

SUPUESTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN PROPIEDAD INDUSTRIAL

Hugo E. BECERRA ACEVEDO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Supuesto de competencia desleal contemplado en la legislación mexicana*. III. *Qué es la competencia desleal y la diferencia con la competencia prohibida*. IV. *Concepto de competencia desleal*. V. *Los dos problemas fundamentales de la disciplina de la competencia desleal*. VI. *Conceptos de competencia desleal en diferentes sistemas jurídicos*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la propiedad industrial ha alcanzado gran relevancia, el desarrollo de nuevas tecnologías y el uso de marcas como signos distintivos de una empresa a otra, es fundamental para el desarrollo de las mismas. Pero, además, la competencia desleal ha cobrado un valor agregado en el sistema de protección de la propiedad industrial; el poder distinguir un producto de otro es pieza fundamental del comercio, el diferenciar una marca es parte de la libre competencia, es aquí donde la competencia desleal hace su aparición en el escenario jurídico, llamando competencia desleal a la imitación tendenciosa que realiza un competidor, claro que con afanes de lucro, para allegarse de clientela.

Se aprecia de manera regular que las empresas tratan de imitar ciertos conceptos fundamentales de ciertas marcas, que por su originalidad, notoriedad, éxito o calidad de las mismas, incita al competidor a “colgarse” de la imagen que éstas poseen; valiéndose de la competencia desleal, imitando ya sea su diseño, denominación o características fundamentales, para allegarse de clientela efectiva.

Sucede lo mismo con las patentes, la falta de creatividad en el competidor se ve reflejado en copiar reivindicaciones de cierto invento, las cuales resultan ser de mala calidad y copia barata, esto para poder competir en el mercado.

Además, el crecimiento de la industria a nivel mundial requiere de adecuaciones para la protección de la imagen marcaria, y es precisamente aquí donde el legislador interviene, creando medios de protección para ésta; en este trabajo se aborda la competencia desleal en general, así como un breve estudio en distintos sistemas jurídicos, como el español, el italiano, el francés y el alemán y, por supuesto, el mexicano.

II. SUPUESTO DE COMPETENCIA DESLEAL CONTEMPLADO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La prohibición general de la competencia desleal, esta contenida, en la Ley de la Propiedad Industrial. La misma establece lo siguiente: Artículo 213. Son infracciones administrativas, fracción 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”.

Esta definición esta tomada del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial¹ (Convenio de París) y que al haber sido adoptada por México, es “ley suprema de toda la Unión”, según lo determina el artículo 133 de la Constitución.

En efecto, el artículo 10 bis del Convenio de París define la competencia desleal como: “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”,² y en particular prohíbe:³

- 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.
- Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

¹ De fecha 20 de marzo de 1883 y cuya última revisión adoptada en Estocolmo el 14 de julio de 1975 fue promulgada por el Ejecutivo Federal mexicano y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1976.

² Artículo 10 del Convenio de París, párrafo 2.

³ Artículo 10 del Convenio de París, párrafo 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, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Lo anterior es bastante amplio de hecho, el precepto resulta de tal alcance que puede válidamente sostenerse que cuando se comete cualesquiera de las infracciones que integran el artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial (véanse todas las hipótesis contenidas en este artículo) al mismo tiempo se está cometiendo una competencia desleal según lo vimos anteriormente, ya que cualesquiera de los actos considerados como infracción administrativa deben entenderse como un acto contrario a los buenos usos comerciales que implica competencia desleal. Más adelante realizamos un análisis respecto a la competencia desleal y su concepción en algunos sistemas jurídicos extranjeros.

Por otra parte, en cuanto al concepto manejado por la legislación mexicana respecto a las contravenciones a las buenas costumbres que originan el carácter ilícito de la actividad empresarial, se requiere que sean definidas “las buenas costumbres”.

Para tal objeto hay dos posibilidades. La primera es que se apliquen, como base, principios o normas éticas, o bien que se sirva de principios deducidos exclusivamente del derecho positivo.

Al final de cuentas, en ambos casos, no se requiere la existencia efectiva de cierto uso como base para su aplicación. Además, hay que anotar, que en la doctrina se distinguen las “buenas costumbres” de los “usos honrados” mencionados en el artículo 10 bis de la Convención de París, para la protección de la Propiedad Industrial”.⁴

III. QUÉ ES LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA DIFERENCIA CON LA COMPETENCIA PROHIBIDA

En términos generales se le llama competencia desleal al aprovechamiento que hace un competidor del uso de las características distintivas del titular original, como pueden ser las marcas, las patentes, los diseños industriales, o lo que es lo mismo todo lo que comprende la propiedad industrial.

⁴ Walter Frisco, Philipp y Mancebo Muriel, Gerardo, *La competencia desleal*, México, Trillas, 1975, p. 202.

Además, la doctrina concibe a la “competencia” en diferentes niveles.⁵ En principio habla de competencia ilícita como un concepto amplio que comprende a dos modalidades. La competencia ilícita implica el ejercicio de una actividad mercantil, de la que hay obligación de abstenerse, sin embargo, dentro de ese concepto general de competencia ilícita, cabe distinguir dos modalidades que la legislación y la doctrina aspiran a diferenciar; a saber la competencia prohibida y la competencia desleal. Ambas son igualmente ilícitas, con diferente caracterización y fundamento.

En efecto, llamamos competencia prohibida de un modo estricto y propio a aquella en que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia. No se puede lícitamente desarrollar un determinado tipo de actividades económicas, que se declara vedada jurídicamente para determinados sujetos, sobre los cuales recae una obligación de abstenerse de realizarse competencia.⁶

⁵ Más o menos en los mismos términos se refiere Hermenegildo Baylos: “La competencia desleal por violación de normas y la competencia prohibida son practicas de competencia ilícita. Sin embargo, mientras la competencia desleal por violación de normas supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad obtener una ventaja competitiva ilícita derivado del incumplimiento de una norma legal, la competencia prohibida implica realizar una actividad económica que la ley no permite. Así, la diferencia principal radica en que lo ilícito en la competencia desleal es el mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir”. Véase Baylos, Hermenegildo, *Tratados de derecho industrial*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 327-330.

⁶ Cuesta, José María de la, “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena”, *La regulación contra la competencia desleal en la Ley del 10 de enero de 1991*, Madrid, Cámara de Comercio e Industria-Boletín Oficial del Estado, 1992, pp. 37-39

”Para que se configure la practica prohibida basta el riesgo de confusión: El riesgo de confusión se define como una amenaza de conducir a error al consumidor sobre distintos aspectos de las actividades del infractor. En primer lugar, la confusión puede darse respecto de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, caso en el que la conducta prohibida supone que el infractor induzca al usuario a creer que el producto que adquiere es el de su competidor.

Este supuesto afecta normalmente la identidad de las marcas, a través de actos como incluir la marca que induce a la confusión al producto o a su embalaje, poner en venta productos transformados pero bajo la marca original, introducir productos diferentes en el envase del producto de la marca con la que se intenta confundir.

En segundo lugar, se encuentran los casos en que el público se encuentra en capacidad de distinguir las marcas o de diferenciar los productos o prestaciones del competidor y del infractor, pero como consecuencia de los actos de este último los atribuye erradamente al competidor (riesgo de confusión indirecto)

Esta obligación de abstención puede tener su origen en un precepto legal o en un contrato.

Pero aun más, el concepto de competencia prohibida lo encontramos en la misma Constitución. En efecto, la Constitución en su artículo 28 a la letra dice: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventores, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

De lo antes dicho se desprende que el Estado faculta de manera temporal a los particulares para que por medio de su inventiva, realicen la explotación comercial de dicho invento u obra artística; entonces tiene su origen en un precepto legal donde se le puede llamar competencia prohibida por la ley es el caso de los monopolios estatales, de las concesiones otorgadas por la administración, con cláusula de exclusividad; de los derechos de propiedad intelectual, por disposición de la ley, en todos esos casos una determinada actividad de producción o cambio de bienes queda bloqueada a favor de un único titular el monopolista, el concesionario, el sujeto del derecho exclusivo permaneciendo prohibida a todos los demás.

En ocasiones, sin embargo, la prohibición legal alcanza sólo a personas determinadas; así por ejemplo se puede hablar que los trabajadores en determinados casos dentro de su contrato laboral, se obligan a guardar confidencialidad, sobre los asuntos sobre los que la empresa tiene ciertos secretos, los cuales producen ventajas sobre sus competidores, y al darse a la luz crearía un menoscabo económico dentro de su empresa, por lo tanto el contrato laboral se constriñe a realizar cláusulas de confidencialidad, y a crear reservas en caso de que el trabajador este contratado por obra determinada, la empresa será titular de la realización de las mejoras o inventiva que pueda realizar este dentro del trabajo, siempre y cuando así lo estipulen las partes.⁷

Finalmente, también puede existir riesgo de confusión respecto de las actividades productivas o comerciales que fueron necesarias para poner los bienes en el mercado, en tanto el público les atribuye a un competidor que no las haya realizado.”

⁷ Al respecto Walter Frisch Philipp y Mancebo Muriel afirman:

“De la coexistencia, en la Constitución general, entre los artículos 4o. y 5o.; por una parte, y el 28, por la otra, se infiere que para su protección se aplicará a los hechos que contuvieron un elemento de competencia, el artículo 28 en forma exclusiva; razón por la cual los hechos prohibidos por éste no se admitirán, no obstante que el principio de

Aquí la buena fe juega un papel importante ya que implica el conocimiento respecto a la licitud de la adquisición que se está efectuando. El que los adquiere no tiene posibilidad de recurrir a registros para conocer a su titular y el modo en que tales conocimientos han circulado. El sistema jurídico le requiere, por lo tanto, que adopte ciertas precauciones básicas para evitar participar en la circulación de conocimientos técnicos adquiridos ilícitamente. Los adquirientes de buena fe de conocimientos técnicos no patentados deben ser protegidos pues en caso contrario obraría un severo obstáculo sobre el tráfico lícito de tales conocimientos, que es uno de los elementos centrales de toda economía de mercado. La buena fe es engrandecida nuevamente por la falta de un régimen registral para los conocimientos técnicos no patentados, a mayor abundamiento es necesaria la transcripción del maestro Guillermo Cabanellas:

Los casos típicos se refieren a transferencias efectuadas por empleados o ex empleados de empresas titulares de conocimientos técnicos no patentados. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este tipo de casos plantea problemas adicionales, como ser los relativos a cuáles son los poderes que tiene el empleado respecto de los conocimientos de propiedad del empleador.⁸

En conclusión el uso de la tecnología, más allá del fin para el que fue transferido, sólo será ilícito si quien la recibió actúa de mala fe, por lo cual se protege la circulación de los conocimientos técnicos no patentados, pues quien los adquiere puede en principio hacer pleno uso de ellos, si actúa de buena fe.

Para que la competencia sea ilícita como contraria a una prohibición legal, debe existir previamente un precepto expreso que establezca dicha prohibición; obviamente, en lo no prohibido expresamente, la competencia es lícita y permisible.

la libertad de actividad empresarial (artículo 4o.) fundamente, en el caso concreto, la situación respectiva. Ningún empresario podrá apoyarse, por otra parte, en la libertad de competencia (artículo 28) en el caso en que su actividad esté prohibida por una de las tres excepciones a la libertad de la actividad empresarial, fijadas en el artículo 4o. constitucional, máxime que la actividad competitiva sólo podrá ser considerada como admisible en cuanto se trate de una labor empresarial desarrollada en conformidad con el artículo 4o. mencionado”, *op. cit.*, nota 4, p. 196).

⁸ Cabanellas Guillermo, *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, La Ley, p. 734.

Pero la obligación de abstenerse de la competencia puede tener también su origen en un convenio entre partes determinadas. Hablamos entonces de competencia prohibida por contrato.

Como lo explican Walter Frisch y Mancebo Muriel:

El contenido de contratos de licencia de patentes o marcas está sometido a la quinta norma prohibitiva del artículo 28 constitucional, en la medida en que se pacten restricciones al ejercicio de la libre competencia de una de las partes, como en el caso en que se determinen ciertos precios de los artículos o prestaciones de servicios respectivos; pero no existe tal efecto prohibitivo en cuanto a normas contractuales sobre todas las circunstancias emanadas del derecho de la propiedad industrial respectivo y de su licencia. Esto sería el caso de la delimitación del contenido de la licencia o de la fijación de medidas destinadas al uso adecuado del propio derecho de propiedad industrial. Tampoco está prohibido el pacto de limitaciones al ejercicio de la libre competencia, en cuanto no repercutan en el mercado nacional, sino en el extranjero.⁹

De esa manera, las partes pueden convenir la obligación de abstenerse de la competencia, bien en un contrato principal, bien en un pacto accesorio de otro. En el primer caso surgen las variadísimas modalidades de *trusts*, consorcios, entes o *cartels*, varios empresarios convienen no hacerse competencia en determinados sectores, actividades o ramos de la industria y del comercio, o en determinadas zonas territoriales. Este tipo de contratos en que se contienen compromisos de abstenerse de competir plantean los problemas de licitud que trata de las normas que persiguen la eliminación de las limitaciones de la competencia.

Así, en el contrato de cesión de empresas normalmente se establece la obligación del cedente de abstenerse de ejercicio de la misma actividad industrial o mercantil que constituye el objeto de la empresa cedida. Se persigue con ello, como ha indicado Broseta, “de una parte, que el transmitente no detraiga la clientela ya adquirida, cuya cesión directa es imposible, y de otra, que pueda captar. En definitiva, la abstención de la competencia constituye en tales casos el medio adecuado para que tenga efectividad la transmisión de la empresa, en plenitud de sus valores”,¹⁰ o

⁹ Walter Frisch, Philipp y Mancebo Muriel, Gerardo, *op. cit.*, nota 4, p. 211.

¹⁰ Broseta Ponts, Manuel, *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, Colegio de Abogados de Valencia, recogiendo las conferencias sustentadas por diversos autores, 1995, p. 43.

como Garrigues señala, “representan el aspecto negativo de la obligación positiva de transmitir la clientela, añeja como elemento económico esencial a la transmisión de una empresa”.¹¹

También aquí rige el principio de que, para que exista la obligación de no hacer competencia, ha de haberse convenido así en un pacto expreso. La abstención ha de limitarse precisamente a este tipo de actividad.

En todos estos supuestos de competencia prohibida, tanto si la prohibición deriva de una ley como de un contrato, lo prohibido es el desarrollo de la actividad económica concurrencial, cualesquiera que sean los medios que se utilicen; aunque se realice la competencia con toda pulcritud y corrección.

De ese modo toda competencia desleal es ilícita; pero, en cambio, no toda competencia ilícita es desleal. En principio, pues, la terminología que utiliza la legislación mexicana no es rigurosamente exacta.

Entre nosotros, como es sabido, se llama competencia ilícita a lo que en otros sistemas extranjeros se denomina, propiamente, competencia desleal. La legislación mexicana estima que la competencia desleal es la competencia ilícita por excelencia y de ahí que le dedique tal nombre. De todos modos, la actitud mexicana no es totalmente injustificada. Al calificarla como tal, parece querer subrayar un tipo especial de antijuridicidad en esta clase de competencia, una antijuridicidad que no deriva directamente de un precepto prohibitivo expreso, sino de estimaciones sociales reprobatorias.

En ese sentido, la competencia desleal sería meramente ilícita, también se encontraría prohibida por el ordenamiento jurídico, sin embargo, conviene diferenciarla de la competencia prohibida por la ley. En efecto, aparte de plantear problemas muy diversos en cuanto técnicas legislativas de su represión, la competencia desleal se distingue de la competencia prohibida por la ley en el contenido de la propia prohibición.¹²

¹¹ Garrigues, Juan, *Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil*, Valencia, Colegio de Abogados de Valencia, 1997, pp. 50 y 51

¹² Walter Frisch Philipp y Mancebo Muriel, Gerardo, *op. cit.*, nota 4, p. 201. “La limitación a las buenas costumbres y a las normas de orden público nos parece demasiado estrecha, máxime que el orden público se integra sólo de normas y principios fundamentales que forman la base de los conceptos políticos, sociales, económicos y éticos dominantes en determinado país, tales como la monogamia, la prohibición de la esclavitud, etcétera.

La verdad es que nuestra interpretación conduce a una extensión más amplia del contenido de la primera excepción, dado que el legislador ordinario y el reglamentador que

La competencia prohibida por la ley se caracteriza porque en ella se considera ilícita la actividad económica prohibida que implica competencia, sea cual sea la modalidad que asuma su ejercicio; mientras que en las distintas formas de competencia desleal, la actividad concurrencial en sí misma es lícita y permisible, con tal que se desarrolle correctamente; encontrándose sólo prohibido ejercitarla con determinados medios, que son los que la hacen incurrir en la ilicitud.

En resumen, la ilicitud, del daño concurrencial es un postulado esencial del régimen de competencia. La competencia prohibida pone al sujeto privilegiado en cuyo favor reestablece la prohibición, el abrigo de todo riesgo concurrencial; mientras que en la competencia se presupone, quedando únicamente prohibido practicarla con el empleo de determinados medios reprobables.

La competencia desleal es ilícita por la aplicación del principio general que declara la responsabilidad por daño causado a otro o bien de la existencia de una ley especial represora, para sancionar a la misma se toma en cuenta el perjuicio indebido que se ocasionó a un tercero y no la ilicitud de haber causado a otro un perjuicio concurrencial.

La concurrencia causa siempre un perjuicio a los empresarios implicados en ella. Es una lucha en que se aspira a que triunfe el mejor, aquel que tiene el favor de los consumidores y, por tanto, el éxito de uno de los empresarios sólo puede conseguirse en detrimento y a costa de los demás, en cuanto que sus compradores dejan de ser compradores de los otros; el ordenamiento jurídico considera que realizar la actividad concurrencial con medios honestos y honrados es lícito.

IV. CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Si en general no resulta fácil dar una idea clara de lo que encierra en su ámbito esa modalidad de competencia ilícita que se denomina competencia desleal, esa dificultad sube de tono cuando se trata de elaborar un

le está subordinado tiene así la facultad de prohibir cierta actividad empresarial, a causa de lo que origine su carácter de “ilícita, mismo que exime a tal actividad de la protección constitucional. Sabemos que la concesión de amplias reservas por parte del Constituyente mexicano en favor del legislador ordinario se contrapone, en lo general, a la característica del primero, cuyo rasgo esencial consiste en la formación de una densa red de normas constitucionales que no permita la creación de normas legales algunas, que restrinjan el radio de acción de las disposiciones constitucionales”.

concepto que pueda ser aplicado al derecho positivo mexicano, por las razones que a continuación hemos de exponer .

Si hubiéramos de atenernos al plano de las significaciones lingüísticas, deberíamos partir de que, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, ser leal es “ser fidedigno, verídico y fiel en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo”,¹³ en nuestro caso concreto, en el desarrollo de una actividad determinada: la de ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado. La lealtad requiere, esencialmente, sujeción a lo que exigen las leyes de la fidelidad y el honor; debiendo repararse en que esa conformidad de la conducta con la verdad, la honorabilidad y la honradez, cuando se trata de una actuación concurrencial, hace relación a dos términos inseparables, que son, de un lado, los demás oferentes, o competidores y, de otro, la clientela que les compra, es decir los consumidores.

Pues bien, ante todo, habrá que recordar que dicha institución no puede darse un concepto absoluto, toda vez que la competencia desleal no ha tenido en todas las épocas históricas, ni la misma importancia y función ni el mismo contenido.

Si en general actuar deslealmente en la competencia es desarrollar la actividad concurrencial de un modo contrario a lo que la conciencia social acostumbra a adquirir, dentro de una especie de moral comercial, ya se comprende que ese juicio condenatorio varía, de acuerdo con las concepciones y las circunstancias económicas sociales de cada momento. Lo que en una sociedad resulta admisible y acostumbrado, en otra se considera reprobable.

La noción de deslealtad en la competencia, no deja de tener ese fondo moral común a muchas de sus manifestaciones, sin embargo, es una noción relativa: a la época, al país y al estamento social que consideramos. Así, para la moral de la concurrencia de la época gremial, hacer la propaganda de los productos es actuar deslealmente en la atracción de la clientela. En cambio, en la concepción actual la utilización de las más agresivas formas de propaganda y publicidad se estima normal y aceptable.¹⁴

¹³ <http://www.rae.es/>.

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, *op. cit.*, nota 8, pp. 737 y 738. “La utilización de la buena fe como un elemento de las figuras generales de competencia desleal, como se ha efectuado en importantes antecedentes del derecho comparado, debe considerarse como una técnica legislativa desafortunada. En el contexto de esas figuras generales, la buena fe —a secas o con el aún más confuso aditamento de “objetiva”— es un concepto que poco o nada tiene que ver con el concepto de buena fe tal como se lo ha desarrollado en otras áreas del

El concepto de competencia desleal es en cierto modo de carácter formal alude a la irregularidad de la conducta del competidor, juzgada a la luz de lo que se acostumbra, de lo usual y permisible, según una concepción social determinada, sin perjuicio de que forme parte de su contenido universalmente reprobado la maniobra fraudulenta, la conducta equívoca que implica engaño, cuyas manifestaciones más salientes asumen modalidades distintas en cada momento.

En fin, como observaba, el *ius* internacionalista y también especialista en el derecho de la propiedad industrial César Sepúlveda “no se ha realizado en este país, hasta la fecha, un solo estudio que permita percibir la real naturaleza de la ilícita competencia mercantil y sus diferencias con las otras instituciones de propiedad industrial”.¹⁵

V. LOS DOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Cuando hablamos de actuación desleal en la competencia, nos referimos a un tipo concreto y determinado de actividad, a la atracción y captación de compradores, a través de medios que podemos denominar como “tortuosos”, lo que pretende el competidor desleal puede quedar comprendido en esa aspiración.

Por otra parte se trata de potenciar la empresa propia, lo mismo que cuando persigue la debilitación de las empresas rivales, el desprestigio

derecho. Oculta, asimismo, el verdadero contenido del régimen de competencia desleal, que es prohibir las conductas contrarias a cierto modelo —en permanente evolución— de comportamiento de mercado, modelo que surge de la interacción de los usos y costumbre, de los modelos económicos teóricos y de las experiencias jurisprudenciales. De allí que debe considerarse poco recomendable la inclusión de este elemento en los tipos generales de competencia desleal empleados por nuestro derecho.

En cambio, ha sido fructífera la utilización del concepto de buena fe en el marco de ciertos casos específicos de competencia desleal. En este contexto, la buena fe consiste, normalmente, en la creencia de que se está actuando de forma lícita y sin violación de derechos subjetivos de terceros. La buena fe, así entendida, opera como un elemento subjetivo que destruye la ilicitud de la conducta investigada, y que hace así innecesario investigar la culpa o dolo del agente imputado.”

¹⁵ Sepúlveda, César, *El sistema mexicano de propiedad industrial*, México 1955, p. 162, véase también Walter Frish, Philipp, “Las protecciones legales general y especial contra competencia desleal”, *Revista El Foro*, México, quinta época, núm. 33, enero-marzo, 1994, p. 31.

de los otros; cuando incurre en imitación o falsear la naturaleza de los productos o su origen; en cualquier clase, en fin, de maniobras ilícitas que intente, al competidor desleal le moverá, como razón de su conducta, ganar clientes, aumentar sus posibilidades comerciales en el mercado es decir, existirá un ánimo encaminado a realizar una conducta ilícita, por lo que sería necesario calificar la conducta como desleal, a mayor abundamiento es importante citar la opinión del maestro Corroza.

Se plantea, en fin, el problema de determinar si, para calificar como desleal el acto perseguido es preciso apreciar en él, como elemento subjetivo indispensable, la existencia de un ánimo de perjudicar, de una intención de sustraer la clientela de otro, o siquiera, la concurrencia de culpa en el sujeto, o si, por el contrario, basta con que objetivamente la conducta deba ser calificada como de competencia desleal, con independencia de que el ser calificado como de competencia desleal, con independencia de que el agente conozca su ilicitud y desee sus efectos dañosos.

Se trata, en definitiva, de precisar la relevancia que tiene, para la calificación de un acto como de competencia desleal, la existencia de voluntariedad en el sujeto, en toda esa gama de grados constituidos por el dolo, la mala fe, la culpa y la negligencia.¹⁶

De lo anterior podemos discernir que la intención resulta ser el elemento subjetivo necesario para que el acto sea calificado de desleal, en otras palabras para que haya competencia desleal es imprescindible el dolo, mala fe, culpa o negligencia.

Pues bien, se denomina competencia desleal “a la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes, que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, dentro de la concepción representada por la costumbre y por el uso”.¹⁷

Dos son, pues, los problemas que suscita la calificación de la actividad concurrencial como desleal y condenable, en cada caso concreto. En primer lugar, la forma como queda plasmada en normas jurídicas la conciencia social reprobatoria. En segundo término, la clase de supuestos que según esas normas, merecen la clasificación de actos desleales.

¹⁶ Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1998, p. 355.

¹⁷ *Ibidem*, p. 311.

La ilicitud de la competencia desleal puede derivar jurídicamente, bien de la aplicación del principio general que declara la responsabilidad por daño causado a otro, bien de la existencia de una ley especial represora.

En efecto, en algunos ordenamientos jurídicos modernos, no existe competencia desleal. Ya se comprende, sin embargo, que en tales sistemas la deslealtad en la competencia no puede dejar de ser ilícita jurídicamente.

A falta de precepto prohibitivo expreso, la jurisprudencia considera a otro indebidamente, aplicando el principio general de la responsabilidad extracontractual o aquilina.

VI. CONCEPTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS

Como se venía mencionando, no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con instrumentos para sancionar la competencia desleal, o no cuentan con una ley especial represora, ya sea con preceptos legales expresos que la definan y declaren su ilicitud, ejemplo típico de estos sistemas es el francés.

La jurisprudencia francesa, al carecer de ley alguna que declare ilícita y/o prohíba la competencia desleal, motiva a sancionar la actuación desleal en la competencia con la posible cesación del acto y una indemnización de daños y perjuicios, basándose en que el competir de modo desleal, es decir, con mala fe, utiliza en la actividad concurrencial el fraude, la confusión entre signos distintivos, la denigración o la propaganda engañosa, es decir realizar un acto ilícito, comprendido en el artículo 1382 del Código Civil francés.

Se hace hincapié que con este criterio dicha jurisprudencia francesa elaboro uno de los conceptos más amplios y precisos de competencia desleal que se conocen, de eficaz aplicación a la posible realidad cambiante de la contienda en la actividad concurrencial sin otro apoyo que la norma general de derecho civil, la cual consagra la obligación de responder del daño causado por la ilicitud del acto. Por lo que la experiencia francesa, sin suprimir los inconvenientes derivados de la falta de una ley especial, demuestra que esto no afecta la violación que se pueda dar a la competencia desleal, por lo que dicha experiencia se podría catalogar como satisfactoria; lo que demuestra una vez más la importancia que tiene una interpretación actual, adaptada a las exigencias y necesidades actuales.

Evidentemente, la aplicación a los distintos supuestos de deslealtad en la competencia contemplan también el principio de responsabilidad extracontractual, por el que presupone la ilicitud en la actuación desleal en la lucha que implica la concurrencia; lo que a su vez plantea el problema para fundamentar jurídicamente tal calificación. Tal fundamentación no puede estar en la inclusión del acto en ninguna lista legal tasada de supuestos de ilicitud, puesto que la norma que consagra el principio de responsabilidad por daño, es por sí misma indeterminada y genérica; sino en la aplicación de criterios de valoración social e incluso moral, pero en su aplicación a través de estimaciones jurídicas propiamente dichas, como observa Edgar Galicia Villanueva:

El hecho de que haya de apreciarse en la acción u omisión causa dañosa, para que den lugar a responsabilidad, la existencia de culpa o negligencia nos advierten de que detrás del precepto hay una valoración que precisa verificarse. Para responder del daño no basta con causarlo; es preciso además que el daño sea indebido.¹⁸

Los casos jurídicos que permiten trasladar la valoración social sobre la que se basa el precepto a su aplicación práctica son muy variados, en algunos el daño se causó con incumplimiento de un deber, o sin derecho alguno a originarlo; se infringió excediéndose o abusando de un derecho o bien se omitió, en fin en la conducta el cuidado y la diligencia que son exigibles a todos, incluso en las actuaciones lícitas y permisibles. Son estas estimaciones jurídicas y otras parecidas, las que se traducen a juicios concretos de interpretación y aplicación de la norma por el principio general de responsabilidad extracontractual.

En un segundo grupo de sistemas, la represión de la deslealtad en la competencia se confía a la existencia de una ley prohibitiva y especial. No obstante, la experiencia específica que de los supuestos concretos de actuación desleal no puede hacerse de un modo estricto de acuerdo con la técnica de la tipicidad. Lo anterior lo demuestra el hecho de que estas leyes especiales resumen su criterio valorativo en la ilicitud de conductas que se tachan de desleales en una definición única de todas las eventuales manifestaciones concretas de deslealtad, luego complementada por enu-

¹⁸ Galicia Villanueva, Edgar, “Extraterritorialidad de la Ley de Competencia Europea y visión del derecho de competencia en México”, *Revista Estudios Jurídicos*, México, núm. 13, julio-diciembre, 2000, p. 35.

meraciones que no pretenden abarcar todos los posibles supuestos, sino recoger tan sólo los principales.

Todos estos sistemas que cuentan con una ley especial represora suelen servirse, para la organización de una disciplina de la competencia desleal, de la consignación de una cláusula general, la cual remite a su vez de valoraciones sociales que han de ser verificadas por el intérprete. Como Esser señala, “la técnica de la cláusula general implica la adopción de un tópico jurídico, apto para incorporar a la norma estimaciones esencialmente extrajurídicas”.¹⁹

Por otra parte, analizando la experiencia de otro país, en Alemania la materia fue regulada por la Ley contra la Competencia Desleal del 7 de junio de 1909,²⁰ asimismo se aprobó una nueva Ley contra la Competencia Desleal el 3 de julio de 2004 (en vigor desde el 8 de julio de 2004).

¹⁹ Esser Odd, Jack, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol Barcelona, Jus, 1961, p. 65.

²⁰ *Cfr.* su texto, con las modificaciones introducidas hasta 11 de marzo de 1957, en el Códice de Bonasi. En versión francesa, la misma, comprende las modificaciones de la Ley del 23 junio de 1970 y se publica en *La propriété industrielle* en febrero de 1972, p. 38.

En su artículo 1o., la ley consigna una cláusula general del siguiente tenor: “El que en el tráfico mercantil realiza actos, con finalidad de competencia, que atenta contra las buenas costumbres, puede ser sometido a una reclamación de cesación y de reparación del daño”.

“Como señala Fikentscher, lo que sirve de fundamento a la defensa frente a la competencia desleal que contiene la cláusula no es, pues, ninguna exigencia relativa a la lealtad misma, sino al comportamiento acostumbrado, usual, socialmente admisible”. Ese es el módulo legal al que la actuación concurrencial ha de ajustarse: Aquí, cualquier criterio de valor queda sustituido por una remisión a la costumbre, aunque los juicios valorativos no pueden evitarse, ni en ese caso, porque la referencia se hace, no a cualquier clase de costumbres, sino precisamente, a las buenas costumbres, es decir, a las costumbres honesta, honradas.

La fórmula elástica y amplia de que para competir lealmente hay que atenerse a lo que se acostumbra, a lo que vienen haciendo todos, con la aprobación social, encierra uno de los elementos esenciales de la institución, consistente en la obligación, implícita en toda actividad concurrencial, de utilizar medios corrientes y habituales, aquellos que todos se conciertan para usar; y no medios excepcionales y desacostumbrados, cuyo empleo forzosamente coloca a los demás competidores en una situación de desigualdad e inferioridad, contraria a la esencia misma de toda licitación. Lo que no es admisible es que cualquier competidor acuda a servirse de formas o modalidades de actuación a las que implícitamente han renunciado todos los demás países, por ir contra lo que se acostumbra estimar como permisible y honesto. Al prohibir la deslealtad, en realidad se sancionaría la conducta del competidor que juega con ventaja, podría decirse, puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado acostumbra a utilizar; a procedimientos que el uso rechaza, como contrarios a la probidad mercantil.

La nueva Ley contra la Competencia Desleal se divide en cinco capítulos, el primero llamado de “disposiciones generales”, del que se desprende la formulación de varias definiciones de acto de competencia desleal; una cláusula general de prohibición de la competencia desleal; varios ejemplos de conductas desleales; regula publicidad engañosa y comparativa, así como las perturbaciones inadmisibles (artículos 1o. a 7o.).

El segundo capítulo regula distintos tipos de acciones (remoción y prohibición del acto, reparación de daños y perjuicios, y “restitución de beneficios” y su prescripción (artículo 11). El capítulo tercero contiene varias disposiciones procesales (artículos 12-15); el cuarto algunos preceptos de tipo penal (la publicidad constitutiva de delito y la revelación de secretos comerciales y empresariales, artículos 16-19, y el quinto y último las disposiciones finales, artículos 20-22.

Ahora bien, la falta de concreción de la cláusula general se ve paliada por la inclusión de una lista abierta de ejemplos, la lista de conductas desleales se recoge en el artículo 4o. de la Ley, que declara que, en particular, se comporta deslealmente en el sentido del artículo 3o., quien:

1. Realiza actos de competencia idóneos para mermar la libertad de decisión de los consumidores o de otros sujetos que participan en el mercado ejerciendo presión, atentando contra la dignidad humana o a través de otras influencias subjetivas inadecuadas;
2. Realiza actos de competencia idóneos para sacar provecho de la falta de experiencia comercial, en especial de los niños y jóvenes, de la credulidad o del miedo de los consumidores o del estado de necesidad en que se encuentren los mismos;
3. Encubre el carácter publicitario de los actos de competencia;
4. No indica de manera clara e inequívoca las condiciones de disfrute de las medidas de promoción de ventas tales como descuentos, primas o regalos;
5. No indica de manera clara e inequívoca las condiciones de participación en concursos o sorteos que tengan carácter publicitario;
6. Hace depender la participación de los consumidores en un concurso o sorteo de la compra de un producto o del disfrute de un servicio, a no ser que el concurso o juego éste unido de forma natural al producto o servicio;
7. Desacredita o denigra los signos distintivos, los productos, los servicios, las actividades o las circunstancias personales o comerciales de un competidor;

8. Afirma o difunde hechos sobre los productos o servicios o sobre la empresa de un competidor o sobre el empresario o un miembro de la dirección de la empresa, que sean idóneos para perjudicar el funcionamiento de la empresa o la reputación del empresario, si no se puede probar que los hechos son ciertos; cuando se trate de comunicaciones confidenciales y quien la comunique o el destinatario de la comunicación tenga interés justificado en ella, el acto sólo será desleal cuando los hechos fuesen afirmados o difundidos faltando la verdad;

9. Ofrece productos o servicios que constituyan una imitación de los productos o servicios de un competidor, cuando;

a) induzca a los compradores a un error evitable sobre su procedencia empresarial,

b) perjudique o se aproveche indebidamente del prestigio de los productos o servicios imitados, o

c) haya obtenido los conocimientos o documentos necesarios para la imitación de manera deshonesta.

10. Entorpecer a los competidores deliberadamente

11. Contraviene un precepto legal que éste al menos también parcialmente destinado a regular el comportamiento en el mercado en interés de los participantes en el mismo.²¹

La derogada Ley contra la Competencia Desleal (UWG), se iniciaba con una cláusula general en la cual se podía “exigir la cesación y la reparación de daños y perjuicios a aquel que en el tráfico comercial y con la finalidad concurrencial realice actos contrarios a las buenas costumbres”; la estructura de la nueva ley es parecida, ya que de los diversos supuestos de competencia desleal son concreciones de la cláusula general, ya que la nueva ley contempla una cláusula general en el artículo 3o., y en el 4o. incluye ciertos ejemplos de competencia desleal.

Esto debido a que el nuevo derecho alemán contra la competencia desleal no es suficiente que una conducta sea considerada desleal para resultar prohibida, sino que habrán de reunirse, asimismo, los demás elementos expresados en la cláusula general, a decir la lealtad en la competencia no protege por sí mismas, sino sólo en la medida en que el acto sea idóneo para perjudicar los intereses protegidos de los distintos partícipes en el comercio, visto de esta manera, la nueva cláusula general incremen-

²¹ García Pérez, Rafael, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 258, octubre-diciembre 2005, pp. 1665 y 1666.

ta la compatibilidad del derecho alemán con el derecho comunitario, que utiliza en muchos preceptos el término “deslealtad”.

la cláusula general habrá de integrarse recurriendo al derecho comunitario, al marco constitucional y a una ponderación de los intereses protegidos por la Ley (artículo 10.), teniendo en cuenta en la valoración de la deslealtad de una conducta todas las circunstancias del caso concreto (motivo, finalidad, medios utilizados, circunstancias concomitantes y efectos). En efecto, los tribunales habrán de respetar el marco comunitario y el constitucional, especialmente los derechos fundamentales (libertad de expresión, etc.). Además, su interpretación deberá guiarse por los intereses que tutela la Ley según su artículo 1. En concreto, se determinarán los intereses afectados por una conducta, se valorará si son dignos de protección y en qué medida y se realizará una cuidada ponderación para llegar a una solución adecuada.²²

Análogo problema se plantea con la regulación contenida en el Código Civil italiano (CCI), donde se encuentran recogidas normas específicas sobre la disciplina de la competencia desleal.²³ La técnica legislativa invierte los términos; primero da toda una definición de carácter general y pasa a continuación a enumerar los principales supuestos típicos y la regulación procede a la inversa.

En efecto, el artículo 2598 del CCI²⁴ considera constitutivos de competencia desleal:

1. El uso de nombres o signos distintivos aptos para producir confusión con los de otros; en su apartado;

²² *Ibidem*, p. 1.665

²³ Artículos 2598 a 2601 del Código Civil italiano.

²⁴ *Ibidem*, artículo 2598. 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.

2. La difusión de noticias sobre los productos o actividad de un competidor, capaces de desacreditarlo, y en su apartado;

3. Valerse directa o indirectamente “de cualquier otro medio no conforme a los principios de la corrección profesional y apto para dañar la empresa ajena.

Evidentemente es una cláusula general, que residualmente recoge los posibles supuestos de deslealtad que no han quedado especificados en los apartados anteriores. Se establece como sanción la condena a la cesación del acto, con el posible pronunciamiento para eliminar sus efectos y, si aquél ha sido realizado con dolo o culpa, es necesario el pago de daños y perjuicios; además de la publicación de la sentencia condenatoria.²⁵

Franceschelli, al comentar la formula italiana de represión de la competencia desleal, subraya que aquí como en otros muchos casos, el legislador se ha servido de conceptos que permiten al derecho seguir las mudables circunstancias de la vida; ante la imposibilidad de fijar en reglas *a priori* todas las posibles modalidades o todos los posibles medios desleales en la competencia, ha hecho referencia, para determinarlos, a los principios de la corrección profesional.²⁶

Pasteris a su vez, recuerda que las legislaciones han preferido, incluso con los inconvenientes que ello supone, “dictar una normatividad elástica, acogiendo como criterios de valoración conceptos idóneos para adaptarse a las mudables exigencias de la disciplina”, tales como el de buenas costumbres, en Alemania; corrección profesional, en Italia; usos honestos, en la Convención de París, Bélgica y Luxemburgo; buena fe, en Suiza; acto ilícito civil, en Francia.²⁷

Un segundo problema plantea el estudio de la disciplina de la competencia desleal y es la determinación de su contenido. Se trata de precisar ahora cuáles son las actuaciones que en la lucha concurrencial merecen la calificación de desleales, cualquiera que sea la técnica jurídica que se utilice para su represión.

De lo anterior se aprecia que la competencia desleal no es una institución de contenido homogéneo. Está nutrida fundamentalmente de tres tipos de comportamiento antijurídicos diversos:

²⁵ Artículos 2599 y 2560 del CCI.

²⁶ Franceschelli, Paolo, “Studi sulla concorrenza sleale”, *La Fattispecie, Riv. Diritto Industriale*, Milán, t. IV, núms. 3-4, 1983, p. 260.

²⁷ Pasteris Rogel, Vide, “Le Droit”, *Le Mond*, Ginebra, núm. 16, 1997, p. 536.

- aquellos en que la nota de antijuricidad la da de modo esencial la aprobación indebida de valores ajenos en la lucha concurrencial;
- los que se caracterizan por implicar un ataque injusto a otro competidor y
- los que se definen como contrarios a la verdad y a la realidad en la competencia en el mercado.

El fraude, la maquinación dañosa y la actuación que implica engaño son los tres elementos principales que dan su contenido propio a la disciplina de la competencia desleal.²⁸

Por lo que se refiere a España, la Ley de Competencia Desleal (LCD) se refiere a los supuestos desleales que perjudican fundamentalmente a los empresarios competidores, y son los siguientes:

²⁸ *Idem*, son muy numerosas las clasificaciones propuestas por la doctrina de los actos de competencia desleal: Todas ellas utilizan como criterio para la clasificación la finalidad del acto mismo. Desde nuestro punto de vista, agruparemos las distintas modalidades y manifestaciones de la deslealtad en la competencia en esos tres sectores principales, cada uno de los cuales se caracteriza por centrarse en un tipo de antijuricidad distinta: el fraude, la maquinación dañosa y el engaño. Aludiendo a algunas de las clasificaciones doctrinales más salientes, recordáramos que, para Ascarelli, los actos de competencia desleal pueden dividirse en tres grandes grupos: actos de confusión (entre distintivos de toda clase), actos de denigración y actos de sustracción. Mermillo los divide en: 1) Actos que tienden a la debilitación o destrucción de la posición que cada competidor ocupa en el mercado (como la denigración o el desprestigio de un competidor, la perturbación o destrucción de su publicidad, el empleo de maniobras para desorganizar la empresa ajena, extorno de empleados, etcétera) y 2) Actos que persiguen la creación o el refuerzo de la posición que ocupa en el mercado el autor de la conducta desleal (como los actos de confusión o imitación, la publicidad que se sirve de afirmaciones falsas, usurpación de calidades o títulos, denominaciones de origen etcétera) Sordelli los clasifica en: Actos que incurran en la organización de la empresa ajena (agresión a la empresa, disfrute abusivo de secretos ajenos, maniobras para la violación de relaciones contractuales, etcétera) 3) Actos que persiguen la confusión con la actividad del concurrente (mediante imitación de catálogos, formas de publicidad, etcétera). 4) Actos que afectan a los precios de los productos del competidor desleal de calidades de los productos ajeno; la crítica de éstos, la comparación con los propios, la denigración y utilización de falsas noticias, etcétera); 5) Actos relativos a los medios de propaganda (publicidad con datos inexactos, afirmación de exclusivas inexistentes, anuncio de falsas rebajas comerciales, etcétera). Finalmente, se refiere Sordelli a algunas figuras de dudosa calificación, como las liquidaciones o ventas extraordinarias, ventas con premios, rebajas de precios, etcétera. Una de las fuentes principales de la que se nutre la competencia desleal la constituyen todos aquellos actos de concurrencia en que de un modo u otro el competidor desleal con actos de imitación que implican el aprovechamiento fraudulento del esfuerzo, del titular de la patente.

1. Los actos de denigración²⁹ son aquellos 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,³⁰ en donde se prohíbe la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales cuando estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

Como señala 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”.³¹ 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 fundación 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 o única procedencia. A más de un ejemplo a decir la jurisprudencia y la doctrina Alemana exigen para calificar de desleal la imitación servil, que el producto sea conocido en los medios comerciales y que el público asocie una procedencia y calidad particular.

Por lo que el producto plagiado ha de ser reconocido como procedente de una determinada empresa y se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que ello no significa que los consumidores conozcan cuál es su origen sino que la forma del producto es tan peculiar que aquellos acaban por identificarlo, de modo que asignan a dicho producto un mismo origen empresarial.

El artículo 12 de la 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

²⁹ Artículo 9o. de la LCD.

³⁰ Artículo 11 de la LCD.

³¹ Otamendi, J. J., *Comentarios a la Ley 3/1991 de la Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 158, tomado de Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, p. 330.

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 de la LCD española, la explotación de la reputación ajena lo que se busca es precisamente establecer la relación con otros competidores para aprovecharse del prestigio o reputación de que disfrutaban en el mercado.

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, dicho positivamente, no habrá inducción al error o riesgo de confusión cuando la referencia expresa netamente el distintivo origen de los productos o servicios.

También se considera competencia desleal la violación de secretos industriales³² ya que es desleal divulgar o explotar sin autorización de su titular secretos industriales o de cualquier otra especie a los, que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva.³³ Aunque haya accedido a ellos de modo legítimo, por relaciones precontractuales o contractuales, hay obligación de guardar dicha reserva.³⁴

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

Este conocimiento, que es un estado mental, recae sobre un objeto determinado, el cual constituye el otro elemento estructural del secreto empresarial. Este objeto es traducible en ideas, productos, procedimientos o experiencias industriales o comerciales, no sólo relativas al sector técnico industrial o al sector puramente comercial de la empresa, sino además a las relativas a otros aspectos de la organización interna de la empresa y sus relaciones.

³² Artículo 13 LCD.

³³ Broseta Pont, Manuel, *Problemática jurídica actual de la empresa*, op. cit., p. 135.

³⁴ Galán Corona, Pedro, "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", *Revista de Derecho*, Madrid, octubre-diciembre de 1998, p. 9.

Por lo que 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 circunstancial, sino que debe existir una voluntad consciente y deliberada por parte del titular del secreto de mantener el carácter secreto del mismo.

Por último, en este conocimiento ha de concurrir una circunstancia objetiva, 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 sino objetivamente justificado en su relevancia para la actividad empresarial que desarrolla el titular del secreto en el mercado.

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

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. Es preciso tener presente que el secreto empresarial, bien inmaterial, es extraordinariamente frágil; su revelación lo destruye y ello trae negativas consecuencias sobre la competencia en el mercado en cuanto que su titular se priva de un supuesto competitivo; de ahí que, aunque el agente no persiga afianzar su interés en el mercado, la revelación afecte su competencia. Por ende, 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.³⁵

A decir la primera conducta constitutiva de sanción es la explotación, misma que se entiende por el aprovechamiento u obtención de alguna ventaja del secreto ya sea en un interés propio, ya sea en un interés ajeno. En el segundo caso la conducta prohibida es la divulgación de los referidos secretos.

La inducción a la ruptura contractual³⁶ 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

³⁵ Los artículos 20.1 b/ y 33.1 de la Constitución Española (CE), además del propio artículo 38 de la CE.

³⁶ Artículo 14 de la LCD.

con una contraprestación a la ruptura de contrato, o la aprobación indebida de listas de cliente.³⁷

También el aprovechamiento de la ruptura contractual puede ser desleal si median ciertas circunstancias, como el intento de eliminar al competidor del mercado del inductor o la inducción a la violación de un pacto de no competencia por el competidor desleal.³⁸

Ahora bien, el segundo grupo de supuestos tipificados en la LCD como desleales se refiere a las practicas que atentan directamente contra el consumidor. En este apartado la LCD considera como desleales:

1. Los actos de confusión.³⁹ Es decir, aquellas actuaciones idóneas para crearla en relación con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. La Ley al utilizar la expresión “idóneo”, está incluyendo tanto los comportamiento que están creando, como todos los potencialmente susceptibles de crear confusión.⁴⁰ En efecto, el artículo 6o. de la 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 confusión para que la deslealtad se produzca. Al respecto Martín-Achard señala

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.⁴¹

³⁷ Broseta Pont, Manuel, *Problemática jurídica actual de la empresa*, op. cit., p. 10.

³⁸ Illescas Ortiz, Rafael, “La infracción inducida”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, agosto de 2000, p. 11.

³⁹ Artículo 6o. de la LCD.

⁴⁰ Broseta Pont, Manuel, *Problemática jurídica actual de la empresa*, op. cit., p. 10.

⁴¹ Oldekop, Dieter, “Integración regional y derechos de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho de la Alta Tecnología*, Buenos Aires, año VI, núms., 70-71, junio-julio, 1994, pp. 70 y 71. Tomado de Achard, Martín, *Problemática jurídica actual de la propiedad industrial*, Madrid, Jus, 1998, p. 50.

Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, que sea susceptible de error a las personas a las cuales 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. 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 restarles competidores. El perjuicio a los demás competidores existen; 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.⁴²

Se trata en definitiva, de difundir o utilizar indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente obtenidas, como dice Otamendi pero no sólo cuando se trata de ventajas, sino cualquier elemento del artículo 7o.⁴³

2. Los obsequios, primas y regalos,⁴⁴ 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.

3. La actitudes discriminatorias,⁴⁵ tanto en materia de precios como en otras condiciones de venta que se reputarán desleales, excepto si media causa justificada.

4. Actos de competencia desleal contrarios al buen funcionamiento del mercado. Un funcionamiento correcto del orden concurrencial exige 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, lo hacen 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,

⁴² Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, cit., p. 170.

⁴³ Otamendi, J. J., *Comentarios a la Ley 3/1991 de la Competencia Desleal*, cit., p. 319

⁴⁴ Artículo 8o. de la LCD.

⁴⁵ Artículo 16 de la LCD.

o a su puesta en peligro. Los casos más claros son aquellos de desorganización de la empresa rival y de adquisición de secretos industriales o empresariales ajenos, aunque este entra también dentro del primer supuesto.⁴⁶

Sin embargo, los supuestos tipificados en la LCD son:

a) Las actuaciones con violación de normas.⁴⁷ Este artículo se refiere al caso de prevalerse en el mercado de una ventaja adquirida mediante la infracción de leyes, siempre que dicha ventaja sea significativa.

b) La venta a pérdidas,⁴⁸ que sólo se reputará desleal si es susceptible de inducir a error, desacredita la imagen de un producto o establecimiento ajenos a cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

c) La explotación de situaciones de dependencia artículo,⁴⁹ 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 para el ejercicio de su actividad económica.

Ahora bien, 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 mercado, es lógico que el derecho reaccione sancionando con diversas medidas a quienes incurren en esta competencia desleal. 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 precisamente un acto de competencia desleal, y por consiguiente, ilícito. Se denuncia, demanda y se obtiene la correspondiente sentencia judicial.

⁴⁶ Virgos Soriano, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal estudios de derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1997, p. 94.

⁴⁷ Artículo 15 de la LCD.

⁴⁸ Artículo 17 de la LCD.

⁴⁹ Artículo 16.2 de la LCD.

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, 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 cautelar⁵⁰ 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, tendiente 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, 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, modificando 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 debería respetar al competidor.

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 exclusividad u otro de análogo contenido. 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 exhibir al causante de una infracción de la lealtad que debía respetar al competidor.

⁵⁰ Artículo 25.1 de la LCD.

VII. CONCLUSIONES

Nuestro sistema jurídico otorga a todo empresario la libertad para iniciar cualquier actividad lícita. Libertad que se desarrolla en el campo de la libre competencia. Esta libertad del empresario implica una responsabilidad social de crear empleos y satisfacer las necesidades de la población, lo que a su vez arroja una responsabilidad a cargo del Estado de proteger dicha actividad, por medio del ordenamiento jurídico.

La competencia que atenta contra la protección normativa de la libertad de iniciativa y de comercio, es ilícita. Ésta tiene dos especies: la competencia prohibida y la competencia desleal. La primera deriva ya sea de una norma que prohíbe ciertas conductas o por la violación a un contrato. La ilicitud en la competencia desleal consiste en contravenir los usos honestos o las buenas costumbres en materia comercial.

Las normas que reprimen los actos de competencia desleal en materia de propiedad industrial, derivan de los artículos 5o. y 28 constitucionales, del Convenio de París y de la Ley de la Propiedad Industrial. Los actos de competencia desleal puede ser muy variados y en múltiples campos del derecho, sin embargo, la Ley de la Propiedad Industrial es el mejor medio en que los actos desleales se pueden reprimir, ya que por lo general, los actos desleales tienen una estrecha relación con la propiedad industrial.

La represión de los actos de competencia desleal tiene su fundamento en que el infractor contraviene los usos honestos en materia comercial o las buenas costumbres, por lo que parte de nuestro derecho, en específico la Ley de la Propiedad Industrial, crea la figura de las infracciones administrativas, el artículo 213 es un parte aguas de la represión a la competencia desleal.

Debe intentarse a toda costa suprimir el acto de competencia desleal para que no se siga causando un daño o que potencialmente no se cause dicho daño; por lo tanto, se debe intentar primero la vía administrativa, que es más rápida que la jurisdiccional, y después reclamar los daños y perjuicios mediante el ejercicio de la acción contenida en el artículo 1910 del Código Civil. No debe intentarse solamente esta última vía, porque se corre el peligro de que el daño se cause o se siga causando.

Es importante crear un Código de Represión de la Competencia Desleal en materia de propiedad industrial, o crear un capítulo en la Ley de la Propiedad Industrial a la vez para que dicha disciplina puede desarrollarse mediante ésta. No vemos impedimento alguno para que en nuestro país

se dé dicha situación, en aras de fomentar la creatividad del empresario, en vez de propiciar el mimetismo y la corrupción en el competidor.

Ante la apertura económica, se requiere fomentar la actividad emprendedora y creadora del competidor, y corresponde a los juristas fomentarla, a través de la búsqueda de la técnica jurídica y del enriquecimiento del derecho, que la actividad de aquellos sea lícita y motive la prosperidad de la sociedad. Iniciativa de ambos, que sin duda, es la fuente de riqueza de una nación.

Es importante valorar la experiencia de los distintos sistemas contemporáneos, a título personal el que me pareció más completo fue el español, de ahí podemos retomar en primer lugar, que hay un Tribunal de Competencia Desleal y un juez que es el que las emite, ahora bien, dentro de la sentencia puede ir aparejada la acción de indemnización de daños y perjuicios, cosa que en el sistema mexicano no se ve, ya que dicha indemnización deberá solicitarse por cuerda separada encaminada a la vía civil, una vez que la declaración administrativa de infracción haya quedado firme, restándole celeridad al asunto.

Por otra parte, la Ley de Competencia Desleal en España, contempla actos discriminatorios, como la publicidad comparativa, destacando este supuesto porque a decir la Ley de la Propiedad Industrial no tiene facultades para pronunciarse al respecto por una violación a consumidores, ya que dicha facultad la ejerce la Procuraduría Federal del Consumidor, por lo que debería ampliarse las facultades de competencia para que el Instituto se pronuncie sobre posibles violaciones a consumidores, ya que la protección de signos distintivos siempre va aparejada a la posible violación al derecho de los consumidores.