

LA COMPETENCIA DESLEAL

Jorge MIER Y CONCHA SEGURA*

SUMARIO: I. *Introducción a la competencia desleal.* II. *La propiedad industrial y la competencia desleal.* III. *La Ley Federal de Protección al Consumidor y la competencia desleal.*

I. INTRODUCCIÓN A LA COMPETENCIA DESLEAL

El análisis de la competencia desleal es un tema de mucha actualidad; por un lado, derivado de las agresivas campañas de mercadotecnia que existen, y, por el otro, de la imperiosa necesidad de proteger a la libre competencia, las diversas autoridades, tanto administrativas como judiciales, han puesto a prueba muchos de sus criterios.

Por la globalización de los mercados, y los diferentes acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que ha firmado nuestro país, la competencia es considerada el motor de la economía. Así, al hablar de competencia se hace referencia a “3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”.¹ La competencia perfecta refleja un sistema en el cual estos competidores se encuentran en igualdad de circunstancias buscando obtener un segmento del mercado utilizando sus propios medios, conocimientos y habilidades.²

* Maestría en derecho internacional con especialidad en propiedad intelectual por el National Law Center de The George Washington University. Profesor de la materia propiedad intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ *Diccionario de la Real Academia Española*. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia> (consultado el 30 de septiembre de 2015).

² Judicialmente, competencia se ha definido por la tesis: COMPETENCIA. ELEMENTOS QUE INTEGRAN ESE CONCEPTO Y PRESUPUESTO PARA CONSIDERARLA DESLEAL. El concepto de competencia alude al menos a cuatro elementos: los competidores, el mercado, la mercancía y la clientela. Los cuales se describen de la forma siguiente: a) competidor: persona física o moral que realiza una actividad económica independiente, frente a otra

Nuestra normatividad reconoce y consagra como derecho inherente de todo individuo la libertad de comercio, la cual, indica el artículo 5o. de nuestra carta magna, sólo podrá ser vedada, *inter alia*, cuando se ataquen derechos de terceros.³ Dada la amplitud del texto constitucional, que incluye también la libertad para el ejercicio del trabajo y de la industria, así como la posible concurrencia en el tema del artículo 28 constitucional, que se refiere a la regulación de la competencia económica, es necesario delimitar el tema de estudio.

El presente escrito versa sobre las definiciones que sobre competencia desleal han dado la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal de Protección al Consumidor, su interpretación por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, y de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, y como estas interpretaciones ha buscado mantener el equilibrio entre los diferentes actores en el mercado, para mantener las actividades comerciales en un plano de igualdad.

Resulta evidente que los competidores en el mercado buscan que sus productos o servicios lleguen a un mayor número de consumidores. Una de las bases sobre la que se fundamenta la libre competencia es justamente permitir a los proveedores, usar estrategias para ampliar el número de personas que buscan un bien o servicio proveniente de una fuente específica,

que también la lleva a cabo, en una relación tal, que la actividad de una, desarrollada por sí o por conducto de un tercero, puede beneficiar o lesionar la de la otra; b) mercado: conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del Estado; conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector; conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio; o bien, el Estado y la evolución de la oferta y la demanda en un sector económico dado; c) mercancía: el bien o la actividad que los competidores ofrecen, prestan o anuncian a la clientela; y, d) clientela: se integra por consumidores potenciales de mercancías o servicios ofrecidos por los competidores. Con base en lo anterior, puede decirse que la competencia supone una relación entre sujetos, personas físicas o morales, que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de la venta de mercancías o prestación de servicios en relación con una clientela, de modo que puedan resultar repercusiones entre ellos a causa del ejercicio de sus actividades. En ese sentido, la libre competencia, en principio, no puede ser restringida por el solo hecho de que el éxito de un competidor conduzca a la ruina de otro, siempre que los medios para hacerla no sean reprochables, pues de serlo, resultaría desleal (Tesis I.8°.A.50.A (10^a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1756).

³ “Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

claro, dentro del marco legal. La legislación busca como bien jurídico tutelado mantener y motivar la libre competencia, evitando cualesquiera actos que pudieran significar inclinar injustificadamente la balanza hacia alguno de los competidores.

Cuando el segmento del mercado, por ejemplo, se encuentra muy concentrado en un número determinado de participantes —y no necesariamente derivado de una conducta monopólica u oligopólica, sino porque el mercado mismo ha permitido la permanencia de sólo determinados entes—, muchas veces la única forma de que un producto nuevo compita con los ya existentes es buscando “arrebatar” un segmento del mismo. En los pasillos de los supermercados los agentes de ventas se esmeran en dar a probar al posible consumidor ese nuevo producto, que ofrece ventajas en precio, en cantidad, o algún obsequio, para que el consumidor pasajero se vuelva recurrente, y a la postre, un consumidor fiel a ese producto o servicio.

Como consumidores, podemos ser atraídos por este tipo de promociones, que signifiquen un ahorro o recompensa, o por aquellas que se encuentren patrocinadas por personajes o empresas renombrados con los que nos podamos sentir identificados. Todos estos actos pueden ser válidos para atraer clientela. Sin embargo, la guerra comercial en ocasiones se pelea desde frentes muy distintos, donde la creatividad y la estrategia ceden su lugar a la copia, al llamar la atención por artificios o artimañas, que en vez de convencer buscan engatusar a los consumidores, llevándolos a moverse en determinado sentido. Estos actos se conocen en la doctrina en general como “competencia desleal”; esto es, cualesquiera actividades que fuera del marco legal buscan alterar la igualdad.

Aunque [la competencia] se trate de una lucha a muerte no todo vale. Existen una serie de reglas, principios y valores sobreentendidos que hay que respetar, incluso en las guerras, y cuando uno se sobrepasa es juzgado por criminal de guerra; tampoco valen en el boxeo los golpes bajos...

La auténtica competencia beneficia a los consumidores y hace más eficientes a los productores, y sobre esta idea habrá de descansar todo criterio que vaya a ser utilizado para juzgar su bondad...⁴

Resulta una tarea difícil definir la competencia desleal. El artículo 6o. bis del Código de Comercio, que sirve de punto de partida de este texto, establece:

⁴ Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/competencia-desleal/competencia-desleal.htm> (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2015).

Artículo 6o. bis. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;

II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;

III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o

IV. Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, solo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si esta es aplicable.

El legislador reconoció en su momento la dificultad para delimitar el concepto. En efecto, durante la discusión del artículo en cita en la Cámara de Diputados, se concluyó en la exposición de motivos:

[E]s muy importante considerar que acorde a la tendencia globalizadora del mercado y el constante avance del comercio y por lo tanto de las prácticas que pueden ser dañinas para su libre y leal concurrencia, hace falta delimitar un sinnúmero de supuestos que pudieran considerarse también como prácticas desleales.⁵

Por tal motivo, al proyecto inicial, que comprendía solamente las tres primeras fracciones, se adicionaron tanto la IV. como el último párrafo. Justo es decir que tales inclusiones se hicieron necesarias, pues el concepto de competencia desleal se había venido definiendo hasta entonces por autoridades y leyes administrativas con base en supuestos muy particulares y delimitándose a la luz de casos concretos. La ambigüedad del término, sumada a la posibilidad de equiparar los actos de la competencia desleal a la responsabilidad civil subjetiva, con todas las consecuencias judiciales que tal determinación acarrearía, llevó al legislador —tal como se estableció en el *Diario de Debates* del 2 de septiembre de 2004 de la Cámara de Diputados—, a excluir la determinación de los actos de competencia desleal de las

⁵ Iniciativa de Decreto por medio del cual al artículo 6o. del Código de Comercio, hoy derogado, se le adicionan disposiciones en materia de competencia desleal, presentada por el senador Jorge Lozano Armengol, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, 13 de diciembre de 2004.

facultades de los jueces civiles y mercantiles. Esto significa que la existencia de la competencia desleal es declarada por una autoridad administrativa, y en consecuencia su acreditamiento (en la vía civil) se logra sólo con una sentencia firme que así lo establezca. Los jueces podrán, una vez determinado que existió un acto de competencia desleal, fijar la cuantía del daño correspondiente.⁶

Una definición parecida a la consagrada en el artículo 6 bis antes citado, se estableció internacionalmente en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial,⁷ que lee en su artículo 10 bis:

Artículo 10 bis Competencia desleal

1) 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:

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

Siguiendo esta definición de competencia desleal, el presente texto la analiza desde el punto de vista de la propiedad industrial y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y en este último caso, sólo de aquellos conflictos que surgen entre proveedores, con exclusión de los conflictos con consumidores.

⁶ Lo que el legislador busca es que se evite la vía de los daños y perjuicios e invocando el artículo 1910 del Código, ello en respeto de los criterios jurisprudenciales vigentes. PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS (Tesis: 1a./J. 13/2004; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, p. 365) emanada de la Contradicción de tesis 31/2003-PS. Cfr. con las acciones derivadas de infracciones en materia de comercio consagradas en la Ley Federal de Derechos de Autor, donde la reclamación de daños y perjuicios puede ser directa, según se establece en su artículo 213.

⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 27 de julio de 1976.

II. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA COMPETENCIA DESLEAL

La propiedad industrial es entendida como el conjunto de normas para usar de forma exclusiva y temporal las creaciones y los signos distintivos de productos, establecimientos y servicios.⁸ De una manera más didáctica, la propiedad industrial se ha definido enlistando las figuras que se consideran son cobijadas por las disposiciones aplicables, incluyéndose las patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas, los nombres comerciales, los avisos comerciales, las denominaciones de origen, los secretos industriales y la información no divulgada y las variedades vegetales.

En la Ley de la Propiedad Industrial vigente, los actos de competencia desleal pueden ser perseguidos como infracciones administrativas, y en el caso de la falsificación marcaria, por la vía penal.

Desde el punto de vista administrativo, las conductas infractoras se encuentran listadas —de forma no limitativa— en el artículo 213 de la Ley, que en sus treinta fracciones se ocupa de proveer hipótesis normativas particulares y específicas. Es importante precisar, sin embargo, que al definirse de manera general la competencia desleal, la fracción I establece:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

I. 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...

Desde el punto de vista de la ley en estudio, se requiere que cualquier acto, para considerarse competencia desleal, se relacione con alguno de los derechos sustantivos que dicho cuerpo regula. De ahí que la fracción I se ha ligado intrínsecamente a la actualización de otras, más sencillas de acreditar, como las fracciones IV y XVIII, que hablan del uso no autorizado de marcas semejantes en grado de confusión (fracción IV), o de marcas idénticas (fracción XVIII). El uso no autorizado de una marca de un tercero, además de ser un acto en sí ilegal, es un acto de competencia desleal, que va en contra de los buenos usos y costumbres comerciales.

Aunque en la práctica no han sido pocas las ocasiones en que se ha tratado de ampliar la definición de la fracción I para que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, o en su defecto los tribunales competentes se

⁸ Rangel Medina, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, México, UNAM, 1992, p. 9.

pronuncien sobre conductas de competencia desleal más amplias, poco ha sido conseguido.⁹

Diversa suerte ha corrido la fracción IX del precepto en cita, que señala como actos de competencia desleal los siguientes:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

IX. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:

- a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;
- b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;
- c) Que se presten servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;
- d) Que el producto de que se trate proviene de un territorio, región o localidad distinta al verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto...

En el caso de la fracción IX, la Ley de la Propiedad Industrial no parece vincular estas acciones a la existencia de un derecho particular y específico otorgado a su amparo; sin embargo, las cuatro causales cuentan con elementos muy específicos que en la especie se deben surtir para estar en presencia de un acto de competencia desleal. Actualmente se ha argumen-

⁹ INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL POR REALIZAR ACTOS CONTRARIOS A LOS BUENOS USOS Y COSTUMBRES COMERCIALES QUE IMPLICAN COMPETENCIA DESLEAL. SE ACTUALIZA AUNQUE NO SE REALICEN OTROS DE LOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS CONTENIDOS EN EL PROPIO PRECEPTO. La fracción I del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial señala que constituye una infracción administrativa realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y se relacionen con la materia que esa ley regula. Así, esta hipótesis se erige como la norma de carácter más amplio de cuantas prevé el precepto en lo general y el régimen de ilícitos en lo particular, constituyéndose prácticamente en una válvula de seguridad que el legislador ha incluido en previsión de que, tipos especiales, pudieran no ser adecuados para una cierta conducta que, aun siendo lesiva, no sea sancionada por no corresponder con precisión a los elementos constitutivos de cada supuesto señalado en las diversas fracciones de este numeral. Por tanto, dicho supuesto resulta de tal alcance que no sólo puede colmarse concomitantemente cuando se comete cualquiera de las infracciones que integran el artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, ya que todos los actos considerados como infracción administrativa deben entenderse como contrarios a los buenos usos y costumbres comerciales que implican competencia desleal, *por lo que se actualiza aunque no se realicen otros de los supuestos específicos contenidos en el propio precepto.* (Tesis: I.8o.A.49 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1836).

tado mucho acerca de la actualización de estos preceptos, pues a la luz de los criterios jurisprudenciales que han determinado aplicables los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador,¹⁰ su aplicación es de estricto derecho.

Tomemos como ejemplo el inciso c), que requiere para su procedencia una falsedad o confusión respecto del origen de los productos o servicios. Obviamente, si los productos o servicios ostentaran una marca igual o similar en grado de confusión a otra, sin duda, y dada la función identificadora de origen de la marca, subsidiariamente también se podría pensar en una confusión respecto al origen. Sin la existencia de la marca, la procedencia de la causal se encuentra limitada a usar o buscar de forma activa o pasiva una asociación entre dos empresas.

A manera de ejemplo, en la actualidad existe una estrategia comercial denominada *ambush marketing* (mercadotecnia por emboscada), donde una empresa que no es patrocinador oficial de un evento, no obstante, se vale del mismo para sacar un provecho comercial.¹¹ Un ejemplo de esta situación que dio vuelta al mundo ocurrió en el torneo de tenis en Wimbledon en 2009, afuera del estadio en donde se realizaban los encuentros deportivos, y donde se distribuyeron gratuitamente latas de papas identificadas con la marca “PRINGLES”, y que normalmente se distribuyen en una lata alta, circular, pero que ostentaban sobre un fondo verde la leyenda “ESTAS NO SON PELOTAS DE TENIS” (“*These are not tennis balls*”), haciendo alusión indirecta al evento. Era evidente el oportunismo en la distribución de los productos, pero difícil de determinar que el público consumidor pensara que “PRINGLES” era un patrocinador oficial del torneo o siquiera que hubiera una competencia comercial con el evento.

En México, el Octavo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito estuvo a cargo de un asunto similar, que concluyó con la publicación de dos tesis relevantes. En este caso, desarrollado durante la

¹⁰ DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”, que establece que: “la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos”. (Tesis: P./J. 99/2006; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXIV, agosto de 2006, p. 1565).

¹¹ Disponible en: <http://www.businessdictionary.com/definition/seller.html> (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2015).

Copa del Mundo de Fútbol realizada en Alemania, por la empresa PEPSICO en unión con HUEVOCARTOON, mediante la distribución de un álbum de estampas y comerciales asociados. El tribunal colegiado determinó que los actos de competencia desleal no necesariamente deben ocurrir entre competidores (a lo que se refiere como competencia horizontal y directa), pues, por el contrario, concluye, se puede generar en esquemas indirectos o verticales, donde los agentes económicos quieren establecer vínculos con mercados circunstanciales, no estables, como es el caso de las competiciones deportivas.¹²

En este tenor, otro tema interesante es el contenido de la fracción X, que habla del desprestigio activo del competidor, de sus productos o de sus marcas:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

X. Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Esta fracción, además de sancionar el dirigirse a la competencia de forma despectiva, aunque el consumidor lo considere verdad o no, regula desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual la publicidad comparativa.

Este tipo de publicidad es una estrategia comercial ampliamente utilizada en la actualidad, donde una empresa compara de forma directa y abierta sus productos con los de la competencia. Como se desprende del precepto en cita, la convergencia de la Ley de la Propiedad Industrial con la Ley Federal de Protección al Consumidor genera una herramienta útil para quien se siente agraviado por la comparación, pues da la posibilidad de accionar por cualquiera de las dos vías. En el caso de la Ley de la Propiedad Industrial, no obstante, el estudio se centrará exclusivamente en el análisis de si la publicidad es falsa, tendenciosa y/o exagerada.¹³

¹² COMPETENCIA DESLEAL. PUEDE DESARROLLARSE MEDIANTE ESQUEMAS INDIRECTOS O VERTICALES (Tesis: I.8o.A.52 A (10a.); *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1754) e INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX, INCISO C), DEL ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. EN QUÉ CONSISTE ESA HIPÓTESIS QUE REGULA UN CASO ESPECÍFICO DE COMPETENCIA DESLEAL. (Tesis: I.8o.A.51 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1837).

¹³ PROPIEDAD INDUSTRIAL. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 213, FRACCIÓN X, DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SE INTEGRA CON

Aunque se platicará más de este asunto al analizar el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para efectos de este apartado baste decir que ese tipo de publicidad se encuentra permitido, aquel acto que constituye competencia desleal lo es básicamente el agredir mediante imágenes o palabras a la competencia. Ha sido interesante cómo grandes empresas han jugado con ideas para que el consumidor voltee hacia ellos. Un ejemplo de vida corta fue un comercial de televisión de la marca “BURGER KING” intitulado “Come como Rey”, que comparaba aquello que un consumidor podía comer por quince pesos en dicho establecimiento en comparación con lo que podía comer en “otro lado” (develando un calcetín de rayas blancas y rojas). El comercial tuvo vida corta, aunque un gran impacto, pues aunque era evidente que BURGER KING no mostraba marcas de la competencia, de forma indirecta hacía referencia a ésta, desprestigiándola, pues equiparaba los alimentos de la competencia con un calcetín.

Un último tópico que presenta una interesante discusión en este apartado es la protección de la llamada “información no divulgada”, que se consagra como tal en la sección 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C (ADPIC),¹⁴ y a la que la Ley de la Propiedad Industrial hace referencia en el capítulo de secretos industriales, en el artículo 86 bis.¹⁵

La protección para esta información ha sido mayormente utilizada por la industria farmacéutica para dar protección particular a los datos de prueba. Estos datos son la información “resultante de numerosas pruebas de laboratorio (preclínicas y clínicas) desarrolladas a fin de verificar la eficacia, seguridad y calidad de nuevas drogas farmacéuticas o agroquímicas y requeridas para obtener, en función de ellas, la correspondiente autorización para su comercialización”.¹⁶

Al parecer, a raíz de la interpretación del texto del ADPIC y del artículo 1711, secciones 5 a 7 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

SUPUESTOS NORMATIVOS PROPIOS DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (Tesis: I.1o.A.103 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo III, p. 2367).

¹⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1994.

¹⁵ “Artículo 86 bis. La información requerida por las leyes especiales para determinar la seguridad y eficacia de productos farmoquímicos y agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos quedará protegida en los términos de los tratados internacionales de los que México sea parte”.

¹⁶ Santiago Tawil, Guido, *La protección de los datos de prueba. Su regulación en el Acuerdo TRIPS y la legislación argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 41.

(TLCAN),¹⁷ los datos de prueba son tratados como un derecho de propiedad industrial diferente e independiente a los ya existentes, que requieren para su protección: i) que se trate de una nueva entidad química,¹⁸ y ii) que su generación hubiera implicado un esfuerzo considerable.

Aunque no hay criterios publicados respecto a lo que significa “esfuerzo considerable”, de la sentencia recaída al Amparo Directo 142/2014, tramitado ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se puede inferir que se trata de cualquier gasto que justifique —aunque de forma indiciaria— la obtención de los datos.¹⁹

¹⁷ “Artículo 1711:

5. Si, como condición para aprobar la comercialización de productos farmoquímicos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, una de las Partes exige la presentación de datos sobre experimentos o de datos de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para determinar la seguridad y eficacia del uso de dichos productos, esa Parte protegerá los datos que presenten las personas cuando la generación de tales datos implique un esfuerzo considerable, excepto cuando la publicación sea necesaria para proteger al público o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

6. Cada una de las Partes dispondrá que, respecto a los datos señalados en el párrafo 5 que sean presentados a la Parte después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, ninguna persona distinta a la que los haya presentado pueda, sin autorización de esta última, contar con tales datos en apoyo a una solicitud para aprobación de un producto durante un periodo razonable después de su presentación. Para este fin, por periodo razonable se entenderá normalmente un lapso no menor de cinco años a partir de la fecha en que la Parte haya concedido a la persona que produjo los datos la aprobación para poner en el mercado su producto, tomando en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos de la persona para generarlos. Con apego a esta disposición nada impedirá que una Parte lleve a cabo procedimientos sumarios de aprobación para tales productos sobre la base de estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad.

7. Cuando una de las Partes se apoye en una aprobación de comercialización otorgada por otra de las Partes, el periodo razonable de uso exclusivo de la información proporcionada para obtener la aprobación se iniciará a partir de la fecha de la primera aprobación de comercialización”.

¹⁸ El Reglamento de Insumos para la Salud, disposición que en su artículo 2o., fracción XV, define a la nueva entidad química como: “Molécula Nueva, a la sustancia de origen natural o sintético que es el principio activo de un medicamento, no utilizada previamente en el país, cuya eficacia, seguridad y fines terapéuticos no hayan sido completamente documentados en la literatura científica”. *Diario Oficial de la Federación* del 4 de febrero de 1998.

¹⁹ El Tribunal concluyó en dicha sentencia que la quejosa demostró “que en la obtención del producto denominado ***** realizó un esfuerzo considerable en técnica, capital humano, tiempo e inversión, tanto así que obtuvo el registro sanitario correspondiente ante la autoridad competente, es claro que goza del derecho a obtener el reconocimiento de confidencialidad por haber cumplido la exigencia de la normatividad aplicable” (páginas 39 y 49). Para el tribunal, la quejosa tiene derecho a exigir el “registro de confidencialidad” tras haber “exhibido copia del oficio solicitud número 093501CT050091, de 29 de abril de 2010, en que consta el otorgamiento del registro sanitario número *****...” (página 38).

Así, estamos en presencia de un posible derecho perseguible como infracción administrativa ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, por las fracciones I y/o XXX de la Ley de la Propiedad Industrial.

III. LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA COMPETENCIA DESLEAL

Si bien es cierto que la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), organismo descentralizado encargado de aplicar la Ley Federal de Protección al consumidor es conocido por velar por los intereses de los consumidores, curiosamente también se encarga de evitar actos de competencia desleal.

El artículo 1o. de la Ley en comentario,²⁰ en su fracción VII, establece:

ARTÍCULO 1o. La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios...

En el mismo tenor, el artículo 10 establece que los proveedores no podrán aplicar prácticas comerciales coercitivas y desleales.²¹

El fundamento sustantivo de los actos de competencia desleal los encontramos en el artículo 32, que a la letra señala:

ARTÍCULO 32. La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, deno-

Así, con ese documento, la quejosa acreditó titular “del registro sanitario correspondiente y, por ende, que para su obtención proporcionó la información, datos y registros demostrativos de que la generación del nuevo producto farmacéutico implicó un esfuerzo considerable en técnica, capital humano, tiempo y dinero” (página 38).

²⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1992.

²¹ En el mismo sentido, los artículos 20, 24, fracción XIV, y 35, *inter alia*, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

minaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

La información o publicidad que compare productos o servicios, sean de una misma marca o de distinta, no podrá ser engañosa o abusiva en términos de lo dispuesto en el párrafo anterior...

Aunque desde la óptica de la Profeco, la obligación que tienen los proveedores de bienes y servicios de conducirse con verdad tiene como objetivo primario la protección de los consumidores, es innegable que tangencialmente cualquier revisión que se haga de la publicidad auxilia también a los competidores y evita actos de competencia desleal. De hecho, cualquier persona, física o moral, en su carácter de consumidor o competidor, puede presentar denuncias por incumplimiento a la Ley. La Profeco no califica en este tipo de solicitudes el interés jurídico del denunciante, pero sí limita su participación en el procedimiento, ya que dicha persona deja de formar parte del mismo una vez presentada la denuncia.

Ahora bien, ya refiriéndose de forma directa a las actividades entre competidores, el citado artículo 32 permite la comparación de productos o servicios (publicidad comparativa), siempre que ésta no sea engañosa o abusiva.

Con el objetivo de esclarecer el alcance e interpretación del artículo 32, la Profeco publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de junio de 2012, el Acuerdo por el que se Establecen los Lineamientos para el Análisis y Verificación de la Información y Publicidad,²² que establece, entre otros, los siguientes supuestos:

²² Con la tesis de jurisprudencia 104/2005, aprobada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO RESERVA A LA DISCRECIONALIDAD DE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR LA DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AHÍ CONTENIDOS, NI PERMITE A LA AUTORIDAD LLEVAR DE MANERA CAPRICIOSA EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN RESPECTIVO”, que establece que la emisión de los lineamientos “no reserva a la discrecionalidad de dicho organismo la definición de los supuestos ahí contenidos, pues la norma precisa de manera expresa que para los efectos de esa ley, se entenderá por ‘información o publicidad engañosa o abusiva’ aquella que refiera características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, induzcan a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta”. (Tesis: 1a./J. 104/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, agosto de 2005, p. 141).

- Evitar utilizar términos categóricos o superlativos, como “EL MEJOR”, “EL NÚMERO 1”, “EL PREFERIDO”, “EL MÁS DURABLE”, etcétera.
- Evitar desacreditar mediante aseveraciones falsas el establecimiento, los productos, marcas o la actividad comercial de cualquier persona o empresa, sea en su contenido o en la forma de presentación o difusión.
- Evitar comparaciones entre productos o servicios que induzcan al error o confusión a los consumidores por no ser comprobable o carecer de objetividad.²³

Una publicidad comparativa adecuada es aquella que compara productos de la misma especie o clase, productos que pueden ser intercambiables; por ejemplo, en el caso de llantas, que se trate de la misma medida, para los mismos fines y las mismas condiciones de terreno o clima. La comparación entre llantas para motocicleta y llantas para automóviles no es una publicidad objetiva.

Además, la Profeco tiene facultades para solicitar que se compruebe con documentos técnicos o científicos la veracidad de la información.

Por otro lado, la Profeco también emitió un Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos de Información o Publicidad Comparativa en Materia de Precios de Bienes, Productos o Servicios,²⁴ en el cual establece los requisitos para la comparación de precios de bienes o servicios idénticos comercializados por distintos proveedores:

- Los precios deberán corresponder a productos de la misma marca, modelo, presentación y contenido.
- Los precios deben expresarse en números absolutos y no en porcentajes.
- Los precios deben estar respaldados por los comprobantes de compra o fe pública del precio, los cuales deberán ser exhibidos en piso de venta, internet, etcétera, y deberán identificar al proveedor y su domicilio.
- Podrán comprobarse precios de productos que se vendan en internet, piso de venta, por teléfono, etcétera.
- La comparación de precios deberá realizarse el mismo día de la adquisición, y la vigencia de la promoción no deberá exceder de cinco días.²⁵

²³ Artículo décimo.

²⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 19 de octubre de 2009.

²⁵ Artículos segundo al décimo.

Ahora bien, cualquier violación al artículo 32 es considerada grave, por lo que la multa puede ascender hasta casi 3.5 millones de pesos. Asimismo, en caso de reincidencia, puede imponerse una multa de hasta 10% de los ingresos brutos anuales del infractor obtenidos por la comercialización de los productos o servicios publicitados, de acuerdo con el último ejercicio fiscal en que se haya cometido la infracción. Estas facultades derivaron de una reforma a la Ley Federal de Protección al Consumidor, con el objetivo de hacer de la Procuraduría un organismo fuerte en materia de publicidad, pues en el pasado muchas empresas simplemente realizaban leves cambios a la publicidad, pagando las multas que se le imponían.