleal. Adoptando una postura acorde a los modelos mas modernos en la materia, que entienden que con esta normativa deben protegerse diversos intereses.

Esta situación creemos que no es acertada, pues debe mantenerse cierta distancia entre ambas disciplinas, entendiendo que los derechos de los consumidores encuentran amparo en la legislación especial ya señalada, pareciendo

difícil concebir que un consumidor o una agrupación de los mismos accionen contra una empresa que actuó en forma desleal respecto de otra.

En resumen:

- Para configurar la infracción de prácticas de competencia desleal debían concurrir dos condiciones copulativas: a) que se hayan realizado actos de competencia desleal y b) que ellos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el respectivo mercado relevante.

- El legislador excluyó del conocimiento del TDLC aquellos actos de competencia desleal que no fueran idóneos para afectar la libre competencia del mercado.

- Por aplicación del principio de especificidad de las competencias, se excluyó del conocimiento del TDLC aquellas materias referentes a aspectos éticos o sanitarios de la publicidad, aquellos que afecten derechos de los consumidores o aquellos referidos exclusivamente a la propiedad industrial.

3.1.4. Jurisprudencia

Analicemos algunos casos jurisprudenciales que clarifican el vacío de regulación en materia de competencia desleal en el cual se encontraba nuestro sistema jurídico y que ponen de manifiesto la necesidad que existía de regular de manera sistemática y uniforme esta importante área del derecho de la competencia, para lo cual comentaremos, en primer lugar, dictámenes y resoluciones adoptados por los organismos antimonopolios antes de desaparecer, para luego repasar algunas sentencias dictadas por el TDLC, con especial atención en el modo en que abordaban la competencia desleal desde la perspectiva del DL 211 y la relación con las otras ramas del derecho ya vistas.

A.- Dictamen de la Comisión Preventiva Central

Denuncia presentada por Laboratorios Recalcine S.A., en contra de Laboratorios Novartis Chile S.A.¹²⁶

Laboratorios Recalcine denunció el año 1997 la existencia de una campaña publicitaria llevada a cabo por Laboratorios Novartis, cuya finalidad habría sido eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en materia de productos que inciden en la medicina o salud de las personas.

Recalcine afirmó que la tendencia jurisprudencial en materia de publicidad comparativa indica que esta es importante para una adecuada transparencia del mercado y para una debida información de los consumidores, pero siempre que sea veraz, objetiva y demostrable, cuestión que no ocurría con la publicidad de la denunciada Novartis.

En efecto, la publicidad de Novartis comparaba un medicamento específico (TAREG VALSARTAN) con otros

¹²⁶ Texto disponible en

[http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/916bbd53604121878425733e005e4291/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/\\$FILE/Doc0016.PDF](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/916bbd53604121878425733e005e4291/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/$FILE/Doc0016.PDF)

productos similares del mercado, indicando el precio de los mismos, comparación que arrojaba la mayor conveniencia del producto de Novartis.

La denunciante indicó que la publicidad no era veraz y además era abiertamente subjetiva, pues no indicaba las marcas de los productos comparados, además se fundaba en hechos no demostrables, ya que no se indicaba la farmacia, ni la ubicación, ni el día en que supuestamente fue observado el precio de los respectivos productos, no quedando claro como se calcula el costo por día de tratamiento. De este modo, el público a quien se dirigía la publicidad (especialmente los médicos que recomiendan este tipo de productos), era inducido erróneamente a pensar que ese producto era barato y mejor que los productos similares que compiten en el mercado.

Recalcine pidió además que la Comisión se pronunciara al respecto, solicitando que el Fiscal Nacional Económico requiriera a la Comisión Resolutiva la aplicación de una sanción pecuniaria a Novartis por haber infringido los antiguos artículos 1º y 2º letra f) del DL 211.¹²⁷

La Comisión resolvió que la publicidad comparativa contenida en el folleto publicitario del producto TAREG contravenía las normas del DL 211, pues no resultaba ser veraz, objetiva y demostrable, razón por la cual, y dado que el laboratorio denunciado señaló que la publicidad dejó de emplearse en el mes de diciembre de 1997, se decidió prevenir a Laboratorios Novartis Chile S.A. que debía abstenerse en el futuro de efectuar este tipo de

¹²⁷ El artículo 1º del DL 211, previa modificación por Ley 19.911 disponía: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”.

El artículo 2º letra f) disponía: “Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

publicidad, bajo apercibimiento de solicitar al señor Fiscal Nacional Económico que formulara requerimiento ante la Comisión Resolutiva, para la aplicación de sanciones en su contra.

Comentarios: Este caso muestra una de las figuras más comunes de publicidad que existen en el mercado, la publicidad comparativa, la cual bajo los parámetros del DL 211 de 1973, debía reunir ciertos requisitos para entender que se trataba de un atentado contra la libre competencia.

En la época, al no existir un cuerpo normativo especial de competencia desleal, la acción se fundó en el DL 211, el cual tenía un fuerte carácter penal, alejándose del carácter civil que tiene por esencia la competencia desleal, pues tal como estaba establecido el ilícito el competidor denunciante no ve reparados los perjuicios que pudieron sobrevenirles con la actuación desleal de la denunciada, si no que sólo se insta a estos últimos a no volver a realizar dichos actos.

Hoy en día esta situación está regulada en la ley 20.169, la cual expresamente contempla la publicidad comparativa como un acto de competencia desleal, en su artículo 4º letra e), siempre y cuando ésta se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable o bien cuando de cualquier forma infrinja la ley. Contemplándose para el caso puntual, la acción de remoción de los efectos ocasionados por el acto y también acciones indemnizatorias sujetas a las normas de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil.

B- Resolución de la Comisión Resolutiva Central

Denuncia presentada por Costa S.A., en contra de Nestlé Chile S.A.¹²⁸

La empresa Costa presentó una denuncia el año 1995 ante la Comisión Resolutiva por actos de competencia desleal en contra de Nestlé, argumentando haber sido víctima de actos de imitación, debido a que Nestlé habría ejecutado conductas atentatorias contra la libre competencia, consistentes en el lanzamiento al mercado del producto galletas marca "DOLCEVITA", especie "Bocado Cream" en un envase que, según afirmó la denunciante, era copia fiel en cuanto a colores, formas, litografía, tamaño y contenido, del envase que utilizaba Costa S.A. para la comercialización de su producto galletas "NIK", y que por ser las galletas "DOLCEVITA" de menor precio y gramaje que las galletas "NIK", entorpecían la competencia puesto que ante la similitud de los envases, los eventuales consumidores eran inducidos a creer que se trataba de una clase especial y más económica del producto NIK de Costa.

Para Costa esta conducta era una clara maniobra de competencia desleal, que buscaba impedir o al menos restringir la competencia, lo cual se encontraba sancionado en los artículos 1° y 2° del DL 211 de 1973.

Agregaba además que la circunstancia de que exista una protección del derecho marcario derivada de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial, no era impedimento a que estos actos atentatorios de la libre competencia fueran conocidos por los organismos que correspondan.

La Comisión requirió un informe del Fiscal Nacional Económico, el cual señaló que a su juicio la empresa Costa estaba reclamando el reconocimiento de su derecho a la

¹²⁸ Texto disponible en

[http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/96c112f36ee9439108256d19000d05c8/\\$FILE/Doc0004.PDF](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/96c112f36ee9439108256d19000d05c8/$FILE/Doc0004.PDF)

exclusividad en el uso del envase de las galletas NIK, esto con la finalidad de impedir que la apariencia del envase sea copiada, agregó que la marca NIK al estar registrada en el Departamento de Propiedad Industrial (en adelante DPI) estaba amparada por la normativa legal y reglamentaria de propiedad industrial.

La Comisión, acorde a la opinión del Fiscal Nacional Económico señalada supra, consideró que las imitaciones u otras formas de utilización ilegítima de marcas o etiquetas registradas en el DPI, eran situaciones reglamentadas por la ley de Propiedad Industrial, y si bien algunas podían calificarse como actos de competencia desleal, la existencia de esa ley, cuyas normas son de aplicación directa e inmediata, inhiben a los organismos antimonopolio para pronunciarse en este caso.

De esta forma la Comisión resolvió declarar inadmisibile la denuncia presentada por Costa en contra de Nestlé.

Comentarios: Las conductas realizadas por Nestlé claramente constituyen prácticas contrarias a principios básicos de lealtad y corrección en materia de competencia, sin embargo al tratarse de marcas registradas en el DPI, la Comisión decidió abstenerse de pronunciarse respecto de las mismas, por estar amparadas por una ley especial, la Ley 19.039 de Propiedad Industrial.

Esta situación hoy en día esta zanjada por la ley 20.169, ya que las conductas desleales se consideran tales no obstante quedar enmarcadas en otros cuerpos normativos, uno de los cuales es justamente la ley de Propiedad Industrial.

Cabe recordar que las normas de propiedad industrial amparan el derecho marcario y de signos distintivos, un verdadero derecho monopólico que tiene el titular del mismo, en contrapartida, la competencia desleal regula el comportamiento que deben mostrar los competidores para con

sus pares, en el caso en comento, la conducta de Nestlé fue manifiestamente desleal, de aprovechamiento de la reputación ajena, pero sus actos quedaron cubiertos por otra normativa, la de propiedad industrial, por lo cual la Comisión no pudo conocer el asunto.

C- Sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Analizaremos dos sentencias, una que acogió la demanda por actos de competencia desleal, esto es, considero que dichos actos eran atentatorios a la libre competencia, y otra que rechazó la demanda presentada.

1.- Demanda de Laboratorio Knop Ltda., en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros.¹²⁹

Laboratorios Knop demandó a Farmacias Ahumada (FASA) por actos de competencia desleal, específicamente por actos de imitación y aprovechamiento de la reputación ajena.

Knop es un laboratorio de especialidades farmacéuticas de carácter homeopático, fitoterapia y productos naturales, siendo uno de sus más conocidos productos PALTOMIEL, el cual comercializa hace más de 40 años, creando con posterioridad las variantes PALTOMIEL ADULTO y PALTOMIEL INFANTIL, todas marcas registradas en el DPI.

A comienzos de los años 80, PALTOMIEL fue modificado, otorgándole un diseño característico, en un envase plástico blanco, tanto para su formato adulto, como infantil.

Knop se transformó en el principal proveedor de la cadena de farmacias FASA, gracias a PALTOMIEL, sin embargo FASA terminó dicho contrato de distribución, en pleno ejercicio de su derecho a contratar, pero reemplazó el producto de KNOP por uno de marca propia denominada "JARABE

¹²⁹ Sentencia disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_24_2005.pdf

EXPECTORANTE CON PALTO CON MIEL", Infantil y Adulto, con la frase de propaganda "Jarabe Expectorante".

Este producto se comercializó en un envase casi idéntico al utilizado en PALTOMIEL; esto es, frascos plásticos de color blanco del mismo tamaño, que presentaban una etiqueta impresa en él, muy similar a la de la marca de Knop, confundiendo e induciendo a los consumidores a adquirir este producto en el convencimiento de que estaban adquiriendo el producto de Knop.

Además añade la demanda que FASA contaba con una gran cadena de farmacias desplegadas en todo el país, ocupando una ventajosa posición en el mercado nacional, lo cual ha incrementado las ventas de su producto, al cual además publicitaba en diferentes medios de comunicación.

Esto a juicio de la demandante constituye una infracción al artículo 3º letra c) del DL 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de Marzo de 2005, quebrantando la libre competencia a través de ésta práctica exclusoria de competencia desleal.

El TDLC, en el considerando tercero del fallo, se abstuvo en el pronunciamiento respecto a eventuales infracciones cometidas a la ley de propiedad industrial, en cuanto a la comercialización de productos similares a otros previamente registrados, centrándose en resolver el tema desde el punto de vista de la conducta, de acuerdo a las normas que protegen la libre competencia en los mercados.

Resolvió en definitiva acoger la demanda presentada por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda. en contra de Farmacias Ahumada S.A., por competencia desleal consistente en la imitación del producto PALTOMIEL que fabrica la demandante.

El Tribunal señaló en el fallo que, "si bien el uso de marcas propias no puede considerarse una práctica que altere la libre competencia, sí podría serlo en aquellos casos en que tal uso tenga por objeto crear confusión en el

consumidor, constituyéndose en una conducta de aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, que afecta la transparencia del mercado".

A juicio del Tribunal, la circunstancia de que la demandada detentara una posición dominante en el mercado y, comercializase un producto que imitaba el de la competencia, constituyó una conducta de competencia desleal, realizada con el objeto de incrementar dicha posición. A lo anterior, se adicionó la negativa de la cadena de farmacias de comercializar PALTOMIEL en sus locales. Como consecuencia de lo anterior, el tribunal aplicó a la demandada una multa a beneficio fiscal de 50 unidades tributarias anuales, con costas.

Comentarios: En este caso vemos como el TDLC según las circunstancias de hecho y de derecho del proceso, concluyó que FASA infringió las normas de protección de la libre competencia, pues se acreditó que esta empresa detentaba una posición de dominio en el mercado farmacéutico, y que con su conducta desleal intento mantener o aumentar dicha posición.

Configuradas ambas condiciones, la conducta es desleal y según la nueva ley 20.169, en su artículo 4º letra a) ésta sería una conducta de aprovechamiento de la reputación ajena, además de constituir un acto de confusión.

Esta demanda presentada en el marco de la nueva ley habría dado una mayor gama de acciones que hacer valer a la demandante, tales como la remoción de los efectos producidos por el acto, o directamente la demanda de indemnización de perjuicios derivados del acto de competencia desleal. En el caso, Knop debió conformarse con la imposición a la demandada de una multa a beneficio fiscal, no viendo satisfecho su legítimo derecho a reclamar en orden a conseguir la reparación de los perjuicios causados fundada en la vulneración de la lealtad que debe existir en la competencia de mercado.

Gran parte de las consideraciones que tuvo el TDLC apuntaron a la protección del consumidor, llegando a afirmar el fallo que de no haberse afectado la libertad del consumidor de elegir entre ambos productos, los actos desleales denunciados no habrían constituido restricciones a la libre competencia.

Creemos que el ejercicio de una acción civil derivada de las normas de responsabilidad extracontractual, tal cual lo contempla la nueva legislación, habría sido el camino mas adecuado para perseguir la reparación patrimonial de la empresa demandante.

2.- Demanda de Dakota S.A., en contra de Comercial y Distribuidora Pé y Pé Ltda. y otros.¹³⁰

Dakota S.A., empresa de ropa y calzado de Brasil, demandó el año 2004 a Distribuidora Pé y Pé Ltda., por actos de competencia desleal, particularmente por actos de aprovechamiento y explotación de reputación ajena y por establecimiento de barreras a la entrada.

La demandante señaló en el libelo que "Dakota" es la primera y más importante marca de esta empresa, tanto por el número de zapatos diseñados por ella, como por el hecho de ser éste el signo con el cual esta empresa identifica y posiciona su imagen corporativa, tanto en Brasil como en otros continentes, por más de 28 años.

Indicaron que han distribuido en Chile sus productos marca Dakota por más de once años, y que desde el año 1993 la distribución estuvo a cargo de varias empresas coligadas: Fábrica de Calzados Gino Ltda., Comercial ASAL S.A. y Comercial y Distribuidora Pé y Pé Ltda., todas de propiedad del empresario Abel Alonso.

Asimismo agregaron que el año 1978 la marca Dakota fue inscrita en el registro del DPI por don Juan Lolas Riady,

¹³⁰ Sentencia 23/2005, disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_23_2005.pdf

con pleno conocimiento de la fama y prestigio que Dakota tenía en Brasil.

Con posterioridad, la sucesión del Sr. Lolas cedió y transfirió la marca a Comercial ASAL Ltda., la cual paso a ser Sociedad Anónima el año 1998, quienes vendieron la marca a doña Aintzane Pe Azumendi, quien a su vez la cedió y transfirió a Comercial y Distribuidora PÉ y PÉ Ltda.

Por otro lado, la empresa brasileña quería comercializar y distribuir sus productos directamente desde su casa matriz en Brasil, pero fue víctima de reiteradas advertencias y amenazas por parte de los titulares de las marcas en Chile, en el sentido de que si lograba concretar su aspiración de colocar sus productos legítimos directamente en el mercado nacional, sería objeto de las acciones criminales marcarias pertinentes.

En definitiva, la demanda se fundó en el hecho que la demandada, al inscribir la marca Dakota en Chile, incurrió en prácticas desleales, pues con ello sólo pretendían aprovecharse de la fama, notoriedad y reputación de la marca Dakota, con la sola finalidad de explotarla en su propio beneficio e impedir que el verdadero creador y dueño de la marca pudiera distribuir y comercializar en Chile sus legítimos productos, identificados con dicha marca.

El TDLC estimó que para configurar la infracción denunciada debía acreditarse el cumplimiento de las dos condiciones copulativas que contempla el artículo 3° letra c) del DL 211, esto es, que se hayan realizado actos de competencia desleal y que dichos actos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado.

Desde ese punto de vista, el TDLC estimó que las conductas denunciadas no implicaban un atentado contra la libre competencia, pues no se pudo acreditar en el proceso que con dichas conductas se haya abusado del derecho marcario en términos tales que pudiera afectar la libre

competencia en el mercado del calzado, subrayando el TDLC que no eran materias propias de su competencia aquellas que referidas exclusivamente al derecho de la propiedad industrial, las cuales estaban siendo conocidas en las instancias correspondientes.

En base a la prueba rendida, el tribunal en el considerando quinto del fallo, sostuvo que no existieron antecedentes que permitieran presumir que los demandados tuvieran posición dominante, ya que el calzado es un bien transable en los mercados internacionales y que, aparentemente, no existirían mayores barreras para entrar al mercado relevante en cuestión, lo que hacía poco probable que las demandadas tuvieran o pudieran llegar a tener una posición de dominio en el mismo, en consecuencia, el TDLC considero que no existían antecedentes que permitieran concluir que los demandados, individualmente o en conjunto, tuvieran una posición dominante o poder de mercado en el calzado, o que pudieran llegar a adquirirlo con las conductas denunciadas, por lo que la acción no pudo prosperar, resolviendo rechazar la demanda.

La Corte Suprema, conociendo un recuso de reclamación interpuesto por la demandante, confirmó lo resuelto por sentencia de 20 de octubre de 2005.

Comentarios: Queda de manifiesto el criterio del TDLC, ratificado por la Corte Suprema, en orden a delimitar claramente los ámbitos de la libre competencia, competencia desleal y en este caso, la propiedad industrial.

Las conductas desleales denunciadas por la demandante no prosperaron en sede de libre competencia, pues no se logró acreditar la existencia de una posición de dominio de los demandados, ni tampoco la idea de que en algún momento podrían llegar a adquirir dicha situación dominante, no obstante los argumentos mencionados en el recurso de reclamación por parte de los perdedores, quienes sostuvieron que exigir los requisitos del artículo 3º letra

c) del DL 211 constituiría una interpretación errónea del espíritu de la norma, pues se estaría dando carácter taxativo a una disposición que en si era meramente ejemplar.

Como nuestro país carecía en la época de una norma que tratara la competencia desleal, el demandante no contó con otras opciones que no fueran perseguir las sanciones a estas conductas desleales ya sea por vía administrativa, a través del DPI, o bien vía acciones ordinarias, fundadas en la responsabilidad civil extracontractual.

3.2. Marco Regulatorio Actual. Ley 20.169

Tal como se señaló en el apartado anterior, el conjunto de normas que eran utilizadas para sancionar las prácticas competitivas desleales no eran suficientes, los organismos encargados de conocer y resolver tales conductas dejaban sin sanción aquellos actos que no afectaban la libre competencia, esto es, que quedaban en la esfera de las relaciones privadas del mercado, por lo que resultaba imperativo contar con un texto que regulara de forma integral la competencia desleal, debido a que la mayoría de estos comportamientos quedaba excluidos de la competencia del TDLC.

En relación a esto mismo surge una interrogante, ya que si los casos planteados no eran resueltos por las Comisiones, o bien por el TDLC, y las partes tampoco recurrían a la justicia ordinaria, ¿por que no haber recurrido a la justicia arbitral para resolver estos asuntos?

Opinamos que al no estar estas materias entre aquellas prohibidas de arbitraje, ya que no aparecen contempladas en los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales, normas que establecen que materias están excluidas del arbitraje, es perfectamente factible la celebración de un contrato de compromiso o de una cláusula compromisoria en relación a ellas.

Lamentablemente a la fecha no se han presentado casos de competencia desleal a resolución arbitral, y tampoco a mediación, lo cual no obsta a recomendar y favorecer su resolución por esta vía de mayor celeridad, tecnicidad y bajo costo que un juicio civil, aunque sea un procedimiento sumario, como el regulado por la ley 20.169.

En definitiva, la necesidad de reglamentar la materia llevó a que un grupo de diputados presentara una moción, con el objeto de asegurar a los agentes de mercado, de la

mejor forma posible, la protección de valores como la buena fe, la lealtad y la honesta competencia económica, a través de un cuerpo normativo que diera un tratamiento sistemático y uniforme al tema.

Dicho proyecto se convirtió en ley el 16 de Febrero de 2007, fecha en que se publicó la ley 20.169, que regula la competencia desleal.

3.2.1. Historia de la Ley

En la exposición de motivos de la moción parlamentaria, Boletín N° 3356-03, se manifestó la necesidad de contar en nuestro país con una norma especial que tratara la competencia desleal, pues se trataba de una materia recogida de manera fraccionaria en el ordenamiento jurídico nacional, haciendo necesario una regulación sistemática para "permitir a los agentes de mercado actuar con la seguridad de que se han de proteger valores como la buena fe y la leal y honesta competencia económica".

Se deja en claro que la competencia desleal es una figura compleja, que puede afectar diversos intereses, tales como la libre concurrencia y los derechos de los consumidores, sin embargo "ella siempre se dirige, por definición, contra otros u otros agentes del mercado"

En opinión de los autores del proyecto, esta iniciativa tenía por objeto regular la competencia desleal "pues ella no tiene tratamiento en otras normas jurídicas, como por ejemplo, la Ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia o la ley de Protección de los Derechos del Consumidor y por lo anterior, con el presente proyecto estimamos que se complementa debidamente el derecho chileno de la competencia, sobretodo en lo referido a la

integración, interpretación y juzgamiento de materias del área referida".¹³¹

En cuanto a la regulación de la materia, se adoptó en un primer momento el modelo profesional o corporativista, manteniendo una marcada distancia entre la libre competencia y la competencia desleal, ocupándose esta última disciplina de la protección de los intereses de los empresarios o comerciantes.

Esta tendencia fue aparentemente modificada en la discusión del proyecto, otorgando a la competencia desleal una estrecha vinculación con la libre competencia, con la propiedad intelectual y con los derechos de los consumidores, en el sentido de compatibilizar los intereses privados de los competidores con la satisfacción de los intereses de los demás actores y operadores del mercado, sin embargo, a nuestro entender esto no se cumple, toda vez que nuestro legislador abandona esta línea al definir la competencia desleal y al enunciar las conductas constitutivas de la misma, volviendo a adoptar el modelo profesional o corporativista.

Así, el artículo 1º del proyecto, sometido a primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, señalaba: "La presente ley tiene por objeto sancionar los actos de competencia desleal cometidos en el mercado nacional realizados por cualquier agente que opere en él".

Este artículo denotaba amplitud al sancionar los actos desleales, puesto que podían ser cometidos por cualquier agente que opere en el mercado nacional, junto con ello otorgaba un matiz penal a una disciplina que por esencia es civil.

Luego contemplaba una especie de "cláusula general" que giraba en torno a la idea de sancionar aquellas

¹³¹ "Historia de la Ley 20.169", documento elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20169/HL20169.pdf>

conductas que fueran contrarias a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas (Artículo 4º)

Esto último es fiel ejemplo del modelo profesional que adoptaba la moción.

Desde el artículo 5º al artículo 12º, el proyecto mencionaba una serie de actuaciones de competencia desleal, varias de las cuales ampliaban el ámbito de aplicación de la disciplina, al afectarse intereses públicos, por ejemplo, los actos de confusión, de comparación y de imitación.

La legitimación activa, según el artículo 14, correspondía a cualquier persona que resultara directamente perjudicada o amenazada en su interés económico por un acto de competencia desleal.

Sin embargo, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios sólo podía ejercerse por quien fuere titular de la posición jurídica violada, lo cual era una copia del artículo 19 N° 1 de la Ley 3/1991 de España, en materia de legitimación activa para ejercer la acción de enriquecimiento injusto.

También otorgaba legitimación activa a las asociaciones de consumidores, a condición que el acto de competencia desleal perseguido afectara directamente los intereses de los consumidores.

El conocimiento de las acciones se entregaba al Juzgado de Letras en lo Civil del domicilio del demandado, sometiéndose su tramitación al procedimiento sumario regulado en el Código de Procedimiento Civil. Entendemos que se sometieran las acciones al conocimiento de estos tribunales, por tratarse fundamentalmente de una materia civil, justificándose en alguna medida este tratamiento judicial, al no presentarse en la práctica solución por vía arbitral o bien por algún mecanismo autocompositivo.

El enfoque de la materia estaba fundado en la sanción del hechor, privilegiando el aspecto penal de la

disciplina, incluso incorporando una norma, el artículo 18, que imponía al culpable por actos de competencia desleal, según las circunstancias del caso, multas de hasta 5.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) a beneficio fiscal, lo cual se mantuvo en el artículo 10 del texto definitivo, disminuyéndose eso sí el monto de la multa y concediendo al Fiscal Nacional Económico la facultad de requerir al TDLA la aplicación de la misma, atendida la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado.

Nuestra opinión es que estas multas resultan fuera de lugar, debido a que se está incorporando el interés social (multas a beneficio fiscal) en una materia que es privada, y por tanto estas multas no responden a la naturaleza de la disciplina. Así como tampoco corresponde el tratamiento sancionatorio que se le otorgaba en la moción a la competencia desleal, alejado de la verdadera naturaleza de la institución, de carácter civil.

Un último punto interesante de señalar es aquel que rescata el profesor Marco Antonio González, referente al título de la norma, la cual fue presentada como ley que "regula" la competencia desleal, como señala el profesor, se trata de una "obvia impropiedad" que equivaldría a denominar a la ley sobre libre competencia como "ley que regula las prácticas contra la libre competencia" o al Código Penal como "ley que regula las conductas homicidas" esta situación no fue discutida y paso desapercibida durante la tramitación del proyecto.¹³²

A nuestro entender, la denominación más apropiada sería "ley de competencia desleal" o "ley sobre la competencia desleal", tal cual ocurre en España o Colombia, por citar algunos de los países mencionados en el Boletín 3356-03, como fuentes del proyecto.

¹³² González Iturria, Marco Antonio, "Ley N° 20.169, Que regula la Competencia Desleal. Aspectos Técnicos", en "Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007", Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, Pág. 16. Año 2007.

3.2.2. Discusión General del Proyecto

Esta moción pasó a la Comisión de Economía de la Cámara, en donde fue objeto de diversas consideraciones y sugerencias, a continuación aquellas que nos parecen más relevantes, en atención al objetivo de este trabajo: el cual es presentar el concepto y ámbito de aplicación de la competencia desleal en nuestro país.

Una de las cuestiones discutidas fue la naturaleza jurídica de la competencia desleal. El entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar señaló: "los actos de competencia desleal son ilícitos civiles que provocan daño en el patrimonio de un competidor". Siendo el objetivo de la ley buscar la reparación de los perjuicios del o los competidores, sufridos a consecuencia de los actos desleales de otros competidores.

Francisco Fernández, profesor y ex director del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, recalcó la distinción entre libre competencia y competencia desleal, especialmente el tratamiento que recibe la competencia desleal en el DL 211, debido a que todo acto que quede al margen de esa norma, en rigor, son delitos civiles, es decir, son conductas llevadas a cabo con dolo que tienen por propósito inferir o provocar un daño o menoscabo en el patrimonio de otro (de un competidor) y, por consiguiente, deben ser sancionadas con las reacciones que el ordenamiento jurídico prevé para ese tipo de conductas, que son la compensación o el resarcimiento de los daños provocados.

Para el representante del Instituto Libertad y Desarrollo, Sebastián Soto, la competencia tiene una gran importancia en la economía actual, entre otras cosas, porque incorpora al mercado mejores precios, ya que en la medida en que hay competencia, tienden a bajar los precios, esto ocasionado por que las empresas u oferentes compiten

por ganar clientes, los cuales además aumentan, y mejora la calidad de los productos.

Esto protege a los consumidores y a los trabajadores, a los primeros debido a que pueden participar consumiendo un producto, pero si ese producto no es de calidad, se pueden cambiar a otro similar o a uno sustitutivo. Y a los trabajadores ya que, ante un empleador que no cumple con sus obligaciones laborales, pueden cambiarse de trabajo.

En su opinión, un proyecto de ley que busca regular la competencia desleal siempre debe tender a que exista mayor competencia en el mercado, y que por lo mismo, no inhiba la competencia existente. Desde este punto de vista, el proyecto, en la forma que venía propuesto, no lograba este objetivo, ya que sus disposiciones podrían inducir a una conducta tal entre los comerciantes, que en definitiva hubiera menos competencia entre ellos, lo que iría en detrimento de las posibilidades de los consumidores para beneficiarse de mejores y variadas opciones para comparar precio y calidad, y así optar por lo que crean más conveniente a sus intereses.

En definitiva, participamos de la naturaleza civil de la competencia desleal, el tratamiento de la misma debía abordarse desde la perspectiva de un delito civil, pues de lo que se trata es de reparar el daño sufrido por el competidor víctima de un acto de competencia de desleal, para lo cual debía someterse este tema a un régimen especial de responsabilidad civil extracontractual, por lo mismo, no se entiende la incorporación en el texto de la ley del artículo 10, el cual establece la posibilidad, bajo ciertas circunstancias, que el Fiscal Nacional Económico requiera al TDLC la aplicación de multas a los infractores de la ley, la cual, señala el artículo, es a beneficio fiscal. Esto último desvirtúa completamente la naturaleza de la competencia desleal, pues compromete el interés del

fisco en una cuestión que corresponde al ámbito privado de las relaciones mercantiles.

3.2.3. Críticas al Proyecto de Ley

En primer lugar se señaló que el proyecto era innecesario, pues regulaba materias que ya contaban con un tratamiento especial en nuestra legislación, así la finalidad de la ley era proteger a competidores, consumidores y en general a cualquier persona afectadas en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

El Instituto Libertad y Desarrollo en la Revista "Temas Públicos", criticó ésta amplitud pues inducía a error al incorporar a consumidores y a terceros en general, en una ley que únicamente debiera tener por objeto permitir el libre desarrollo de la competencia leal entre competidores, asumiendo que tanto los consumidores como los demás terceros ya contaban con mecanismos legales de protección, derivados de la ley de protección a los consumidores y las leyes de propiedad industrial e intelectual.¹³³

Otra crítica decía relación con el concepto de competencia desleal, pues según algunos era demasiado amplio y poco taxativo, siendo necesario delimitarlo aún mas, pues tal cual se presentaba en el proyecto, y a la postre, tal cual fue publicado, dejaba en manos de los jueces civiles la responsabilidad de definir que se entiende por competencia desleal, quienes al no ser especializados, carecen del conocimiento técnico necesario para llevar a cabo esta labor, cuestión que se habría salvado entregando la competencia de estas causas a tribunales técnicos especializados, o bien al mismo TDLC constituido en una sala especial, alternativa que hubiera

¹³³ Instituto Libertad y Desarrollo, "Nueva Regulación de la Competencia: Un Proyecto Innecesario", Revista Temas Públicos, N° 763, 24 de Marzo de 2006, disponible en http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3808/deploy/TP-763-Nueva%20regulacion%20a%20la%20competencia%20Un%20proyecto%20innecesario-24-03-2006.pdf

contribuido enormemente a definir y uniformar la jurisprudencia en esta materia.

La Cámara de Comercio de Santiago también auguro un negativo impacto de este proyecto, puesto que generaría duplicidad de regulaciones, aumentando los costos, litigios e inhibiendo la competencia leal.

Respecto al aumento de la judicialización y de los costos, argumentaron que con esta regulación las empresas intensificarían los gastos debido a los mayores riesgos de enfrentar demandas en virtud de esta ley, dejando el proyecto la puerta abierta a la presentación de denuncias excesivas y sin fundamento, "creando incentivos para desviar a los competidores de su gestión de negocios hacia la búsqueda de elementos para denunciar a su competidor".¹³⁴

Enfatizaron que el tema afectaría mayormente a las pequeñas y medianas empresas, las cuales en plena etapa de expansión podrían verse afectadas con denuncias o demandas infundadas.

En este último punto presentamos una discrepancia con el gremio, pues consideramos que la iniciativa legal mas que afectar a las conocidas "pymes" (pequeñas y medianas empresas), les crea un marco de protección que no tenían antes, recordemos aquellos casos de competencia desleal presentados bajo el imperio del DL 211, claros ejemplos de deslealtad concurrencial que afectaban a pequeñas empresas que quedaban sin sanción por no tener quien los ejecutaba una posición dominante en el mercado de que se trataba.

¹³⁴ Cámara de Comercio de Santiago, texto disponible en página web www.ccs.cl/ccs/Portals/17/descargas/comunicados_prensa/competencia%20desleal%2025-03-06.doc

3.3. Concepto de Competencia Desleal

La moción entregaba un concepto de competencia desleal, la definía como "toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas", considerando desleal "toda conducta que tenga por objeto inducir al público a error sobre la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos".

Además contemplaba una presunción, al considerar como actos de competencia desleal, en el mercado nacional, aquellos que, de acuerdo con las circunstancias del caso, se revelan objetivamente idóneos para:

- Mantener o incrementar la participación, propia o de un tercero, en el mercado,
- Poner barreras al ingreso,
- Impedir un legítimo y natural aumento de participación en el mercado y,
- Eliminar agentes partícipes en el mercado.

Esta última situación fue muy discutida en la Comisión de Economía, y en este aspecto compartimos la crítica efectuada por el Instituto Libertad y Desarrollo, toda vez que los supuestos que servían de base a la presunción eran difusos y cuestionables, por ejemplo, el mantener o incrementar la participación, propia o de un tercero en el mercado, es un acto que de por sí buscan los operadores de mercado, y que conforme la redacción del proyecto, si una empresa buscaba mantener o incrementar su posición en el mercado, se presumía competencia desleal, sin que el proyecto tuviera delimitación alguna entre el aumento

legítimo y natural de la posición de mercado y el mantenimiento o incremento desleal de la misma.¹³⁵

El proyecto despachado por la Cámara Baja eliminó la presunción, manifestando que era peligroso sostener tal normativa, pues se podría afectar a los micros y pequeños empresarios, ya que estos podían no cumplir sus obligaciones (pensemos por ejemplo, en el pago de las obligaciones a sus proveedores), aunque no desearan infringir la ley.

Sin embargo no se perfeccionó el concepto, quedando la norma del artículo 3° redactada de forma tal que definía la competencia desleal como "toda conducta contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o a la práctica honesta en materia industrial o comercial, que tenga por objeto desviar clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos", manteniendo, como vemos, la vaguedad en la definición, pues es de la esencia de la actividad comercial que los agentes busquen desviar clientela a su favor, por lo que toda actividad de este tipo quedaría tipificada como desleal.

En el segundo informe de la Comisión de Economía se presentaron indicaciones respecto a este artículo 3°, proponiendo los senadores García, Cariola y Orpis reemplazarlo por el siguiente: "En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a las buenas costumbres comerciales que por medios ilegítimos persiga desviar clientela de un agente de mercado".

En la discusión, el Senador Orpis señaló que algunos autores estimaban que el concepto de "buenas costumbres", no tiene una interpretación sistemática y homogénea a través del tiempo, planteando que podría existir mayor certeza si se utilizara el concepto de "buena fe".

¹³⁵ Instituto Libertad y Desarrollo, "Competencia Desleal", Revista Temas Públicos N° 731, 15 de Julio de 2005, disponible en <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3356-03/588.pdf>

El Profesor Enrique Barros Bourie indicó que, en su opinión, se prefirió no hablar de "buena fe", pues se trataba de un concepto que se ha desarrollado básicamente en el ámbito de la doctrina del contrato, y que el concepto de buenas costumbres, en cambio, si bien está en el ámbito del contrato, tiene un valor expansivo.

La Comisión estimó que las expresiones "buena fe" o "buenas costumbres", recogían adecuadamente el espíritu de la norma, eliminando la referencia a la expresión "comercial", quedando así en el texto definitivo. Esta modificación otorga mayor amplitud al concepto y posiciona la competencia desleal como un mecanismo colaborador o auxiliar del derecho antimonopolico, al alejar la materia del ámbito exclusivamente comercial y dotarla de un carácter social acorde a las nuevas tendencias.

Finalmente se optó por definir la competencia desleal en el artículo 3º, complementando el concepto con una enumeración no taxativa de prácticas que de por si son consideradas de competencia desleal, las cuales quedaron contempladas en el artículo 4º de la ley.

El concepto general que entrega la ley define la competencia desleal como *"toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado"*.

De este concepto se pueden obtener los requisitos que la ley exige para estar en presencia de un acto de competencia desleal, a saber:

- Realización de una conducta (positiva o negativa);
- Que dicha conducta sea contraria a la buena fe o a las buenas costumbres;
- Que la conducta se realice por medios ilegítimos;
- que el empleo de medios ilegítimos se efectúe con el objeto de perseguir desviar la clientela de un agente del mercado.

Esta definición es amplia, y exige ser analizada, precisada y delimitada por la doctrina y la jurisprudencia.

De partida, el objetivo de la actividad comercial es lograr atraer al cliente, lo cual implica que estos se trasladen o migren de un competidor a otro. La libre competencia es la base de esta lucha entre competidores, lucha que se da fuerte y despiadadamente, pero que debe presentarse en forma leal, es decir, en forma legítima.

El propósito de esta lucha es precisamente perseguir la desviación de la clientela de un competidor a otro, entendiendo por clientela el "conjunto de personas que habitualmente contrata servicios o bienes en un establecimiento determinado".¹³⁶

Como vemos, la conducta es "perseguir"¹³⁷, por lo que es posible que el hechor ni siquiera logre en forma efectiva la desviación de clientela, si no que basta con que su actuar "persiga" tal objetivo, lo cual transforma la conducta en un ilícito de "peligro", pues lo que se está exigiendo es que la conducta sea idónea o apta solamente para ocasionar el daño o perjuicio de que se trata, sin necesidad de demostrar, en concreto, su efectividad para ocasionar tal perjuicio.

Para nuestro legislador, este objetivo no se consigue legítimamente en la medida que se empleen medios ilegítimos, esto es, contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres, recurriendo a este criterio subjetivo de valoración de las conductas desleales.

Es por esto que llama la atención que se exija copulativamente que la conducta se realice con mala fe y además por medios ilegítimos, incurriendo la ley, en opinión de la profesora Marisol Ortíz, en una tautología, pues "si el actuar del ofensor es contrario a la buena fe o

¹³⁶ Spolansky, Norberto Eduardo, Op. Cit. Pág. 24.

¹³⁷ Según el Diccionario de la RAE, la cuarta acepción de perseguir es: "tratar de conseguir o de alcanzar algo".

a las buenas costumbres, es lógico pensar que el medio utilizado ha sido ilegítimo, de lo contrario se llegaría al absurdo de pensar que si se ha actuado con mala fe y en contra a las buenas costumbres, pero por medios legítimos, entonces no se configurara una conducta desleal en el mercado".¹³⁸

En este mismo sentido, el profesor González Iturria recuerda que la base constitucional de esta materia se encuentra en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, dicha disposición asegura a todas las personas *"el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"*, de este modo *"el ejercicio de la actividad económica, y de competir legítimamente en el mercado, queda limitado a que se respete la moral, concepto dentro del que cabe incluir la buena fe y las buenas costumbres exigidas por la ley como condición para la competencia desleal"*.¹³⁹

Sin embargo, una interesante visión manifiesta Tomás Menchaca, profesor y actual Ministro del TDLC, quien tratando de encontrar algún sentido a la exigencia de ilegitimidad del acto, señala que el legislador intento dejar en claro que *"los actos de competencia son legítimos, aun cuando persiguen desviar clientela de un agente de mercado"*.¹⁴⁰ Es por esto que se intento subrayar que debe existir deslealtad en la utilización de medios ilegítimos, de lo contrario, cualquier práctica competitiva podría caer dentro del concepto de competencia desleal, lo cual presentaría serios problemas prácticos, pues se confundirían actos completamente lícitos de competencia en el mercado, con actos desleales sancionados por la ley.

¹³⁸ Ortíz Padilla, Marisol, Op. Cit.

¹³⁹ González Iturria, Marco Antonio, Op. Cit. Págs. 19 y 20.

¹⁴⁰ Menchaca Olivares, Tomás, "Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley 20.169", en "Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007", Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, Pág. 39. Año 2007.

Conviene a su vez precisar que el artículo 3º no exige culpa para configurar la conducta, si no que el actuar del competidor debe ser con dolo o con mala fe, pues resulta incompatible el "perseguir desviar clientela de un agente del mercado" a través de algún descuido o negligencia (formas de culpa), de ahí que se exige para configurar la conducta que el autor la realice queriendo, buscando la realización del mismo.

De todas formas entendemos que esta cuestión es irrelevante a la luz de la responsabilidad civil extracontractual, pues lo que interesa es que se produzca un daño o al menos exista una amenaza de producción del mismo, al margen de la intencionalidad del autor de ilícito.

En este punto, entendemos que la ley toma como fundamento de la responsabilidad extracontractual la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, en virtud de la cual surge la obligación de indemnizar el daño causado por el sólo hecho que la conducta sea idónea o apta para producir el daño, o que éste efectivamente se haya verificado, suprimiendo el elemento moral de la responsabilidad, es decir, sin importar si hubo dolo o culpa, bastando con comprobar la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

De este modo la ley logra sintonizar armónicamente con los criterios modernos de configuración del ilícito de deslealtad concurrencial, los cuales como sabemos, centran la represión y sanción de las conductas desleales en la antijuridicidad de la misma, en la contrariedad con la buena fe y las buenas costumbres, y en el resultado peligroso o dañoso de la conducta.

Con el objeto de salvar la falta de precisión del concepto general, nuestro legislador enumera una serie de conductas no taxativas que constituyen competencia desleal. En efecto, la volatilidad de la actividad mercantil, su

carácter cambiante y mutable, hicieron que se optara por un concepto amplio y general, pero por contrapartida, se incorporo esta lista, para ayudar a delimitar el concepto de competencia desleal.

En las legislaciones foráneas se ha adoptado este sistema, España, Colombia, Perú, cuentan en sus respectivas leyes con una cláusula general prohibitiva de competencia desleal, seguida de un listado no taxativo de actos desleales específicos, lo cual es trascendente pues evita que la protección contra la competencia desleal pase al olvido, quedando obsoleta a raíz del constante y vertiginoso desarrollo de nuevas prácticas mercantiles.

Sin embargo, dichas legislaciones entregan el conocimiento de las causas sobre competencia desleal a organismos técnicos especializados, que se encuentran servidos por jueces con preparación suficiente para poder aplicar conceptos específicos de carácter económico y mercantil, lo cual no ocurre en Chile.

Es por este último punto que estamos de acuerdo con lo que manifiesta el profesor Menchaca, quien estima que la solución empleada por el legislador de la ley 20.169 no es correcta, pues debió haber redactado un listado general de conductas, pero de carácter taxativo, básicamente por que la competencia para conocer de las acciones establecidas por ley está entregada a los tribunales ordinarios, jueces civiles no especializados, de gran número en el país y que pueden presentar diferentes criterios a la hora de resolver estas causas. Para el profesor Menchaca, establecer un listado taxativo "evitaría el riesgo de que un juez pueda estimar como actos de competencia desleal alguno de aquellos que hoy son considerados absolutamente legítimos o incluso deseables desde el punto de vista de la libre competencia y además les facilitaría su tarea".¹⁴¹

¹⁴¹ Menchaca Olivares, Tomás, Op. Cit. Pág. 38.

3.3.1. Conductas Desleales Particulares

Siguiendo al profesor Mauricio Tapia Rodríguez, este listado que entrega el artículo 4° de la ley, se puede clasificar en los siguientes grupos:¹⁴²

A. Actos de Confusión: Art. 4° letra a) *"Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero"*.

Esta figura se encuentra en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, la cual contempla un ilícito parecido en perjuicio de los consumidores. También se encuentran prohibidos los actos de confusión en el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París.

El tipo específico contemplado en la ley 20.169 se perfecciona en la medida que el competidor provoque confusión en la clientela haciendo pasar sus productos como si fueran de otro competidor, aprovechándose en forma indebida de la reputación de otro, con el objeto de desviar la clientela. Por ejemplo: un producto que es presentado como propio, pero que en realidad es fruto de una imitación,

B. Actos de Engaño: Art. 4° letra b) *"El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las*

¹⁴² Tapia Rodríguez, Mauricio, "Responsabilidad Civil por actos de Competencia desleal", en "Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007", Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, Págs. 89, 90,91. Año 2007.

ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos".

En este caso estamos en presencia de un competidor que no presenta su producto o servicio acorde a lo que realmente es, es decir, falsea la realidad, induciendo con esto al cliente a adquirir dicho producto o bien, y en contrapartida, a no adquirir los de su competidor. Por ejemplo: Un empresario de comidas para mascotas presenta una publicidad, en la cual señala que sus alimentos en *pellets* para mascotas están elaborados 100 por ciento en base a carne de primer nivel, tipo V, absolutamente natural.

Cabe mencionar que esta conducta ya se encontraba contemplada en el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París, pero reducida a actuaciones efectuadas "en el ejercicio del comercio", siendo la redacción de nuestra ley de mayor amplitud.

C. Actos de Denigración: Art. 4º letras c) y d) "*Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva*".

"Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado".

Tanto la letra c) como la letra d) contienen casos de actos denigratorios o de desprestigio, la diferencia está en que la letra c) se refiere más bien al producto, a la calidad del mismo, por ejemplo: se señala que el producto

de la competencia es una porquería, sin mayores estudios ni referencias objetivas. En cambio, la letra d) es un ataque a la persona del competidor, no aceptando la excusa de ser verdaderas las imputaciones. Un ejemplo: "No compre ese pisco por que está elaborado en Perú".

La Comisión Resolutiva tuvo en su momento mucha claridad respecto de la publicidad denigratoria, manifestó en una resolución: "en la estrategia competitiva, la publicidad no puede tener como objetivo el desprestigiar a un competidor, induciendo a errores a los consumidores".¹⁴³

D. Publicidad Comparativa: Art. 4° letra e) "*Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley*".

Este tipo de publicidad es lícita, pues ayuda a subsanar la asimetría de información existente en el mercado, proporcionando una mayor información a quienes, por su situación, carecen de la misma: los consumidores, sin embargo la publicidad comparativa debe estar sustentada en afirmaciones veraces, objetivas y demostrables. No puede darse una publicidad caprichosa. Por ejemplo, la publicidad comparativa entre cadenas de farmacias, una de ellas señala que tiene los precios más bajos del país, pero no acredita la lista de medicamentos ni fija estándares comparativos objetivos reales.

¹⁴³ "Conductas de Competencia Desleal y Atentados contra la Libre Competencia", documento de la Fiscalía Nacional Económica, Exposición Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007, Pág. 10, disponible en:

[http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/7c670580acb788f88425733e007132d6/4f6a41dfd5032b5a842572c9006e8597/\\$FILE/Com%20desleal%20UAI.pdf](http://mail.fne.cl/db/actualidad.nsf/7c670580acb788f88425733e007132d6/4f6a41dfd5032b5a842572c9006e8597/$FILE/Com%20desleal%20UAI.pdf)

El texto de la Resolución 423/1994, con especial atención a los considerandos 3° y 4° de la causa "Ondac Chile con Almarza Morales", se encuentra disponible en [http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/d642e79af3da1b6a08256e1b0009a31a/\\$FILE/Doc0003.PDF](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/d642e79af3da1b6a08256e1b0009a31a/$FILE/Doc0003.PDF)

Tampoco debe existir una publicidad irracional, el profesor Mauricio Tapia da un buen ejemplo en esta materia: "Ocho de cada diez gatos prefieren whiskas".¹⁴⁴

En este sentido, la Comisión Resolutiva, conociendo una denuncia formulada por Atika S.A. en contra de la Sociedad Cerámicas Cordillera por actos de publicidad comparativa engañosa, señaló: "La publicidad comparativa beneficia a los consumidores al incrementar la información disponible en el mercado siempre y cuando ésta sea veraz y objetiva".¹⁴⁵

F. Inducción al incumplimiento de contratos: Art. 4° letra f) "*Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor*".

Este ilícito pretende evitar que la actividad de los competidores se lleve a efecto interfiriendo en la actividad empresarial de los demás, y viene a reemplazar a lo que en derecho comparado y doctrina se conoce como "actos de desorganización del competidor", figura de carácter general en relación con el ilícito en comento. Un ejemplo de la inducción al incumplimiento de contratos se presentaría en el caso que un competidor persuadiera al obligado a cumplir un contrato, pensemos en un cantante, (deudor de una obligación de hacer), ofreciéndole mejores condiciones contractuales, para que no brinde un concierto contratado en forma exclusiva por otro competidor.

G. Abuso de acciones judiciales: Art. 4° letra g) "*El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales*

¹⁴⁴ Tapia Rodríguez, Mauricio, Op. Cit. Pág. 88.

¹⁴⁵ "Conductas de Competencia Desleal...", *Ibidem*. El texto de la Resolución 381/1992, causa caratulada "Atika S.A. con Cerámicas Cordillera S.A.", se encuentra disponible en [http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/5a7faa143d3cbf1408256e1b00706114/\\$FILE/Doc0024.PDF](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/5a7faa143d3cbf1408256e1b00706114/$FILE/Doc0024.PDF)

con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado".

Esta última conducta de competencia desleal se refiere al comportamiento procesal de un competidor, en orden a accionar con el sólo objeto de impedir, restringir o entorpecer las actividades mercantiles de otro competidor. Por ejemplo, una empresa ejerce una acción de protección, de carácter constitucional, puesto que considera que el actuar de otro competidor limita su derecho a desarrollar actividades económicas garantizadas por la Constitución, pero en el fondo lo que intentaba era establecer barreras a la entrada de algún producto a fin de conservar su posición de dominio en el mercado, y dicha acción es declarada inadmisibile por la Corte de Apelaciones respectiva, por manifiesta falta de fundamento.

Esta situación ya estaba recogida en la resolución 169 del año 1984 de la Comisión Resolutiva, que conociendo una denuncia de la industria de gas, Indugas S.A., en contra de la Compañía Chilena de Fósforos S.A., por un caso de barreras a la entrada, sostuvo que "comete abuso de la posibilidad de ejercer acciones legales quien lo hace con el único objetivo de entorpecer o restringir la competencia en un mercado".¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Ídem.* Pág. 11. El texto de la Resolución 169/1984 se encuentra disponible en [http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/978a97132b7dd48108256e1b0072c361/\\$FILE/Doc0014.PDF](http://mail.fne.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/978a97132b7dd48108256e1b0072c361/$FILE/Doc0014.PDF)

3.3.2. Breve referencia a la Competencia Parasitaria

Nos parece relevante dedicar algunas líneas a este tipo de competencia, la cual se caracteriza por ser llevada a efecto por agentes que no compiten entre ellos, esto es, que pertenecen a diferentes mercados, pero uno emplea la marca, denominación, figura, forma, etc. de otro diferente, para distinguir sus productos, y así lograr ventas que de otra manera no obtendría.

Pensemos en un caso de fantasía, una marca reconocida a nivel mundial, "Casio", especializada en relojes y artículos electrónicos, es empleada por un productor de bebidas gaseosas, quien denomina "Casio" a su nueva línea de refrescos para jóvenes. No hay duda que esta última empresa se está aprovechando de la reputación de la otra compañía, lo cual es criticable y reprochable.

En la mayoría de los países estas conductas se sancionan, pues si bien no persiguen desviar clientela, ya que las empresas no comparten el mismo mercado, si es efectivo que la empresa que realiza estos actos se está aprovechando en forma indebida de la reputación ajena, aunque la víctima no sea su competidor.

En nuestro país ésta figura no se trató en la ley 20.169, no obstante podría pensarse que si se encuentran regulados al tenor de la redacción de la norma del artículo 4º letra a) referida a los actos de confusión, pero no hay que olvidar que la enumeración debe interpretarse conforme la cláusula general del artículo 3º, y en este sentido entendemos que las llamadas conductas parasitarias no cumplen con los requisitos establecidos en dicho artículo, pues no persiguen desviar clientela, en definitiva no hay competencia, pero no por ello dejan de ser sancionadas, pues es perfectamente perseguible la responsabilidad vía indemnización de perjuicios en sede extracontractual, o bien desde la perspectiva de la propiedad industrial.

3.4. Ámbito de Aplicación de la Competencia Desleal

Sin dudas este fue el tema de mayor importancia discutido durante la tramitación del proyecto de ley, pues en estricto rigor la idea de competencia desleal ya se encontraba recogida en la legislación sobre libre competencia y en la ley del consumidor, de modo que la forma en que se iba a delimitar el campo de aplicación de esta norma con las ya existentes y que regulaban otras materias, paso a ser un tema de capital significación.

En cuanto al ámbito objetivo: el artículo primero del proyecto aprobado por la Cámara Baja establecía que el objeto de la ley era *"sancionar los actos de competencia desleal relativos a bienes y servicios que se transan en el mercado nacional, realizado por cualquier agente que opere en él, en calidad de prestador de servicios o de productor, distribuidor o proveedor de bienes"*.

Como ya hemos advertido, la norma así redactada no establecía el carácter reparatorio y restaurador, propio de una institución de naturaleza civil, como es la competencia desleal, si no que remarcaba el carácter sancionatorio de la misma.

Tampoco hacía mención a la protección de los derechos de los consumidores, siendo esta norma modificada en el Senado en los términos actuales, fundándose en los criterios modernos del derecho comparado, en orden a que "los protegidos por las leyes que sancionan la competencia desleal no sólo son los competidores" y que "la represión de la competencia desleal se justifica en la cautela de diversos bienes jurídicos, entre ellas la protección del consumidor, la cautela de la propiedad intelectual e industrial y la libre competencia".

En opinión del profesor Javier Velozo, dado que el proyecto adopta el modelo profesional o corporativista, "debería establecerse en este artículo, como requisito de

existencia de una práctica desleal, la ocurrencia de un perjuicio patrimonial para los competidores afectados y la necesidad de acreditar el nexo causal entre el acto ilícito y el perjuicio".¹⁴⁷

Entendemos que el perjuicio patrimonial del que habla el profesor Velozo estaría constituido por la pérdida de clientela que sufriría el competidor afectado por una conducta de competencia desleal.

El artículo finalmente incorpora a los consumidores y a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos, con esto se excluye el elemento relación de competencia que tradicionalmente se exigía entre el sujeto activo y la víctima de la conducta desleal, salvo en un caso que veremos mas adelante, respecto de las asociaciones gremiales como titulares de las acciones contempladas en la ley.

Incorporar a la tutela de la ley a los consumidores provocó un problema, cual es la superposición normativa o concurso de normas, a saber, aquellas conductas coincidentes que afectan diversos intereses protegidos por normas también diversas.

Veamos como se presenta esta situación: en un primer momento, el artículo 3º señalaba "La presente ley se aplicará para los casos de competencia desleal que estén fuera del ámbito de actuación del TDLC o correspondan a las situaciones contempladas en la ley de Protección de los Derechos de los Consumidores".

Durante el primer trámite en la Comisión de Economía se leyó una indicación de los diputados señores Saffirio, Ortíz, Tuma, Errázuriz, Uriarte y Molina, para reemplazar el artículo 3º, que pasa a ser 2º, por el siguiente: Artículo 2º: "Esta ley se aplicará para los casos de competencia desleal que estén fuera del ámbito de actuación

¹⁴⁷ Velozo A. Javier. Op. Cit. Págs. 46-47.

del TDLC, contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, o de aplicación de la ley N° 19.496, que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores".

Esto último se conecta con el carácter residual que se intento dar a esta normativa, el diputado Saffirio en la discusión de la Cámara, recalcó que debía quedar muy claro este carácter, vale decir, "que se trata de sancionar la competencia desleal cuando no atenta contra la libre competencia, porque en la legislación chilena ésa es materia que debe ser conocida por el TDLC; cuando se afecta a un productor y no a un consumidor, porque en ese caso la mayoría de las conductas están contempladas en la ley del consumidor y que las disposiciones de esta normativa no colisionarán con normas muy específicas y altamente complejas, desde el punto de vista técnico, relacionadas con la propiedad intelectual e industrial".

La norma se discutió, estableciendo el legislador otorgar una opción al sujeto legitimado activamente, pues como se señalará mas adelante, es el actor quién elegirá, ante un acto que afecte la competencia desleal, la libre competencia, los derechos del consumidor o la propiedad intelectual o industrial, que régimen normativo empleará para salvaguardar sus intereses conculcados.

En definitiva la norma del artículo 2° de la ley 20.169 establece:

Artículo 2°: *"Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones:*

a) Las reguladas en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y

sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

b) Las reguladas en la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

c) Las reguladas en la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, o en la ley N° 19.039, sobre propiedad industrial".

Como vemos, nuestro legislador contempla la posibilidad de que una misma conducta pueda ser conocida y sancionada al mismo tiempo por cuatro cuerpos legales distintos, entendemos que no se trata de que una misma conducta configure varios ilícitos simultáneamente, si no que simplemente la conducta es sancionada por varios cuerpos legales, por ejemplo, una publicidad engañosa, sancionada por la ley 19.496, y que a la vez configure un ilícito de competencia desleal.

Ante esta situación, la ley 20.169, como ya señalamos, da una opción al sujeto activo, quien podrá perseguir la reparación del daño causado por la vía que mas le convenga, previa evaluación estratégica de la situación, optando ya sea por las acciones que establece el DL 211, o la Ley 19.496, la ley 19.039 o la ley 17.336, según sea el caso.

La única limitante viene dada por la posibilidad de ejercer la acción de indemnización de perjuicios, pues en este caso el sujeto activo sólo podrá obtener la reparación por un sólo camino, tal como lo señala el artículo 6° inciso 2° de la ley.

Respecto al ámbito subjetivo: en esta materia nos interesa conocer quienes se encuentran por ley en la situación de poder ejercer las acciones conferidas y contra quienes se pueden ejercer.

En este sentido, se encuentran legitimados para accionar, conforme al artículo 1° de la ley: "cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de

competencia desleal", éste artículo, complementado con el artículo 6º, el cual exige que la víctima de actos desleales haya sido directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal, nos presenta los requisitos que deben cumplirse para ejercitar las acciones que confiere la ley en el artículo 5º letras a) a d), o sea, la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo, la acción declarativa, la acción de remoción de los efectos del acto y la acción de indemnización de perjuicios.

Sintetizando, podrá ejercer las acciones establecidas por la Ley:

- cualquiera: entendemos que puede ser una persona natural o jurídica, no se exigen calidades especiales, tales como ser empresario, comerciante o agente de mercado.

- que haya sufrido directa y personalmente: esto dice relación con la necesidad de acreditar el impacto que significó en su situación patrimonial, las consecuencias del acto desleal.

- amenazas o perjuicios: lo cual está vinculado con el daño real y efectivo, material o moral, no hipotético, sino que demostrable. En relación a los perjuicios susceptibles de ser indemnizados, estos comprenden la reparación de perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante y también del daño moral.

- intereses legítimos: de la víctima del acto desleal, se trata de intereses dignos de tutela jurídica, considerándose tales tanto aquellos que tienen un carácter pecuniario, como también moral.

- finalmente esta afectación viene dada por un acto de competencia desleal: se trata de aquellos descritos por la Ley en forma genérica o bien particular.

Agrega el artículo 6º inciso final, a las asociaciones gremiales que tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes de mercado, quienes podrán interponer,

en intereses de sus miembros lesionados por un acto de competencia desleal, las acciones de las letras a) a la c) del artículo 5º, esto es, todas las mencionadas anteriormente, con excepción de la acción de indemnización de perjuicios.

En resumen, la ley dispone dos clases de legitimación activa, una de carácter individual y otra de carácter colectivo, a saber, la primera de ellas es amplia y corresponde a cualquier persona, natural o jurídica que reúna los requisitos que ya vistos establecidos en el artículo 6º de la ley. La segunda en cambio, corresponde a las asociaciones gremiales, en este caso si existe una relación de competencia, pues se exige por ley que estas agrupaciones gremiales tengan por objeto la defensa de los intereses de agentes del mercado.

Esto no es menor, tomando en cuenta que existe un fuerte movimiento de asociaciones que velan por intereses de un grupo determinado, por ejemplo de los consumidores, ayudado esto por la modificación de la ley del consumidor del año 2004 (Ley 19.955), que facilita los requisitos para formar tales asociaciones.

La legitimación pasiva no se encuentra regulada en la ley, no hay norma expresa que se refiera a ella, a diferencia de lo que ocurre en España, en donde las acciones pueden dirigirse "*contra cualquiera que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado en su realización*"¹⁴⁸, siendo esta idea la que debería adoptarse en nuestro régimen.

¹⁴⁸ Artículo 20.1, de la Ley, 3/1991, de Competencia Desleal española.

3.5. Competencia Desleal y otras ramas del derecho

Para finalizar, y en estrecha relación con el punto anterior, presentaremos algunos tópicos a tener en cuenta en la práctica al momento de presentarse cuestiones relativas a la aplicación de la ley 20.169 con otras normas que establecen estatutos particulares de protección de los derechos, centrándonos exclusivamente en la ley 20.169 y su relación los derechos de propiedad intelectual y los derechos de los consumidores, ya que engloba de buena forma el concepto de competencia desleal y su ámbito de aplicación, obrando como una especie de epílogo, previo a las conclusiones de este trabajo.

La relación con la libre competencia creemos que ha quedado clara al tratar el tema a lo largo de este trabajo, enfatizando únicamente que la ley 20.169 sanciona aquellas conductas desleales que no afectan la libre competencia, esto es, todos aquellos casos que no quedaban cubiertos por el DL 211, es decir, las prácticas de competencia desleal que buscaban impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, pero que no eran realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en un determinado mercado. Todas aquellas prácticas de competencia desleal que no tengan ese objeto, son cubiertas por la nueva ley.

En el evento que las conductas afectaran la libre competencia en los términos señalados en el DL 211, podría aplicarse aquel cuerpo normativo, cuestión a la que hace referencia la ley 20.169 en su artículo 2°.

3.5.1. Propiedad Intelectual e Industrial y ley 20.169

El problema que se presentaba antes de la entrada en vigencia de la ley 20.169 era el concurso de normas que podía producirse en aquellos casos en que un invento o creación había sido registrado en el DPI, quedando amparado por las normas de la ley 19.039 y la ley 19.336.

La ley 20.169 se hizo cargo de este problema y, como ya hemos señalado, resolvió la situación en el artículo 2º, permitiendo ampliar la protección de conductas no cubiertas por la propiedad industrial e intelectual, pero que no debían quedar sin tutela jurídica.

Así, en aquellos casos en que se perpetren atentados contra la propiedad intelectual o industrial, y que también sean atentatorios a la competencia desleal, por ejemplo la explotación de secretos industriales obtenidos por medios ilícitos, el legislador resuelve dar la opción al afectado para que elija por que ordenamiento hacer efectiva la responsabilidad del hechor.

Lo que se reconoce en virtud de este artículo 2º es que toda infracción a la propiedad intelectual e industrial constituye un acto de competencia desleal, aunque la misma conducta sea sancionada en forma expresa por las leyes 19.039 y 17.336, pero no toda conducta desleal de competencia constituye infracción a las normas de propiedad intelectual, comprendidos en éstas el derecho de autor y la propiedad industrial, de ahí la relevancia de contar con una norma como la de la ley 20.169.

Pero vayamos a casos prácticos, respecto a los derechos de autor, el artículo 18 de la ley 17.336 otorga protección al titular del derecho para utilizar la obra en alguna de las formas allí descritas, lo cual se complementa con el artículo 14 que otorga al autor la titularidad exclusiva de los derechos morales. Ahora bien, el uso de la obra conforme al señalado artículo 18 es exclusivo de su titular, y para que un tercero viole tal norma debe

efectuar alguna de las conductas allí descritas, que rayan todas en verdaderas copias exactas del trabajo ajeno, pues debe ejecutar un acto que busque desviar clientela de otro competidor, haciendo creer al público consumidor que los bienes o servicios ofrecidos son iguales que los de otro competidor. Esto está expresamente sancionado por la ley 17.336, pero ¿que ocurre en el evento que dicha copia no sea tal, si no que el competidor "toma ideas" de otro, haciéndolas suyas?

Estimamos que este caso difícilmente sería sancionado bajo la normativa existente previa entrada en vigencia de la ley 20.169, pues no se encuadraba en las situaciones tipificadas en el artículo 18 de la ley 17.336, pero que ahora se encuentran cubiertas por la ley de competencia desleal, aplicando la cláusula general y la figura especial del artículo 4° letra a).

En materia de propiedad industrial, ésta se encuentra amparada a través del registro de propiedad industrial, en virtud de esto la ley 19.039 protege la creatividad y el llamado "*goodwill*" o "mayor valor", el cual hace referencia al beneficio que se le reconoce a un negocio, por sobre su cotización de mercado, lo que incluye la reputación, el prestigio, el potencial de valor, marcas y su nombre.

Este aprovechamiento de ideas creativas, cuando no constituye infracción a los derechos de propiedad industrial, podría configurar una infracción a la Ley de Competencia Desleal, debido a la amplia definición del artículo 3° de la ley 20.169 y a la conducta desleal del artículo 4° letra a): Aprovechamiento de reputación ajena para inducir a confusión sobre actividades y signos distintivos.

Concluyendo, las ventajas que entrega la ley de competencia desleal en esta materia son las siguientes, a saber:

- protege todos los signos distintivos de una empresa.

- sanciona expresamente el aprovechamiento de la reputación ajena.

- sanciona el menoscabo a la imagen o marca de una empresa.

3.5.2. Derechos del Consumidor y ley 20.169

Ya hemos visto que los bienes jurídicos amparados por ambas ramas del derecho son distintos, pero el hecho es que se incorporó a los consumidores como objeto de protección y desde este punto de vista debe analizarse como se consagra y como se materializara la defensa de los derechos de los consumidores al tenor de la ley 20.169.

La ley 19.496 en general, regula la relación entre proveedores y consumidores, estableciendo un estatuto de derechos y deberes de ambos, y sanciones para los proveedores toda vez que incumplan las normas.

Según ya vimos, con la reforma del año 2005 se incorporo a la ley 19.496 el artículo 28 A, que señala:

Art. 28 A: "Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores".

Antes que todo se debe indicar que la ley del consumidor sanciona esta conducta desleal no por el hecho en si mismo de ser desleal, si no por la circunstancia de producir confusión a los consumidores, afectando la libre escogencia, la cual es vital en un sistema de libre mercado, con esto se violenta un estatuto especial: la ley 19.496.

Del mismo modo que la ley 20.169 sanciona aquellas conductas desleales que afecten a los consumidores, no precisamente por esta situación, no por afectar los derechos de los consumidores, si no que el motivo de tal

sanción es justamente la deslealtad de la conducta, es la figura contraria a la buena fe o las buenas costumbres, calificada de desleal conforme la ley, la cual resulta reprochable por el ordenamiento jurídico, por el solo hecho de ser desleal. Reconociendo de esta manera la autonomía de este ilícito y la existencia de una protección diferenciada de los derechos de los consumidores a través de una norma especial.

En el caso específico del artículo 28 A, la sanción al proveedor que comete esta infracción es una multa a beneficio fiscal, en este sentido, tal como señala Andrea Barros Iverson, "el incentivo para que el consumidor inicie el procedimiento casi no existe, salvo que se hayan producido perjuicios, en cuyo caso el consumidor podrá reclamarlos".¹⁴⁹

Por su parte, con la incorporación de los consumidores como objeto de protección de la ley 20.169, se abre la posibilidad a que estos accionen conforme a los mecanismos y procedimiento que establece esta ley, pero para que esto suceda deberán acreditar que efectivamente se han afectado sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

Conforme lo expresa Andrea Barros Iverson, el interés legítimo del consumidor es que el bien o servicio que adquiera cumpla la finalidad para la cual lo compró,¹⁵⁰ sin embargo, esta finalidad es precisamente aquella amparada por la ley 19.496, entonces, ¿cuando se aplicará la ley de competencia desleal?

Partamos por lo que ha resuelto la ley 20.169 que en su artículo 2º, el cual según hemos revisado, da la opción al consumidor afectado a perseguir la responsabilidad del hechor a través de la ley 20.169 o bien de la ley 19.496.

¹⁴⁹ Barros Iverson, Andrea, "Competencia Desleal y Protección al Consumidor", en "Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007", Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 14, Universidad de Los Andes, Pág. 64, Año 2007.

¹⁵⁰ *Ídem*, Op. Cit. Pág. 65.

No obstante, entendemos que la pregunta antes formulada puede responderse teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la competencia desleal, pues si estimamos que ésta es por esencia de orden privado y que por tanto no afecta el interés público, tendríamos que distinguir entre aquellos actos desleales que afectan a los consumidores, que en nuestro parecer saldrían de la esfera esencialmente privada llegando a afectar el interés público, toda vez que no sólo existiría un competidor afectado, si no que también consumidores vulnerados en sus derechos, y aquellas conductas que no los afectan y que se corresponden plenamente con la naturaleza de la competencia desleal.

Respecto a los primeros, pensemos en actos de confusión y de engaño, en dónde un producto es presentado con características que no tiene, falseando el mercado y llevando a los consumidores a preferirlo por sobre otros, ocasionando perjuicio al competidor y a la vez a los mismos consumidores que compraron un producto que no cumplía con lo ofrecido. En este caso, estimamos que los consumidores podrían intentar las acciones que contempla la ley 20.169, aunque sinceramente postulamos que su mejor alternativa estaría dada por el procedimiento que consagra la ley del consumidor, pues allí encontrará un mecanismo mas ágil y desformalizado, llevado ante el Juez de Policía Local, asimismo, en el caso que la sentencia resulte favorable se decretará una multa al infractor y la reparación patrimonial del consumidor si se estima procedente. Cuestión que no ocurre con las acciones que otorga la ley 20.169, pues estas "persiguen, más que nada, la reparación del buen nombre del competidor afectado".¹⁵¹

En cuanto al segundo tipo de actos, pensemos en los actos de denigración, en que el consumidor no se ve

¹⁵¹ *Ídem*, Op. Cit, Pág. 71.

afectado, siendo el directamente perjudicado el competidor, en esta situación afirmamos que el consumidor no puede accionar por vía ley 20.169, quedando estas conductas dentro de la esfera privada de los involucrados en la misma.

En todo caso, en aquellas ocasiones en que no aparezca ningún consumidor afectado por una conducta desleal, o bien no tengan incentivos suficientes para presentar acciones, podrá siempre accionar el SERNAC o alguna asociación de consumidores.

Veamos una situación en que los consumidores, representados por el SERNAC, accionaron fundados en la ley 20.169. Esto ocurrió en Octubre de 2007, el SERNAC denunció a la Justicia la publicidad emitida por la cadena de farmacias Cruz Verde en su campaña "Desafío Cruz Verde", en la que afirmaba tener "Precios bajos sin competencia", y agregaba la frase: "Comprobado, en precios bajos Cruz Verde no tiene competencia".

La denuncia se fundó en que tal publicidad carecía de elementos objetivos que pudieran probarla, infringiendo lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley del Consumidor, en cuanto a que la información que consigne la publicidad de productos y servicios debe ser posible de comprobar y no contener expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Esta denuncia confirmó el criterio aplicado por la Comisión de Autorregulación Publicitaria (CONAR), la cual ya había ratificado su sanción contra Cruz Verde, "por tratarse de una campaña publicitaria que conduce a error o confusión, incitando a los consumidores a tomar decisiones de compra basadas en supuestos erróneos, con absolutos publicitarios que no pudieron ser comprobados y que no

informa restricciones relevantes, entre otros argumentos".¹⁵²

En este caso de competencia desleal, el SERNAC accionó en contra de la empresa que realizó tales actos, por que considero que los consumidores estaban siendo privados de su legítimo derecho a escoger en forma libre e informada los bienes en el mercado.

¹⁵² Disponible en <http://www.sernac.cl/noticias/detalle.php?id=1779>

CONCLUSIONES

Al inicio y durante el desarrollo de este trabajo planteamos que la competencia desleal era una de las dos ramas que reconoce el derecho de la competencia, junto a la libre competencia.

A la vez precisamos la necesidad de que en nuestro país se regulara de manera especial esta materia, pues no contaba con una regulación homogénea, sólo referencias fraccionadas en otras normas, pero sin conformar un ordenamiento del todo completo y uniforme.

Es por esto que celebramos la entrada en vigencia de la ley 20.169, pues viene a llenar un vacío en nuestro ordenamiento jurídico. Creemos que es positiva, no obstante encontrar algunas disposiciones que deberían ser precisadas conforme avancen los tiempos y la jurisprudencia junto a la doctrina hagan su labor en ese aspecto.

Un tema importante es el bien jurídico amparado por la ley 20.169, explicitado en su artículo 1º, el cual es amplio (competidores, consumidores) lo que permite concluir que nuestro legislador siguió los pasos adelantados de otros países (España, Colombia, Perú) que plantean la competencia desleal como una figura complementaria al derecho antitrust, delineando la competencia desleal desde la perspectiva del modelo social.

En este aspecto mostramos una posición contraria, pues creemos que el bien jurídico que protege la competencia desleal es la competencia económica en sí, el orden concurrencial en si mismo, otra cuestión diversa es que los intereses de los competidores, los consumidores y de toda persona afectada por un acto de deslealtad de competencia se vean comprometidos, razón por la cual la ley reconoce una serie de acciones que tienden a prevenir, reprimir y reparar sus intereses conculcados. Pero insistimos, el

objetivo de la disciplina es conservar y promover un orden de competencia libre y no falseado.

El tema de la competencia desleal se plantea siempre en relación a aspectos privados de las relaciones comerciales entre competidores u operadores de un mercado determinado, esto es, constituyen ilícitos que afectan el patrimonio de los competidores, que si bien es cierto, redundan en la afectación de los consumidores finales al lesionar en ciertos casos, como la publicidad engañosa, la libre escogencia y la información suficiente que deben disponer a la hora de adquirir algún bien o servicio, el daño en sí es producido al competidor afectado por la conducta desleal de mercado, debido a que es este quien sufre la huida de la clientela y la consecuente pérdida patrimonial que ésta acarrea, estando por su parte los consumidores ya amparados por la ley 19.496.

En este sentido, la ley emplea el mecanismo de la responsabilidad extracontractual de carácter objetiva, en base al daño o peligro generado y la relación causal entre la conducta y el perjuicio producido, evitando referencias volitivas a la hora de reprimir la conducta desleal.

La ley 20.169 define la competencia desleal, y para ello utiliza como criterio valorativo la buena fe y las buenas costumbres, lo que se encuentra en armonía a la regulación internacional adoptada en la materia. La define a través de una cláusula general, pero no se queda en eso, también nos presenta un listado de conductas "per se" desleales, mecanismo puramente novedoso y muy útil para el juez, que deberá acotar y limitar el concepto amplio de competencia desleal, conforme cada uno de los casos presentados en la realidad, con ayuda de este listado claro y específico, y no taxativo que entrega la ley. Esta mixtura compuesta por la cláusula general y el listado de conductas, lo encontramos positivo, pues la competencia desleal es de aquellos conceptos "válvulas" que insertos en

la actividad comercial, pueden variar con el paso del tiempo.

En relación a esto último, lamentamos el hecho de que esta ley entregue el conocimiento y resolución de los asuntos a los juzgados civiles, pues la justicia ordinaria no cuenta con la especialización y técnica suficiente para conocer de estas materias, de suyo complejas y específicas, estimamos que esto no ayuda a la delimitación del concepto entregado por ley, lo cual podría acabar en decisiones contradictorias y en confusión, en generar mas dudas que certezas, alejándose de la unificación de criterios, que siempre es bienvenida en el derecho, poniendo definitivamente en riesgo el principio de la seguridad jurídica.

Siguiendo esta idea, proponemos recurrir a sistemas autocompositivos como la mediación, o bien al arbitraje como medio heterocompositivo basado en la autonomía de la voluntad y la libertad, pues al no encontrarse prohibido por ley, entendemos que perfectamente las partes podrían suscribir un contrato de compromiso y someter la decisión a un árbitro especialista en temas técnicos de naturaleza económica, para así, en una forma mas rápida y menos costosa, dar solución a este tipo de materias.

Lamentamos que por ser una ley de reciente publicación no se cuente con jurisprudencia, por lo que resulta difícil saber cual será la tendencia en la fijación de límites precisos que tendrá la justicia ordinaria al conocer estos casos.

El método al cual recurrió el legislador para armonizar la relación de la ley 20.169 con la libre competencia, los derechos de los consumidores, la propiedad intelectual e industrial, no está exento de problemas, el principal de ellos es lo poco atractivo que resulta el procedimiento establecido por la ley 20.169, pues pensamos que los consumidores o los titulares de patentes

industriales preferirán llevar la solución de sus casos de competencia desleal por el camino establecido en las legislaciones especiales que los resguardan. No obstante entendemos que se trató de compatibilizar los diferentes cuerpos de normas, con el objeto de cubrir de mejor manera los diferentes intereses comprometidos en el mercado.

En definitiva, estimamos que la jurisprudencia, tal como ocurrió con las viejas Comisiones Preventiva y Resolutiva, y la labor de la doctrina, irán definiendo y delimitando las interesantes herramientas que la ley 20.169 ha contemplado para sancionar las conductas de competencia desleal que se presentan en el mercado nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, RODRIGO. Una visión de nuestro Derecho de la Competencia. Revista del Abogado N° 6, Colegio de Abogados de Chile, Abril de 1996.

ASCARELLI, TULLIO. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Barcelona, Real Colegio de España en Bolonia, 1970.

BARROS, ANDREA. Competencia Desleal y Protección al Consumidor. Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, 2007.

BERCOVITZ, ALBERTO. La Competencia Desleal. Revista Derecho de los Negocios, Ed. La Ley. Año N° 3, N° 20, 1992.

BIANCHI, MICHELANGELO. La Competencia Desleal. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998.

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. Documento disponible en: www.ccs.cl/ccs/Portals/17/descargas/comunicados_prensa/competencia%20desleal%2025-03-06.doc

CAPITANT, HENRI. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1961.

DIETA DE HERRERO, ANA. Competencia Desleal. Texto disponible en: <http://www.elsitiodelderecho.dtj.com.ar/adherrero2.htm>

DORR C. ROBERT - MUNCH H. CHRISTOPHER. Protecting, Trade Secrets, Patents, Copyrights and Trademarks. Second Edition Wiley Law Publications, 1995.

FERRÁNDIZ, JOSÉ. Aplicación del Derecho de la Competencia por los Órganos Judiciales del Orden Civil. Competencia Desleal y Defensa de la Competencia. Cuadernos de Derecho Judicial Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE CHILE. Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

FONT GALÁN, JUAN. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

FRIGERIO, ALESSANDRA. La concorrenza sleale. Texto disponible en <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/commercialeindustriale/concorrenzaslealefrigerio.htm#a>

GACHARNÁ, MARÍA. La Competencia Desleal. Editorial Temis, Colombia, 1982.

GARCÍA, PERCY. Los Delitos contra la Competencia Desleal. Perú, Universidad de Piura, 2004.

GARCÍA, SEBASTIÁN. Competencia Desleal. Actos de Desorganización del Competidor. Argentina. Ed. LexisNexis, 2004.

GONZÁLEZ, ENRIQUE. La regulación de la Competencia Desleal en Venezuela. Texto disponible en: <http://129.3.20.41/eps/le/papers/0310/0310001.pdf>

GONZÁLEZ, MARCO. Ley N° 20.169. Que regula la Competencia Desleal. Aspectos Técnicos. Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, 2007.

HEINEMANN, ANDREAS. La necesidad de un Derecho Mundial de la Competencia. Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez, Abril-Junio, 2007.

INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. Nueva Regulación de la Competencia: Un Proyecto Innecesario. Revista Temas Públicos. Texto disponible en:
http://164.77.202.58/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3808/deploy/TP-763-Nueva%20regulacion%20a%20la%20competencia%20Un%20proyecto%20innecesario-24-03-2006.pdf

INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. Competencia Desleal. Revista Temas Públicos N° 731, 2005. Texto disponible en:
<http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3356-03/588.pdf>

MASSAGUER, JOSÉ. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, Ed. Civitas, 1999.

MATURANA, PÍA. Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio análisis y propuestas. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2003.

MENCHACA, TOMÁS. Libre Competencia y Competencia Desleal en la ley 20.169. Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, 2007.

MENÉNDEZ, AURELIO. La Competencia Desleal. Monografías Ed. Civitas. Primera Edición, 1988.

MILLER, ROGER. Microeconomía. Ed. McGraw-Hill, 3a.Edición, México, 1990.

MORÓN, ESTHER. La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico. Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, año 2001. Texto disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0405102-104031/index.html#documents>

NIHOUL, PAUL. Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

ORTIZ, MARISOL. Competencia Desleal, Individualidad y Concurrencia frente a otras disciplinas. Situación en Chile. Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros. Santiago, Ed. LexisNexis, 2007.

PESQUEIRA, MANUEL. El derecho frente a la libre competencia: una visión retrospectiva. Revista Temas de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Año XVIII, 2003. Texto disponible en: http://www.ugm.cl/institutos/ced/articulos/2004/JMPB_Derecho_Libre-Competencia.html

REISCH, OLIVER. Concurrence déloyale et parasitisme: Régime. Encyclopédie Juridique des Biens Informatiques. Texto disponible en <http://encyclo.erid.net/document.php?id=130#tocfrom3>

ROBLES, ANTONIO. Libre Competencia y Competencia Desleal. Ed. La Ley, España, 2001.

SAMUELSON Y NORDHAUS. Economía. 16ª edición, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999.

SPOLANSKY, NORBERTO. El delito de competencia desleal y el mercado competitivo. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Colombia, Compendio de Doctrina y Jurisprudencia de Competencia Desleal. Bogotá, 2006. Texto disponible en http://www.sic.gov.co/Normatividad/Jurisprudencia/Competencia_Desleal.pdf

TAPIA, MAURICIO. Responsabilidad Civil por actos de Competencia desleal. Competencia Desleal. Análisis Crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de Los Andes, 2007.

VELANDIA, MAURICIO. Competencia Desleal y Signos Distintivos. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 17 de la Unión Europea. Texto disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_17_1.pdf

VELOZO, JAVIER. La Competencia Desleal, Algunas Consideraciones sobre su relación con la Libre Competencia y respecto del proyecto de ley que pretende normarla. Actas de la II Jornada de Derecho de la Empresa, Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2005.

VILLAGOMEZ, ALFONSO. Competencia Desleal. Granada, Ed. Comares, 1999.

WITKER, JORGE; VARELA, ANGÉLICA. El derecho de la competencia económica en México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

WITKER, JORGE. Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. 1º Edición, Chile, año 2000.

Fuentes Legales:

ARGENTINA. Ley 25.156. Ley de Defensa De La Competencia. 1999. Texto disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm>

ARGENTINA. Código Penal. Texto disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#2>

CHILE. Ministerio de Justicia. Código Civil. Decimosexta Edición Oficial. Aprobada por Decreto N° 838 del año 2004.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaria de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2007. Ley 20.169. Regula la Competencia Desleal.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1997. Ley 19.496. Establece normas sobre protección a los derechos de los Consumidores.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaria de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. DFL N° 3. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.039. Ley de Propiedad Industrial.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. DFL N° 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973. Publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1970. Ley 17.336. Propiedad Intelectual.

COLOMBIA. Ley 256 sobre Competencia Desleal. 1996. Texto disponible en web de la Secretaria del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0256_96.HTM

COLOMBIA. Código de Procedimiento Civil. Texto disponible en: <http://www.icdp.org.co/>

CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Texto disponible en la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html

ESPAÑA. Ley 3/1991. Ley de Competencia Desleal. Texto disponible en web del Boletín Oficial del Estado. http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1991/00628

ESPAÑA. Ley 15/2007 de la Defensa de la Competencia. Texto disponible en web del Boletín Oficial del Estado. http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946

FRANCIA. Código Civil. Texto disponible en http://www.lexinter.net/ESPANOL/codigo_civil.htm

ITALIA. Código Civil. 1942. Texto disponible en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html

PERÚ. Decreto Legislativo N° 26.122. Ley de Represión de la Competencia Desleal. Texto disponible en web del Indecopi. <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/ccd/tuo26122.pdf>

PERÚ. Código Penal. Decreto Legislativo N° 635. 1991.

Páginas en Internet:

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Página Web:
<http://www.bcn.cl/>

BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. Página web
<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/>

BUSINESS TORTS & UNFAIR COMPETITION: A PRACTITIONER'S HANDBOOK. Texto disponible en:
http://books.google.cl/books?id=ZDiK7ys0joIC&pg=PA10&lpg=PA10&dq=unfair+competition+and+antitrust+law&source=web&ots=VRJk-oFJTR&sig=_5v17uTL3RfZzAQkjQLeTZue6es&hl=es#PPA4,M1

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. Página Web:
<http://www.ccs.cl/>

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA. Página Web:
Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/>

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Página Web. http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=86

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Página web:
<http://uscode.law.cornell.edu/uscode/>

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española de la Lengua, Vigésima segunda edición. Página Web:
<http://www.rae.es/>

ENCYCLOPÉDIE JURIDIQUE DES BIENS INFORMATIQUES. Página web
<http://encyclo.erid.net/document.php?id=130#tocfrom3>

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Página Web: <http://www.fne.cl/>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Página Web: <http://www.indecopi.gob.pe/>

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. Página Web: <http://www.sernac.cl/>

SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO. Colombia. Página Web: <http://www.sic.gov.co/>

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Página Web: <http://www.tdlc.cl/>