

ACTUALIDAD ADCADÉMICA

ANÁLISIS DE LA LEY ESPAÑOLA DE COMPETENCIA DESLEAL Y PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN DEL FENÓMENO EN MÉXICO

Xavier Ginebra Serrabou

Sumario: I. Introducción; II. Libertad de empresa, competencia económica y competencia desleal; III. Concepto de competencia desleal; IV. Supuestos especiales de competencia desleal en la Ley Española de Competencia Desleal; V. Régimen represivo de los actos de competencia desleal; VI. La protección contra la competencia desleal en el Derecho mexicano; VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es claro que uno de los efectos económicos del proceso de globalización internacional es una mayor competencia entre las empresas nacionales y extranjeras. Aparte de los procesos de reestructuración en que se ven inmersas las empresas para enfrentar la competencia exterior del propio proceso de competencia económica, al hacerse más agresivo, requiere una mejor reglamentación jurídica, para evitar los excesos a los que pueden llevar los abusos en la libertad de competencia.

Por lo anterior, consideramos especialmente necesaria la expedición, en nuestro país, de una legislación que persiga las prácticas desleales en el ejercicio de la competencia.

Para ello, consideramos de utilidad hacer un estudio de las disposiciones de la Ley Española de Competencia Desleal (en adelante LCD), que se ajusta a las exigencias comunitarias sobre la materia, y que podría servir, a nuestro juicio, como referencia para la futura expedición de una legislación sobre el tema en nuestro país.

II. LIBERTAD DE EMPRESA, COMPETENCIA ECONÓMICA Y COMPETENCIA DESLEAL

Por concepto de libertad de competencia se entiende la facultad de los particulares a iniciar y desarrollar ocupaciones económicamente independientes de cualquier contenido, a objeto de obtener ingresos.

La libertad de competencia, por otra parte, tiene por objetivo el derecho de que la actividad empresarial de los particulares pueda efectuarse con fines competitivos, sin que ésta pueda ser impedida ni por el Estado ni por los particulares ¹. En este sentido, entiendo por competencia la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios similares, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa del ejercicio de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad de un sujeto de la actividad de otro ².

Desde el punto de vista estático, la libertad de la actividad empresarial es el vehículo de la libertad competitiva, máxime que la existencia del empresario y de tal relación, cualquier norma que proteja a la libertad de actividad empresarial sirve, por lo menos indirectamente, en favor de la libertad de competencia ³.

La libertad de competencia se refiere al ejercicio *mismo* de la actividad empresarial competitiva, mientras que por medio de la prohibición de la competencia desleal se tiende a que sea excluida la aplicación de medios ilícitos en tal ejercicio. La libertad aludida no se restringe, por ende, por la creación de normas contra la competencia desleal, sino se garantiza para que la competencia se desarrolle en una forma leal ⁴.

¹ Frisch Philipp, Walter y Mancebo Muriel, Gerardo, **La competencia desleal**, Ed. Trillas, México, 1975, p.177.

² *Ibidem*, pp.21 y 22.

³ *Ibidem*, p.177.

⁴ *Ibidem*, p.181.

Resulta de esto que las normas contra la competencia desleal jamás podrán prohibir que un competidor cause, por medios competitivos leales, la quiebra de su concurrente; pero sí podrán prohibir estas normas que se efectúen actos competitivos desleales, máxime que el principio de la lealtad de competencia no tiene nexo alguno con cuestiones de poder económico ni con resultados de actividad competitiva.

En correspondencia con la distinción conceptual entre la libertad de competencia, por una parte, y la lealtad, por la otra, me parece que por razones sistemáticas y de precisión terminológica, es necesario que el legislador reglamente cada una de las instituciones en forma separada ⁵.

III. CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Una vez delimitada la diferencia entre libertad y lealtad de competencia, es necesario distinguir qué se entiende por un acto de competencia desleal.

Al respecto, las legislaciones tradicionales han definido a los actos contrarios a la competencia leal como los actos contrarios a «las costumbres de probidad en materia industrial o comercial» ⁶ o a «los actos de corrección profesional y buenos usos mercantiles» ⁷.

La LCD, en su artículo 5, define la competencia desleal como *todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*.

La LCD ha optado, para definir y prohibir la competencia desleal, por un modelo que se apoya en una cláusula general prohibitiva,

⁵ *Ibidem*, p.182.

⁶ Artículo 10 *bis* del Convenio de la Unión de París, revisado en Estocolmo en 1967.

⁷ Artículo 87 de la Ley Española de Marcas.

similar al que predomina en la mayoría de los ordenamientos europeos. La cláusula general es una norma constituida por conceptos amplios y elásticos, a través de los cuales el legislador tiende –mediante una fórmula prohibitiva general– a prohibir las distintas variedades de actos desleales que, cupiendo en ella, pueden surgir en el tráfico económico ⁸.

Para que un acto o actividad sea calificado de competencia desleal, la doctrina y la jurisprudencia más modernas exigen que en el mismo concurren los siguientes requisitos:

1. *Que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales.* En este sentido, se presume la finalidad concurrencial de todo acto económico, según se desprende del artículo 2 LCD, cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones, bienes o servicios propios o de un tercero. Por tanto, queda superada la antigua concepción (Roubier, Ascarelli), en virtud de la cual para la existencia de un acto de competencia desleal era necesaria una efectiva competencia entre el infractor y la víctima.

2. *Que el acto o actividad sea objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.* Buena fe expresamente invocada en el artículo 5 LCD, que introduce la noción de confianza en el buen hacer de la economía como regla de conducta para las relaciones de los sujetos que concurren en el mercado. Como afirma la moderna jurisprudencia europea sobre la materia, en esta noción subyace la idea de que quien actúa en el mercado debe actuar en él respetando las reglas de fidelidad, de crédito, la creencia y la confianza de un hombre corriente, de un hombre medio, de que su actuación en el mercado respeta la buena fe.

3. *Que la actuación sea susceptible de producir un daño.* El acto desleal es considerado como tal desde el momento en que es

⁸ Broseta Pont, Manuel, **Manual de Derecho Mercantil**, 9a. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p.131.

potencialmente idóneo para producir daño. Como afirma Ascarelli, la idoneidad potencial de un acto económico para causar un perjuicio es suficiente para calificarlo de ilícito y para justificar su represión a través de la sanción correspondiente.

4. *Ausencia de voluntariedad o intencionalidad de la deslealtad.* Superadas algunas teorías tradicionales, el acto de competencia desleal no necesita, en la actualidad, de ninguna intención por parte de quien lo comete (infractor) de dañar a otro (víctima), ni siquiera conciencia de atentar a la buena fe, ni de estar siendo desleal con su conducta para que el acto por aquél cometido sea calificado de desleal. La idea de voluntariedad (dolo, culpa o incluso negligencia) en el que comete la deslealtad ha perdido actualmente su condición de elemento necesario para la deslealtad de la actuación⁹.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE COMPETENCIA DESLEAL

El hecho de que exista una cláusula general que prohíba la competencia desleal no obsta para que la propia ley tipifique algunos supuestos especiales contrarios a la competencia leal, de acuerdo a los intereses protegidos (los empresarios, los consumidores y el buen funcionamiento del mercado).

1. Actos de Competencia Desleal que Atentan Xontra los Empresarios Competidores

Por lo que se refiere a los supuestos desleales que perjudican fundamentalmente a los empresarios competidores, la LCD recoge dentro de este grupo, los siguientes:

⁹ *Ibidem*, pp.132 y 133.

1. Los actos de denigración (artículo 9) son aquéllos en los que se intenta captar la clientela del contrario mediante la difusión de manifestaciones aptas para menoscabar su crédito y buena fama en el mercado.

2. Los actos de imitación (artículo 11) el artículo 11 LCD prohíbe la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales cuando estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

Como dice Baylos, la disciplina de la competencia desleal sólo defiende frente a la imitación, en cuanto instrumento que produzca confusión entre los elementos distintivos, por lo que una empresa o sus resultados puedan ser reconocidos por todas las demás ¹⁰. No funda su acción represora en la defensa de la originalidad del medio copiado, sino en su asociación con la empresa que lo utiliza, como nota peculiar suya, que produce una función de distinción y diferenciación.

La doctrina y la jurisprudencia consideran como requisito indispensable el riesgo de confusión para que la imitación pueda ser considerada desleal.

Para que se dé el riesgo de confusión en sentido propio las mismas características del producto deben tener suficiente fuerza identificadora de su origen, de modo que el público atribuya al original y a la copia la misma fuerza y única procedencia. Por eso precisamente en algún ordenamiento, como el alemán, la jurisprudencia y la doctrina exigen para calificar de desleal la imitación servil que el producto sea conocido en los medios comerciales y que el público le asocie una procedencia y calidad particulares.

Entre nosotros se ha señalado que desde la perspectiva del producto plagiado éste ha de ser reconocido como procedente de un

¹⁰ Otamendi, J.J., *Comentarios a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992, p.158.

determinado origen empresarial, añadiendo, con acierto, que ello no ha de significar que los consumidores conozcan cuál es ese origen sino que la forma del producto es tan peculiar que aquéllos acaban por identificarle por su forma, de modo que asignan a todos los productos de la misma forma un mismo origen empresarial ¹¹.

3. La explotación de la reputación ajena (artículo 12) Es decir, cuando un competidor se aprovecha de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado (*good will*) ¹².

El artículo 12 LCD considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, en especial el empleo de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo, clase y similares.

Sin embargo, y continuando con la exégesis del artículo 12 LCD, la explotación de la reputación ajena lo que se busca es precisamente establecer la relación con otro u otros competidores para aprovecharse del prestigio o reputación de que disfrutaban en el mercado ¹³.

La doctrina considera asentada la opinión de que la referencia al signo distintivo del competidor o de sus productos es desleal siempre que sea evitable, es decir siempre que no sea necesaria para identificar la propia actividad o el propio producto.

Se hace necesario que la referencia no induzca a error acerca del origen o procedencia de la prestación o, dicho positivamente, no

¹¹ De la Cuesta, José María, «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en **La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley del 10 de enero de 1991**, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp.42-43.

¹² Broseta Pont, Manuel, **op.cit.**, p.135.

¹³ De la Cuesta, José María, **op.cit.**, p.48.

habrá inducción al error o riesgo de confusión cuando la referencia expresa netamente el distinto origen de los productos o servicios ¹⁴.

4. La violación de secretos industriales (artículo 13 LCD) ya que es desleal divulgar o explotar sin autorización de su titular secretos industriales o de cualquiera otra especie a los que, además, se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva ¹⁵. Aunque haya accedido a ellos de modo legítimo, por relaciones precontractuales o contractuales, hay obligación de guardar dicha reserva ¹⁶.

El secreto consiste en un conocimiento reservado, que se pretende que no sea accesible a los demás, y a tal efecto, conscientemente ponen obstáculos para que no se amplíe, al margen de su voluntad, el círculo de sus conocedores, pues desean conservar en exclusiva ese conocimiento frente a otras personas ¹⁷.

Este conocimiento, que es, en suma, un estado mental, recae sobre un objeto determinado, que constituye el otro elemento estructural del secreto empresarial (Gómez Segade). Este objeto se traduce en ideas, productos, procedimientos o experiencias industriales o comerciales ¹⁸, no sólo relativas al sector técnico industrial o al sector puramente comercial de la empresa sino también relativas a otros aspectos de la organización interna de la empresa y sus relaciones ¹⁹.

El conocimiento ha de ser reservado u oculto, carácter que evidentemente desaparece cuando se produce la divulgación (...). Por otra parte, este carácter reservado u oculto no debe ser una circunstancia accidental o casual, sino que debe existir una voluntad

¹⁴ *Ibidem*, pp.48 y 49.

¹⁵ Broseta Pont, Manuel, *op.cit.*, p.135.

¹⁶ Galán Corona, «Supuestos de competencia desleal por violación de secretos, en La regulación...», *op.cit.*, p.99 (ver nota 11).

¹⁷ *Ibidem*, p.93.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*.

consciente y deliberada por parte del titular del secreto de mantener el carácter secreto o reservado del mismo. (...) Por último, en este conocimiento ha de concurrir una circunstancia objetiva, cual es que exista interés en el mantenimiento del secreto, interés no debido a la voluntad caprichosa de su titular sino objetivamente justificado en su relevancia para la actividad empresarial que desarrolla el titular del secreto en el mercado ²⁰.

Para que se origine la competencia desleal basta con «el ánimo de obtener un provecho propio o ajeno de perjudicar al titular del secreto».

Ello es así porque, por una parte, no puede olvidarse que el secreto empresarial es un bien de carácter patrimonial, cuya apropiación presenta interés no sólo para quien es activo en el mercado, sino también para otros que, sin ser activos en él, pueden obtener un provecho, por ejemplo, revelándolo a un competidor a cambio de una remuneración. Por otra parte, es preciso tener presente que el secreto empresarial, bien inmaterial, es extraordinariamente frágil; su revelación le destruye y ello trae negativas consecuencias sobre la competencia en el mercado en cuanto que su titular se ve privado de un arma competitiva; de ahí que, aunque el agente no persiga afianzar su interés en el mercado, la revelación afecte al orden competitivo del mercado (...). Por último, es preciso admitir que sobre el secreto empresarial su titular ostenta un derecho subjetivo; derecho sobre el secreto que se infiere de muy diversos preceptos, entre otros y en el plano constitucional, los artículos 20.1 b/ y 33.1 de la Constitución Española (en adelante CE), además del propio artículo 38 CE ²¹.

La conducta que se sanciona en el primer caso es la explotación, que debe entenderse en el aprovechamiento u obtención de alguna ventaja del secreto ya sea en interés propio, ya sea en interés ajeno ²².

²⁰ *Ibidem*, p.94.

²¹ *Ibidem*, p.95.

²² *Ibidem*, p.98.

En el segundo caso la conducta prohibida es la divulgación de los referidos secretos.

La inducción a la ruptura contractual (artículo 14 LCD) se refiere a cuando se captan empleados o clientes de un competidor a través de maniobras incorrectas o «malas artes», como por ejemplo el soborno de empleados, la incitación con una contraprestación a la ruptura de contrato, o la apropiación indebida de listas de clientes ²³.

También el aprovechamiento de la ruptura contractual puede ser desleal si median ciertas circunstancias, como el intento de eliminar al competidor del mercado, aprovechándose de la transitoria desorganización en que éste se hallaba, o colaborando a dicha desorganización con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 14.2 LCD).

La jurisprudencia extranjera ha calificado de tales la inducción a la interrupción de un suministro convenido entre el incumplidor y el competidor del inductor, o la inducción a la violación de un pacto de no competencia celebrado entre el competidor del inductor y un tercero inducida por el competidor desleal ²⁴.

2. Actos de Competencia Desleal Contrarios a los Consumidores

El segundo grupo de supuestos tipificados en la LCD como desleales se refiere a las prácticas que atentan directamente *contra el consumidor*. En este apartado la LCD considera como desleales:

1. Los actos de confusión (artículo 6 LCD) Es decir, aquellas actuaciones idóneas para crearla en relación con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. Al utilizar la Ley la

²³ Broseta Pont, Manuel, *op.cit.*, p.135.

²⁴ Illescas Ortiz, Rafael, «La infracción inducida», en *La regulación...*, *op.cit.*, p.112.

expresión «idóneo», está incluyendo tanto los comportamientos que la están creando, como todos los potencialmente susceptibles de crear confusión ²⁵.

En efecto, el artículo 6 LCD establece que se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, siendo suficiente el riesgo de asociación respecto de la procedencia de la prestación para fundamentar la deslealtad de la práctica.

Si, de acuerdo a lo que ha interpretado la doctrina sobre el mismo, no se trata ya de que el consumidor confunda efectivamente unos productos con otros; basta que exista riesgo de confundibilidad para que la deslealtad se produzca ²⁶.

Como dice Martin-Achard, como regla general, debe evitarse todo riesgo de confusión *porque los competidores leales deben tener interés en trabajar con sus propias fuerzas, distinguiéndose de sus rivales. En cualquier caso, los competidores tendrán siempre la obligación de tomar todas las medidas adecuadas para limitar, si es posible excluir totalmente, la confusión de los consumidores* ²⁷.

2. Los actos de engaño (artículo 7 LCD), al considerar desleales la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige.

Considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, que sea susceptible de error a las personas a las que se dirige, sobre la naturaleza, modos de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

²⁵ Broseta Pont, Manuel, *op.cit.*, p.135.

²⁶ Otamendi, J. J., *op.cit.*, p.142.

²⁷ *idem.*

Cabe decir, como indica Baylos sobre este artículo, que el elemento antijurídico esencial es aquí el engaño a los consumidores. Eso no quiere decir que quien logra atraerse una clientela con engaño, no actúe con fraude y perjuicio para los restantes competidores. El perjuicio a los demás competidores existe (...); pero el medio esencial por el que ese perjuicio se causa es directamente la maniobra engañosa, que tiende a hacer aparecer como verdadero lo que es falso.

Se trata en definitiva, de difundir o utilizar indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente obtenidas, como dice Otamendi ²⁸, pero no sólo cuando se trata de ventajas, sino cualquier elemento del artículo 7.

3. Los obsequios, primas y regalos (artículo 8 LCD), que serán desleales cuando por las circunstancias en que se realicen pongan al consumidor en la actitud de contratar la prestación principal para conseguir los obsequios, primas o regalos.

4. Las actuaciones discriminatorias (artículo 16 LCD), tanto en materia de precios como en otras condiciones de venta que se reputarán desleales, excepto si media causa justificada.

3. Actos de Competencia Desleal Contrarios al Buen Funcionamiento del Mercado

Un funcionamiento correcto del orden concurrencial exige que cualquier práctica que pueda perturbarlo deba ser sancionada. Por eso se persiguen también acciones que, si bien no operan directamente sobre la competencia en el mercado, sí lo hacen mediatamente al afectar (directamente) a la esfera interna de un competidor, incidiendo sobre sus decisiones, organización o funcionamiento, alterando o debilitando su capacidad para competir. En esta medida conducen a la lesión o al falseamiento de la competencia, o a su puesta en peligro.

²⁸ *Ibidem*, p.143.

Los casos más claros son aquéllos de desorganización de la empresa rival y de adquisición de secretos industriales o empresariales ajenos, aunque éste entra también dentro del primer supuesto ²⁹.

Sin embargo, los supuestos tipificados en la LCD son:

1. Las actuaciones con violación de normas (artículo 15). Este artículo se refiere al caso de prevalerse en el mercado de una ventaja adquirida mediante la infracción de leyes, siempre que la ventaja sea significativa.
2. La venta a pérdidas (artículo 17), que sólo se reputará desleal si es susceptible de inducir a error, desacredita la imagen de un producto o establecimiento ajenos o cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.
3. La explotación de situaciones de dependencia (artículo 16.2), en el sentido de calificar de desleales los supuestos de explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad económica ³⁰.

4. Régimen Represivo de los Actos de Competencia Desleal

Si la competencia desleal implica la comisión de uno o varios actos realizados mediante el ejercicio abusivo (incorrecto) del derecho de competir en forma contraria a la buena fe, lo cual produce o es susceptible de producir un daño a un competidor, a los consumidores o al propio mercado, es lógico que el Derecho reaccione sancionando con diversas medidas a quienes incurren en esta competencia desleal.

²⁹ Virgos Soriano, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993, p.94.

³⁰ Broseta Pont, Manuel, *op.cit.*, pp.135 y 136.

Por ello, en los ordenamientos extranjeros se considera tradicionalmente que el acto desleal constituye un ilícito civil y se concede al perjudicado una serie de acciones (distintas de las penales) para defenderse del mismo.

Dichas acciones, en términos generales, son:

1. La acción declarativa de la deslealtad del acto, para que el Juez declare que ese acto es precisamente un acto de competencia desleal, y por consiguiente, ilícito. Se denuncia, demanda y se obtiene la correspondiente sentencia judicial.
2. La acción de cesación, para evitar que la actuación desleal siga perpetrándose en el tiempo mientras se espera la sentencia judicial. Esta acción ocupa el puesto preeminente dentro de las distintas acciones para reprimir el acto desleal. La cesación puede solicitarse del juez, si se dan dos simples requisitos objetivos: que alguien cometa una actuación desleal y, además, que exista el riesgo de repetición, riesgo que existe en este caso desde el momento en que cuentan con máquinas o proveedores para reproducir las prendas de vestir con las indicaciones falsas. Si se considera necesario, como es el caso, puede solicitarse la cesación provisional de efectos como medida cautelar (artículo 25.1 LCD) para evitar los perjuicios que la lentitud del proceso judicial pueda producir en la víctima de la deslealtad, mientras espera la sentencia que declare la existencia de la competencia desleal.
3. La acción de remoción, tendente a eliminar los efectos nocivos producidos por ese comportamiento desleal; es decir, la dirigida a eliminar los actos, situaciones u objetos a través de los cuales se ha exteriorizado o producido la competencia desleal, como por ejemplo, la destrucción de las etiquetas, folletos, imitación de marcas registradas, etcétera.
4. La acción de rectificación, para obtener la rectificación de las informaciones engañosas o desleales, pudiendo en este caso obligar

a la corrección en las prendas de vestir de las etiquetas y el envío de una comunicación dirigido a todos los clientes, rectificando la información de las prendas enviadas.

5. La acción de indemnización de daños y perjuicios, cuando en la realización del acto de competencia desleal intervino dolo o culpa por parte del agente infractor que las realizó.

6. La publicación de la sentencia que condene al causante de una infracción de la lealtad que debía respetar al competir.

7. Por último, la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el actor de la competencia desleal lesione una posición jurídica de la víctima amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico. La LCD establece en el artículo 18.5 que la acción de indemnización de daños y perjuicios podrá incluir, en su caso, la publicación de la sentencia que condene a publicarla al causante de una infracción de la lealtad que debía respetar al competir³¹.

5. La Protección Contra la Competencia Desleal en el Derecho Mexicano

Después de haber analizado a grandes rasgos qué se entiende por competencia desleal en su sentido jurídico, y examinar la Ley Española de Competencia Desleal, vamos a analizar cuáles son las disposiciones de nuestro Derecho que se refieren a esta materia, para posteriormente hacer una evaluación de la misma.

Como ya dijimos en su momento, las normas contra la competencia desleal suelen estar relacionadas estrechamente con las normas de

³¹ Broseta Pont, Manuel, *op.cit.*, pp.136 y 137.

propiedad industrial, por lo que no resulta extraño que las pocas normas relativas a la competencia desleal se encuentren en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (en lo sucesivo LPI), y en algunos tratados internacionales relacionados con la materia, suscritos y ratificados por México.

Las normas más importantes relacionadas con la materia son el artículo 213 LPI y el artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 10 de marzo de 1883, con las modificaciones de Estocolmo del 14 de julio de 1967.

El artículo 213 LPI dispone:

«son infracciones administrativas... a/ Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal, y que se relacionen con la materia que esta ley regula».

El segundo, el artículo 10 bis del Convenio de París para la Propiedad Industrial, adoptado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y publicado en el **Diario Oficial de la Federación** el 27 de julio de 1976, que, al referirse a la competencia desleal, establece textualmente lo siguiente:

«Los países de la unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal: ...2/ Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3/ En particular deberán prohibirse:

1. 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;
2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, de las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos».

En relación al citado artículo 10 bis del Convenio de París, coincidimos con Mantilla Molina, que tacha de «extremadamente vago» y de «una excesiva remisión al criterio del juzgador para calificar de desleal la actuación del competidor» dicha disposición ³².

El juzgador debe, a nuestro juicio, poseer una guía legal que tipifique los supuestos especiales más comunes de competencia desleal, a fin de que goce de mayor orientación y los empresarios gocen de una mayor seguridad jurídica.

Una muestra de lo anterior sucedió en un caso de competencia desleal ante un Tribunal Colegiado de Circuito:

El 9 de abril de 1992, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa, resolvió en revisión un amparo contra una sentencia denegatoria del amparo, del quinto Juzgado de Distrito en materia administrativa que confirmó una resolución del Área Contenciosa de la Dirección General de Desarrollo Tecnológico de la SECOFI. El recurso había sido promovido por una empresa mexicana en contra de su competidora, aduciendo que ésta hacía competencia desleal ³³.

A. Análisis del Caso

Una empresa de zapatos tenis presentó un recurso ante el Área Contenciosa de la Dirección General de Desarrollo Tecnológico de la SECOFI (en adelante DGST), pidiendo se declarara la infracción administrativa de competencia desleal cometida por su competidora, que había hecho publicidad a través de anunciar sus propios zapatos tenis, comparándolos con los que fabricaba la empresa demandante. El anuncio contenía la foto de dos pares de zapatos tenis, uno de cada una de las empresas, señalando abajo las características de ambos tenis (idénticas, según el anuncio), indicando al final que el zapato

³² Mantilla Molina, Roberto, **Derecho Mercantil**, 11a. edición, México, 1970, p.143 y ss.

³³ **Semanario Judicial de la Federación**, 8a. época, t. X, agosto 1992, pp.583 y 584.

tenis del anunciante era un 12.5% más barato que el de su competidora. En el anuncio se indicaba la marca de la empresa demandante, la cual argumentó que con ese anuncio, su competidora estaba desacreditando sus productos al comparar los dos modelos de tenis, al indicar que tenían exactamente la misma calidad, pero con un precio inferior el tenis de la competidora. Asimismo, señaló que su competidora incurría también en competencia desleal porque los productos eran semejantes, y la marca y el diseño de la actora se encontraban protegidos por la Ley de Patentes y Marcas.

La DGST resolvió negativamente el recurso de la promovente, argumentando que lo único que se estaba haciendo en ese caso era comparar precios, lo cual es un acto de libre comercio permitido por la Constitución, indispensable para comprar o vender mejor, añadiendo además que las marcas no eran semejantes en grado de confusión.

La actora presentó un recurso de amparo contra dicha resolución y autoridad ante el Quinto Juzgado en materia administrativa, mismo que confirmó dicha resolución, con los mismos argumentos, por lo que la parte demandante presentó un recurso de revisión ante el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa.

B. La Decisión y Fundamentos del Tribunal Colegiado

En el recurso de revisión, el Tribunal Colegiado resolvió que la competidora sí había incurrido en la infracción administrativa de competencia desleal, y no se había limitado, como decía la DGST, a realizar un acto de libre comercio, porque al comparar en el anuncio los dos modelos de zapatos tenis estaba desacreditando el producto de la parte actora, al indicar que tenían exactamente las mismas características, con la sola diferencia del precio, inferior en el caso de la competidora. Asimismo, el Tribunal determinó que la competidora incurrió también en el presente caso en competencia desleal, por haber realizado actos de imitación respecto de las características predominantes de su competidor.

El Tribunal Colegiado transcribió dos artículos para fundamentar su resolución: el primero, el artículo 210, inciso b, fracción X, de la Ley de Patentes y Marcas de 1976, que dispone:

«Son infracciones administrativas... b/ la realización de los actos relacionados con la materia que esta ley regula, contrarios a los buenos usos y de costumbres en la industria, comercio y servicios que implique competencia desleal».

De manera enunciativa, se consideran infracciones administrativas las siguientes: «X. Intentar o lograr el propósito de desacreditar los productos, los servicios o establecimiento de otro». El segundo, el artículo 10 bis del Convenio de París multicitado.

El referido Tribunal, en la sentencia correspondiente, define a la competencia en su connotación económica como «el conflicto que surge entre quienes tienden a conseguir el mismo resultado, ofreciendo la misma mercancía o el mismo servicio y dirigiéndose al mismo público». La ejecutoria añade que «la competencia lícita es en la que el comerciante o fabricante están en un plano de igualdad y en la que el éxito depende exclusivamente del empeño de sus propios recursos y fuerzas para contraponerlas a las de su rival».

El Tribunal determinó que:

«La figura de la competencia desleal es muy amplia, habida cuenta que las diversas fracciones en que se desglosa el mencionado párrafo [se refiere al inciso b del artículo 210 de la Ley de Invenciones y Marcas], en último extremo contienen diferentes hipótesis simplemente enunciativas o ejemplificativas de competencia desleal, lo que significa que para que una persona física o moral incurra en actos de competencia desleal, no se requiere que un comerciante o fabricante necesariamente incurra dentro de los supuestos a los que en forma ejemplificativa señalan las doce fracciones del párrafo b/ del artículo 210 de la ley de Invenciones y Marcas, sino que para que un comerciante o fabricante incurra en actos de competencia desleal es suficiente que sustraiga la atención de la clientela de un competidor en su beneficio, no haciendo uso de sus propias fuerzas, recursos o inventivas, sino realizando actos de imitación respecto de las características predominantes de su competidor.

»Consecuentemente, si una sociedad pretende basar el éxito de su producto, si no exclusivamente, sí de manera primordial y destacada, en el hecho o circunstancia de sustraer en su provecho la clientela ajena, sin empeñar a cambio sus propios recursos, inventivas o su propia fuerza económica, incurre en competencia desleal, porque con su conducta lleva la intención de sustraer la clientela del fabricante o comerciante competidor, atrayéndola para sí mismo, recibiendo indebidamente los beneficios de que disfruta su rival».

C. Apreciación de la Decisión del Colegiado

Como acabamos de transcribir, la citada ejecutoria afirma que se incurre en competencia desleal en materia de propiedad industrial, cuando se pretende basar el éxito de un producto *en la imitación de las características predominantes del competidor, con objeto de sustraer clientela ajena, sin añadir elementos o peculiaridades propias.*

Para empezar, hay que señalar que el término competencia desleal no es solamente utilizado en el ámbito marcario, sino que tiene amplia utilización en el ámbito de la competencia económica, regulada por la Ley Federal de Competencia Económica. En forma menos abundante, también se utiliza en las legislaciones protectoras de los consumidores, especialmente en lo relativo a la publicidad.

Es conveniente señalar también que el concepto de competencia desleal es sumamente difícil de definir con contornos precisos, puesto que implica un análisis valorativo de muy variables conductas humanas. Por ello, el concepto no suele definirse en los textos legales, sino que, como es el caso de la Ley Mexicana de Invenciones y Marcas de 1976, suelen enunciarse a modo ejemplificativo, las conductas más usuales.

El Convenio de París define, en forma muy amplia, como acto de competencia desleal «todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial». Y, en particular, señala como actos que constituyen competencia desleal:

1. 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;
2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, de modo de fabricación de las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Si analizamos los artículos 210, inciso b/, fracción X, de la Ley de Patentes y Marcas de 1976 (ahora inciso X, del artículo 213 de la nueva Ley, que contiene un precepto idéntico), y el artículo 10 bis del Convenio de París para la propiedad intelectual, podemos observar que ellos se refieren a que hay competencia desleal cuando se induce a engaño a la clientela pero, sobre todo, cuando se intentan desacreditar el establecimiento, productos o servicios del competidor. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Colegiado consideró que no sólo cuando se intenta desacreditar al competidor se constituye la competencia desleal, sino que basta realizar actos de imitación para sustraer la clientela ajena, sin añadir elementos propios. Aunque el Tribunal enfatiza el elemento de la intención de sustraer la clientela ajena, me parece que no podemos considerarlo como suficiente para competir en términos desleales. A los competidores está permitido disputarse la clientela, pero a condición de hacerlo con procedimientos honestos³⁴. Cualquier persona física o moral que constituye una empresa, tiene la intención de obtener clientela: sin ésta, la empresa no tiene razón de ser. Pero, ¿de dónde la puede obtener? Es muy posible que sea difícil la creación de nuevos mercados, sin que impliquen la pérdida de la

³⁴ Rangel Medina, David, **Derecho de la propiedad Industrial e Intelectual**, México, 1991, Universidad Nacional Autónoma de México, p.77.

clientela de otras empresas. Por ello, considero que aunque el propósito de cualquier empresa sea hacerse de clientela, ello conlleva la consecuencia casi inevitable de implicar sustracción de clientela ajena. Por eso, no basta la intención de sustraer clientela ajena para que se configure la competencia desleal.

La ejecutoria menciona que también es necesario realizar «actos de imitación» respecto de las características predominantes de su «competidor». En el mundo de los negocios, las empresas del mismo sector son similares; las técnicas organizativas y los productos cada vez se parecen más... Por ello, cada vez las empresas intentan diferenciarse más unas de otras a través del servicio. Pero el servicio, las técnicas organizativas, etcétera, son cosas intangibles, fáciles de imitar pero difíciles de regular. La tendencia de la legislación sobre propiedad industrial es, más bien, a negar su registro como marca o como patente. Precisamente por la dificultad en su registro y regulación, me parece conveniente que el Tribunal especifique a qué tipo de características predominantes se debe atender para considerar que hay competencia desleal.

Cabe añadir a la anterior consideración que el multicitado Tribunal define la competencia en su connotación económica como el *conflicto que surge entre quienes tienden a conseguir el mismo resultado, ofreciendo la misma mercancía o el mismo servicio y dirigiéndose al mismo público*. Es lógico, por lo mismo, que exista mucha similitud entre los productos o servicios ofrecidos por los competidores, por lo que habría que determinar cuando los actos de imitación constituyen competencia desleal. Pese a que la ejecutoria añade que la competencia lícita *es en la que el comerciante o fabricante están en un plano de igualdad y en la que el éxito depende exclusivamente del empeño de sus propios recursos y fuerzas para contraponerlas a las de su rival*, la anterior afirmación no resuelve el problema cuando no estamos en presencia de recursos o fuerzas propias, de modo que se incurra en actos de imitación que implican actos de competencia desleal. Una luz importante para determinar que se incurre en competencia desleal por realizar actos de imitación me parece que es considerar los

actos de imitación sobre *actos o derechos protegidos por la ley*, por medio de las marcas, patentes y en general, por los derechos de propiedad intelectual. Por tanto, no bastará realizar actos de imitación del competidor para que éste pueda alegar que su contraparte compite deslealmente, sino que será necesario que los actos de imitación versen sobre derechos protegidos por la ley para ser ejercidos exclusivamente por su titular. Lo anterior queda claro en el caso comentado, porque la competidora fabricó unos tenis imitando un diseño protegido por la ley en favor de la demandada ³⁵.

Otro requisito indispensable, según el Colegiado, para que, en su caso, procediese la acción contra la competencia desleal, es el de no hacer uso de las fuerzas propias, recursos o inventivas. Lo anterior porque, de este modo, se estaría aprovechando de un prestigio ganado por otro, en beneficio propio. Ahora bien, el Tribunal debería pensar que hay una razón por la cual la clientela está cambiando de competidor: si el nuevo vendedor o abastecedor no le ofrece alguna ventaja (que implica hacer uso de algo que no tiene el competidor), en principio no se cambiaría de productor. Por ello, probar este último elemento lo consideramos difícil, por lo que puede ser conveniente la presencia de peritos para demostrar la ausencia de recursos o fuerzas propias en la sustracción de la clientela ajena.

Un último elemento a considerar para que prospere la acción por competencia desleal es que no existan otras acciones específicas a las que se pueda acudir antes de invocar la acción de competencia desleal; esto es, que se trata de una acción subsidiaria ante la ausencia de disposiciones concretas que prevean y sancionen esos comportamientos, y que de algún modo afectan fraudulentamente al público o a los intereses de los industriales y comerciantes en asuntos emparentados con la propiedad industrial, en cuyo caso puede acudirse a

³⁵ Para entender esta circunstancia del caso fue necesario acudir al Tribunal, a fin de revisar el expediente correspondiente, ya que no fue suficiente con el conocimiento obtenido de los resúmenes de jurisprudencia publicados en el **Semanario Judicial de la Federación**.

las reglas de la competencia desleal ³⁶. Las autoridades administrativas y judiciales, incluyendo a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dejaron establecido que la acción para reprimir la competencia desleal es distinta e independiente de las acciones específicas para combatir el delito de invasión de patentes y los delitos de usurpación de marcas en sus modalidades de falsificación, imitación y uso ilegal ³⁷. Este requisito no fue señalado por el Tribunal Colegiado, pero lo consideramos importante, toda vez que primero debe analizarse si existen otras disposiciones aplicables al acto de que se trate, antes de determinar que se trata de competencia desleal.

En resumidas cuentas, consideramos que no se hubiese dado la anterior confusión de términos por parte del Tribunal Colegiado si en México existiese una regulación especial de las normas contrarias a la competencia desleal.

Por lo que se refiere las sanciones por la realización de actos de competencia desleal, algunos autores, como Barrera Graf, opinan que son de aplicación los artículos 1910 y 1949 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (en adelante CC) ³⁸, realizando un estudio sobre los casos en que considera son de aplicación uno u otro de estos artículos.

Considero, al igual que Frisch, que los artículos 1910 y siguientes, permiten su aplicación a tales actos desleales en un grado no mayor ni menor que el existente para los demás actos ilícitos o contrarios a las buenas costumbres; en esta forma, los actos desleales mencionados no tienen en los artículos citados un sustrato normativo adecuado, máxime que el artículo 1910 CC no se refiere en forma alguna a la competencia desleal ³⁹.

³⁶ Rangel Medina, David, *op.cit.*, p.78.

³⁷ *Ibidem*, p. 79.

³⁸ Barrera Graf, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I., Ed. Porrúa, México, pp.393-438.

³⁹ Frisch Phillip, Walter y Mancebo Muriel, Gerardo, *op.cit.*, p.151.

Por otra parte, según los principios generales del Derecho la reparación del daño civil siempre supone culpabilidad, y la deslealtad de un acto competitivo jamás supone por sí misma una culpabilidad ⁴⁰.

Una duda que puede surgir es determinar si las acciones relativas a competencia desleal pueden acumularse a las acciones normales para perseguir el uso indebido o ilegal de signos de propiedad industrial. Esto es, si además, por ejemplo, de reclamar una usurpación de un nombre comercial puede usarse, simultáneamente, la acción en contra de la denigración, si ella se hubiese cometido al mismo tiempo. Creemos con César Sepúlveda que sí procede esa acumulación, aunque no esté prevista de manera precisa en la Ley ⁴¹.

VII. CONCLUSIONES

La verdad es que ni el régimen internacional ni el régimen legal interno de la competencia desleal proporcionan buenas bases para su represión. Hace falta una legislación adecuada sobre la competencia desleal, porque las normas actuales están débilmente trazadas y las sanciones no parecen ser efectivas. La protección a los intereses sociales, en estos tiempos en que la abundancia y la celeridad de los anuncios pueden causar tanto daño por igual tanto al consumidor como al comerciante, se percibe como absolutamente necesaria. Es verdad que el asunto es complicado, pero es menester la regulación de la competencia deshonestas ⁴².

Para ello, consideramos que la Ley Española de Competencia Desleal puede servir de marco de orientación para el día en que se legisle sobre esta materia en nuestro país.

© Índice General

© Índice ARS 16

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Sepúlveda, César, *El sistema mexicano de propiedad industrial*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1981, p.239.

⁴² *Ibidem*, p.240.