Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Competencia desleal

Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007

Marco Antonio González Iturria
Mauricio Tapia Rodríguez
Tomás Menchaca Olivares
Santiago Ortúzar Decombe
Andrea Barros Iverson
Orlando Poblete Iturrate
José Manuel Bustamante Gubbins
Enrique Urrutia Pérez

Marco Antonio González Iturria
editor

2007

Cuadernos de Extensión Jurídica 14

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Competencia desleal

Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007

Marco Antonio González Iturria
Mauricio Tapia Rodríguez
Tomás Menchaca Olivares
Santiago Ortúzar Decombe
Andrea Barros Iverson
Orlando Poblete Iturrate
José Manuel Bustamante Gubbins
Enrique Urrutia Pérez

Marco Antonio González Iturria
EDITOR

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 14 (2007)

Cuadernos de Extensión Jurídica 14 (2007)
Competencia desleal

CIP - Universidad de los Andes

Competencia desleal: análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007 / Marco Antonio González Iturria... [et al.]; Marco Antonio González Iturria, editor.
p.-- (Cuadernos de Extensión Jurídica; 14)

1.- Competencia Económica Desleal – Chile. 2.- Chile. Ley N° 20.169. I.- González Iturria, Marco. II.- s.

CDD 22
343.83072 2007 RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani
Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.
Secretario de redacción: Osvaldo Lagos Villarreal.

ISSN: 0717-6449
ISBN: 978-956-7160-47-1
Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 167.195

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2007 Universidad de los Andes
Impresión: Andros Impresores
Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA
Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

TOMÁS MENCHACA OLIVARES
Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Económico
Pontificia Universidad Católica de Chile

SANTIAGO ORTÚZAR DECOMBE
Máster en Derecho Universidad de Londres
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

ANDREA BARROS IVERSON
Licenciada en Derecho Universidad de los Andes
Profesora de Derecho Económico
Universidad de los Andes

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
Máster en Derecho Privado Universidad de París XII
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

JOSÉ MANUEL BUSTAMANTE GUBBINS
Máster en Derecho Universidad de Chicago
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de los Andes

ENRIQUE URRUTIA PÉREZ
Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de los Andes

ORLANDO POBLETE ITURRATE
Magíster en Derecho Universidad de Chile
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 13

LEY N° 20.169, QUE REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL. ASPECTOS GENERALES
Marco Antonio González Iturria

1. Antecedentes de la ley 15
2. Justificación de legislar: ¿vacío de ley o del Derecho? 17
3. El bien jurídico protegido 18
4. Concepto de competencia desleal 19
   4.1. Concepto general 19
   4.2. Casos de competencia desleal 20
5. ¿A quién se debe lealtad en la competencia? 22
   5.1. Las imperfecciones de mercado y la regulación 22
   5.2. La competencia desleal y la regulación 23
   5.3. Beneficiar a los consumidores o a los competidores 24
6. Acciones para perseguir competencia desleal 25
   6.1. El listado de acciones 25
   6.2. Algunos comentarios 25
7. La extraña norma del Artículo 10 26
   7.1. Antecedentes 26
   7.2. ¿Hay un perjuicio social que reparar? 27
8. Conclusiones 28

LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY N° 20.169, ¿EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBAS DISCIPLINAS?
Tomás Menchaca Olivares

1. Introducción 31
2. Algunos comentarios críticos a la Ley N° 20.169 34

2.1. Pluralidad de acciones respecto de un mismo hecho 34
2.2. Tipificación de las conductas 38
3. Conclusión 39

COMPETENCIA DESLEAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL
Santiago Ortúzar Decombe
1. Definiciones legales 41
2. Competencia leal 43
3. Relación entre la propiedad intelectual y la competencia desleal 45
4. Los límites de la propiedad intelectual 47
5. Más allá de la propiedad intelectual 50
6. El concepto de *Goodwill* 51
7. Límites a la competencia desleal 53

COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Andrea Barros Iverson
1. Introducción 57
2. Competencia desleal y protección al consumidor: bienes jurídicos protegidos 58
3. La competencia desleal 60
4. Competencia desleal y consumidores 61
4.1. Objeto e historia de la Ley de Competencia Desleal 61
4.2. La Ley de Protección al Consumidor 63
4.3. Ley de Competencia Desleal y consumidores 65
4.3.1. Aspectos generales 65
4.3.2. Concurso de leyes 65
4.3.3. Los actos de competencia desleal 66
4.3.4. El procedimiento y las sanciones en la Ley de Protección al Consumidor y en la Ley que Regula la Competencia Desleal 69
5. Conclusiones 72

COMPETENCIA DESLEAL: INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y EJERCICIO MANIFIESTAMENTE ABUSIVO DE ACCIONES JUDICIALES
José Manuel Bustamante Gubbins
Enrique Urrutia Pérez

1. Introducción 73
2. Inducción al incumplimiento de contratos 74
3. Requisitos que deben concurrir para la configuración de la infracción del artículo 4 letra f) de la Ley 76
   3.1. Contrato vigente 76
   3.2. Sujeto 76
   3.3. Incumplimiento de obligaciones 77
4. Ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado 79

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CHILENO
Mauricio Tapia Rodríguez

Resumen 85
Introducción 85
1. Generalidades 85
2. Plan 87

Primera Parte: Noción de competencia desleal 87
3. Libre competencia y competencia desleal 87
4. La competencia ruda y la competencia deshonesta 88
5. Cláusula general 89
6. Ilícitos particulares 90
7. (i) Actos de confusión 90
8. (ii) Actos de engaño 90
9. (iii) Actos de denigración 90
10. (iv) Publicidad comparativa 91
11. (v) Inducción al incumplimiento de contratos 91
12. (vi) Abuso de acciones judiciales 91

Segunda Parte: Ejercicio de la acción de responsabilidad civil 92
13. (i) Sistema de acciones 92
14. (ii) Titularidad activa 92
15. (iii) Prescripción de las acciones 92
16. (iv) Tribunal competente 93
17. (v) Procedimiento sumario. Medidas precautorias 93

EL PROCESO CIVIL DE COMPETENCIA DESLEAL
Orlando Poblete Iturrate

1. Introducción 95
2. La tutela jurisdiccional. Las acciones y el proceso 98
3. Especies de tutela y acciones para los casos de competencia desleal 100
   3.1. La tutela de condena. La acción de cesación del acto o de prohibición del mismo 100
   3.2. La tutela declarativa. La acción declarativa de acto de competencia desleal 102
   3.3. La tutela de condena a la remoción de los efectos del acto mediante publicaciones y rectificación de informaciones 105
   3.4. La tutela indemnizatoria. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios 106
4. Partes. Legitimación activa y pasiva, individual y colectiva 107
   4.1. Legitimación individual 108
   4.2. Legitimación colectiva 111
   4.3. Legitimación pasiva 113
   4.4. Pluralidad de partes. Acumulación de acciones. Litisconsorcio 114
   4.5. ¿Concurso de acciones? ¿Concurso de normas? 118
5. Acerca del procedimiento 120
   5.1. Comentarios sobre el procedimiento sumario 122
   5.2. La defensa 124

5.3. Acerca de la prueba 125
5.4. Medidas cautelares 127
5.5. Sobre la cosa juzgada 128
5.6. Intereses colectivos o difusos 130

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes presenta este cuaderno jurídico dedicado al análisis de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal, de reciente dictación, como una forma de contribuir a su análisis y a servir de guía para su aplicación.

Los textos corresponden en gran medida a las ponencias presentadas en el seminario realizado en esta Facultad, en el mes de mayo de 2007, en el que fue posible apreciar un gran interés de parte de los abogados por conocer más en detalle el contenido de esta ley.

En este cuaderno se contiene en primer lugar una visión general de la ley, con algunos apuntes acerca de la forma como debe ser abordada desde una perspectiva económica la competencia desleal.

Luego, los profesores Menchaca Olivares, Ortúzar Decombe y la profesora Barros Iverson explican en sucesivos artículos la relación de esta ley con los cuerpos legales referidos a la libre competencia, propiedad intelectual y protección al consumidor, respectivamente. Se trata de temas de gran interés, dado que uno de los puntos más discutidos en materia de competencia desleal es precisamente la forma de delimitar su campo en relación a otros cuerpos legales.

Por su parte, el profesor Tapia Rodríguez aborda en su artículo el tema de la responsabilidad civil en materia de competencia desleal, cual es el núcleo central de la ley. Explica que nuestra legislación la trata como un acto ilícito que provoca un perjuicio a un competidor y que debe ser reparado por los mecanismos ordinarios de derecho de daños.

Luego los profesores Bustamante Gubbins y Urrutia Pérez analizan en forma específica dos de las conductas sancionadas en la ley, la denominada inducción al incumplimiento de contratos y el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales.

Por último, el profesor Poblete Iturrate realiza una profunda revisión del proceso civil de competencia desleal, abordando las dudas que se desprenden del texto legal en esta materia.

Esperamos que este texto contribuya al estudio del tema de la competencia desleal, concepto poco desarrollado en nuestra doctrina jurídica y cuya regulación fue largamente reclamada por los agentes participantes en el mercado.

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA

Santiago, 23 de octubre de 2007

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 15-29

LEY N° 20.169, QUE REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL. ASPECTOS GENERALES

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

1. ANTECEDENTES DE LA LEY

El 16 de febrero de este año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Probablemente por la época del año en que se produjo su publicación, su texto ha pasado relativamente desapercibido para los medios de comunicación e, incluso, para los expertos. Este silencio contrasta con la intensa discusión a que dio lugar durante su tramitación en el Congreso Nacional, la cual se extendió por más de tres años a partir de su presentación en septiembre del año 2006.

Esta ley se originó en una moción de los diputados Eduardo Saffirio, Juan Bustos, Eugenio Tuma, Jorge Burgos, Fernando Meza, José Antonio Galilea, Zarko Luksic y Exequiel Silva.

En opinión de sus autores esta iniciativa pretendía regular la competencia desleal, "pues ella no tiene tratamiento en otras normas jurídicas, como, por ejemplo, la Ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia o la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor" y, "por lo anterior, con el presente proyecto estimamos que se complementa debidamente el derecho chileno de la competencia, sobre todo en lo referido a la integración, interpretación y juzgamiento de materias del área referida"[1].

Cabe hacer presente el hecho de que en las normas sobre libre competencia y protección al consumidor, vigentes a la fecha en que se propone

[1] Historia de la Ley N° 20.169, Biblioteca del Congreso Nacional.

el proyecto, sí se encontraba recogido el concepto de competencia desleal, lo que dará origen durante la tramitación a la discusión quizá más importante del proyecto. Esta discusión fue acerca de la forma de delimitar el campo de aplicación de esta Ley de Competencia Desleal, en relación a las legislaciones sobre Libre Competencia, Protección al Consumidor y sobre Propiedad Intelectual e Industrial.

Es ilustrativo, por ejemplo, lo expresado al respecto por el diputado Rodrigo Álvarez en la discusión en general del proyecto en la sala de la Cámara, en cuanto a que, en su opinión, "la iniciativa llena un vacío y se convierte en un proyecto residual para una gran cantidad de acciones de competencia desleal que hoy podrían quedar fuera del alcance de los tribunales". Sin embargo, recalca al mismo tiempo la importancia de "que no parezca que estamos limitando la acción jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debido a la dificultad, en muchas ocasiones, de diferenciar adecuadamente las prácticas de libre competencia de las de competencia desleal"[2].

En cuanto a las fuentes de la ley, los propios autores de la moción despejan cualquier duda al respecto y señalan que el proyecto "ha tomado elementos de las leyes española, argentina y colombiana, sobre la materia, notando entre ellas gran similitud en el desarrollo de algunas disposiciones". En el caso de España, se trata de la Ley de Competencia Desleal de 1991; en el de Argentina, se trata de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y en el de Colombia, se trata de la Ley 256 de 1996.

Sobre la tramitación del proyecto conviene hacer presente que se trata de uno de los escasos ejemplos de mociones que han sido aprobadas en general sin votos en contra en la Cámara de Diputados y en el Senado.

Un último aspecto sobre los antecedentes de la ley que es oportuno comentar es el relativo a su título: la norma fue denominada como la ley que "regula" la competencia desleal. Como se advertirá, se trata de una obvia impropiedad, que equivaldría a denominar la legislación sobre libre competencia como "ley que regula las prácticas contra la libre competencia", o al Código Penal como la "ley que regula las conductas homicidas". Extraña que en toda la tramitación haya pasado desapercibido este error cometido por los autores de la moción.

[2] Historia de la Ley N° 20.169, Biblioteca del Congreso Nacional.

2. JUSTIFICACIÓN DE LEGISLAR: ¿VACÍO DE LEY O DEL DERECHO?

Al analizar un texto legal recién dictado, una de las interrogantes que debe responderse es si se justificaba o no el ejercicio del Poder Legislativo en la materia. La sola existencia de problemas no resueltos específicamente por una ley no significa necesariamente que se justifique dictar una nueva que especifique cuáles son las conductas ilícitas.

En relación a esta ley, nuestro ordenamiento jurídico sancionaba ya en varias disposiciones las prácticas consideradas como de competencia desleal. Algunos ejemplos son:

a) Desde el siglo XIX el Código de Comercio, en su artículo 404 N° 4, establece la prohibición de actos de competencia desleal de un socio respecto de otro en una sociedad colectiva mercantil.
b) La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y antes de la Comisión Resolutiva, reconoció en múltiples oportunidades que los actos de competencia desleal eran parte de las conductas declaradas como ilícitas por el decreto Ley N° 211, de 1973[3].
c) Las normas de la Ley N° 19.496, sobre Protección al Consumidor, consideran como conductas contrarias a la ley varias de aquellas que en la legislación comparada se incluyen dentro del concepto de competencia desleal, como el caso de la publicidad comparativa no susceptible de comprobación.

Como se puede apreciar, el bien jurídico de la competencia leal no se encontraba amparado en un cuerpo normativo homogéneo y sistemático. Hacia esta finalidad parece haber apuntado el legislador con la dictación de la Ley N° 20.169.

El legislador se hizo cargo de esta situación en el artículo 2°, señalando que una práctica puede ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de la ley, aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, una o más de las acciones reguladas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia; por la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores; y por las leyes 17.336, sobre propiedad intelectual, y 19.039, sobre propiedad industrial.

Desde la perspectiva de la protección del bien jurídico de la competencia leal, sólo se encontraba protegido específicamente en los casos en que las conductas realizadas eran el medio para cometer los ilícitos

[3] Situación que cambió con la reforma efectuada a esta ley el año 2003, según se explicará más adelante.

sancionados en la legislación sobre libre competencia y sobre protección al consumidor. Cabe destacar además que en materia de regulación de la Propiedad Industrial y de la Propiedad Intelectual, donde probablemente se configuran los casos más graves de competencia desleal, no existía una tipificación específica de estas conductas.

En cuanto a los medios que existían para hacer efectiva la responsabilidad por prácticas de competencia desleal, se recurría a las reglas generales sobre delito y cuasidelito del Código Civil. Como veremos más adelante, el legislador optó en esta ley simplemente por hacer más efectivas las acciones para perseguir la responsabilidad por delito o cuasidelito civil.

3. El bien jurídico protegido

Una de las tendencias recientes en la técnica legislativa es la explicitación del bien jurídico amparado por las leyes dictadas. Esta ley es un ejemplo de esa tendencia y al respecto se debe citar su artículo 1°:

> "Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal".

Esta norma merece al menos dos comentarios. El primero es que la doctrina tradicionalmente ha referido el bien jurídico de la competencia desleal a las prácticas que atentan contra la buena fe entre competidores, porque son ellos los que pretenden desplazar por medios ilegítimos a quienes concurren en el mercado a captar a los consumidores. Esta ley pretende proteger también a los consumidores "y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal".

Probablemente en este tema hay una confusión entre la protección que el ordenamiento jurídico da a todos quienes participan del mercado, como consumidores o proveedores, y los sujetos que pueden verse afectados directamente por una práctica de competencia desleal, que son básicamente los proveedores.

Un segundo comentario sobre esta norma es que utiliza en forma impropia los términos de "consumidor" y "competidor", porque pareciera que los consumidores no tendrían la calidad de "competidores". Y bien nos enseña la economía que tanto las empresas o proveedores, como las personas o consumidores, compiten por maximizar sus beneficios.

Por eso, cabría entender que la referencia hecha a los "competidores" se encuentra más bien dirigida a los "proveedores", entendiendo por tales a los que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

4. Concepto de competencia desleal

4.1. CONCEPTO GENERAL

Para definir el concepto de competencia desleal, la Ley N° 20.169 siguió un camino muy semejante al que emplea el artículo 3° del decreto Ley N° 211 de 1973, para definir lo que constituyen prácticas contra la libre competencia. El artículo 3° define lo que se entiende por tal mediante un concepto general de "competencia desleal", y lo complementa con una enumeración, no taxativa, de prácticas que *per se* son consideradas como de competencia desleal.

Respecto del concepto general, el artículo 3° señala que es acto de competencia desleal "toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado".

De lo anterior se desprende que los requisitos para que se verifique una de estas prácticas son:

a) Que exista una conducta;
b) Que ella sea contraria a la buena fe o las buenas costumbres;
c) Que esa conducta involucre el empleo de medios ilegítimos;
d) Que el empleo de los medios ilegítimos persiga desviar clientes de un agente del mercado.

De los requisitos señalados precedentemente, cuyos alcances deberán ser precisados por la doctrina y la jurisprudencia, llama la atención que se exija copulativamente que la conducta sea contraria a la buena fe y que involucre el uso de medios ilegítimos, porque *contrario sensu* podría desprenderse que no serían contrarias a la ley las conductas que por medios legítimos, pero opuestos a la buena fe, persiguieran el desvío de clientela.

En esta parte, parece innecesaria la exigencia del empleo de medios ilegítimos, porque es precisamente el hecho que sean contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres lo que quita legitimidad a un medio para competir, esto es, desviar clientela dentro del marco normal de una economía.

A mayor abundamiento, conviene recordar que la base constitucional para legislar en esta materia es el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que "no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen". De esta forma, el ejercicio de la libertad económica, y de competir legítimamente en el mercado, queda limitado a que se respete la moral,

concepto dentro del que cabe incluir la buena fe y las buenas costumbres exigidas por la ley como condición para la competencia "leal".

En esta ley, lo que el legislador ha tratado de hacer es precisamente establecer normas de orden público que limitan la actividad económica, estableciendo con mayor precisión cuándo una forma de competir se aparta de lo que debe entenderse por la buena fe y las buenas costumbres.

No debe olvidarse que así como en esta ley se señalan conductas que se apartan del *marco constitucional de la competencia,* esta tarea también es realizada por múltiples cuerpos legales, entre los que cabe mencionar precisamente lo que se señala en el artículo 2° de la Ley N° 20.169. Se trata, por lo tanto, de una norma especial, que no excluye la aplicación de otras en la materia.

4.2. CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Como se señala más arriba, esta ley contiene un listado de conductas que constituyen de suyo prácticas de competencia desleal. De esta forma se logra una fórmula mixta muy útil: por una parte, existe un concepto general que evita la rigidez propia de un listado taxativo, que en materia económica como ésta corre el riesgo de quedar rápidamente obsoleto por la evolución de la actividad económica. Pero para prevenir un cierto riesgo de inseguridad jurídica por la falta de delimitación del concepto, se entrega al intérprete, el juez en definitiva, un criterio casuístico que le permita amparar eficazmente el bien jurídico protegido.

Los casos señalados en la ley pueden agruparse como:

1) Actos de aprovechamiento de la reputación ajena
   A estos casos se refiere la letra a) del artículo 4°, que los define como "toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero".
2) Actos de confusión
   A estos casos se refiere la letra b) del artículo 4°, que los define como "el uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos".

3) Actos de engaño
A estos casos se refiere la letra c) del artículo 4º, que los define como "todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva."
4) Actos de denigración
A estos casos se refiere la letra d) del artículo 4º, que los define como "las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado".
5) Publicidad comparativa indebida
A estos casos se refiere la letra e) del artículo 4º, que los define como "toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley".
6) Inducción al incumplimiento de contratos
A estos casos se refiere la letra f) del artículo 4º, que los define como "toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor".
7) Abuso de acciones judiciales
A estos casos se refiere la letra g) del artículo 4º, que los define como "el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado".

De este listado de conductas, llama la atención el referido a la inducción a la infracción de obligaciones contractuales, porque puede prestarse para confusiones en su aplicación práctica. Esta dificultad queda de manifiesto con un ejemplo práctico: supongamos que, como es frecuente en la competencia entre medios televisivos, una figura de un canal es tentada por otro para que se cambie de medio, negociando con ella el pago de la indemnización a su empleador original: ¿caería esta conducta dentro de lo señalado en la letra f) del artículo 4º?

No parece adecuado darle ese alcance a la norma, porque significaría eliminar prácticas que legítimamente se pueden utilizar y que incrementan la competencia. Para evitar este problema, probablemente debemos entender que en este ejemplo no concurriría el requisito de "iletigimidad" de la conducta establecido en el concepto general del artículo 3º.

También parece interesante referirse a la competencia desleal consistente en el uso abusivo de acciones judiciales, dado que al observar el texto de los artículos 2° y 5° de esta ley, resulta difícil pensar en un ejemplo práctico en que se aplique la norma. En el caso del artículo 2°, como ya se señaló, se hacen compatibles las acciones de esta ley con las que pudieren interponerse por las leyes sobre libre competencia, protección al consumidor, propiedad industrial y propiedad intelectual. En el caso del artículo 5°, como se verá con detalle más adelante, pueden interponerse "conjunta o separadamente" cuatro acciones diferentes para hacer efectiva la protección contra las prácticas de competencia desleal.

En consecuencia, del solo texto de la ley es posible concluir que está abierta la puerta para interponer respecto de una misma conducta cinco acciones ante los tribunales de justicia. Por eso, parece difícil encontrar un caso en que existiera un abuso de acciones, al menos por el número de las que se interpongan.

5. ¿A QUIÉN SE DEBE LEALTAD EN LA COMPETENCIA?

5.1. LAS IMPERFECCIONES DE MERCADO Y LA REGULACIÓN

Esta pregunta hace referencia a la delimitación más precisa de lo que debe y no debe ser admitido como competencia en un mercado, considerando que la finalidad última de los mercados es hacer una asignación eficiente de los recursos escasos para satisfacer las necesidades múltiples que enfrentan las personas.

Para que el mercado cumpla con esa eficiencia deben cumplirse cuatro condiciones fundamentales: un número suficiente de oferentes y demandantes, la homogeneidad de los bienes, la libre entrada y salida de los mercados y la existencia de información suficiente.

La literatura económica señala que los mercados no pueden cumplir con su finalidad cuando no se verifican las condiciones señaladas precedentemente, o bien cuando existen las denominadas "imperfecciones" de mercado, esto es, fenómenos en que el mercado no puede cumplir con la asignación eficiente de recursos[4]. Entre estas imperfecciones cabe mencionar los bienes públicos, las asimetrías de información, los monopolios y las externalidades.

Es precisamente la existencia de esas imperfecciones en el funcionamiento del mercado las que hacen necesaria la regulación como

[4] Al respecto es interesante el análisis que se encuentra en Mochón y Larroulet, *Economía*. Editorial McGraw Hill, 2ª edición. 2003.

herramienta para corregirlas y, así, evitar los perjuicios que causan a la sociedad y a los agentes económicos individualmente considerados. Por ejemplo, es la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia lo que justifica las regulaciones que declaran como ilícitas las colusiones entre competidores, o son las asimetrías de información las que hacen necesaria la existencia de normas sobre rotulación de alimentos.

Pero además de la corrección de imperfecciones de mercado, la regulación se justifica por lo que se denominan las razones éticas o extraeconómicas, es decir, normas que van más allá de la eficiencia económica y que constituyen bienes jurídicos que la sociedad desea proteger. Dentro de estas razones extraeconómicas se suelen incluir, por ejemplo, las razones éticas, la igualdad de oportunidades y la distribución del ingreso.

5.2. LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA REGULACIÓN

La competencia desleal, esto es, la que se lleva a cabo a través de prácticas contra la buena fe que debe existir entre proveedores, viene a ser un caso de aquellos en que la regulación limita las actividades que pueden realizar los agentes económicos –los proveedores o competidores en este caso– en aras de proteger un bien superior.

Por ello, puede ocurrir incluso que una práctica que podría ser económicamente eficiente, es decir, que signifique para la economía satisfacer de manera más eficiente las necesidades, sea prohibida por considerarla contraria a un bien jurídico mayor. Tal es el caso, por ejemplo, de una práctica que redunde en un menor precio a consumidores, pero que signifique una deslealtad en la competencia entre los proveedores del bien de que se trata.

En último término, lo que ocurre es que la posibilidad de concurrir al mercado a competir con otras empresas está sujeta a que esa competencia se dé en un marco de lo que se considera éticamente correcto para la sociedad, porque se estima que de no existir ese límite es la propia sociedad la que se daña y termina destruyéndose una de las bases para su buen funcionamiento.

El problema que surge es determinar hasta qué punto debe ser utilizada la herramienta de la regulación para limitar la competencia bajo la justificación de evitar prácticas desleales. O, dicho de otro modo, cuál es el límite de lo éticamente exigible en materia de competencia leal.

Porque uno de los peligros que enfrenta una legislación sobre competencia desleal es, precisamente, que pueda servir de herramienta para que una empresa que no está en condiciones de ser económicamente eficiente y competir con otra use las acciones de la ley para evitar resultar vencida legítimamente. Lo que debe ocurrir es lo contrario, que salga del

mercado y prevalezcan así los que pueden dar un uso más eficiente de los recursos y satisfacer eficazmente las necesidades de los consumidores.

También es relevante dirimir este límite de lo aceptable en materia de competencia leal, porque las regulaciones que se dicten para limitar la competencia en aras de ese bien superior tienen un costo para la sociedad.

Así, por ejemplo, la publicidad comparativa permite a los consumidores formarse una idea más precisa de las características de uno u otro bien y el beneficio que reportará su consumo. De restringirse excesivamente ese tipo de publicidad, las personas tendrán que hacer un esfuerzo adicional y pagar un costo para obtener esa información.

5.3. BENEFICIAR A LOS CONSUMIDORES O A LOS COMPETIDORES

La pregunta que debe hacerse entonces en esta materia es ¿hasta dónde la regulación puede perjudicar al consumidor en aras de proteger la "lealtad" de la competencia?

Como se ha señalado, la existencia de la buena fe en la competencia no sólo beneficia a los competidores en la relación que existe entre ellos, sino también al funcionamiento del mercado y, por ello, a los consumidores. El problema se da en el terreno marginal, donde los competidores asediados pueden caer en la tentación de protegerse con la regulación o donde el costo de la limitación puede superar al daño causado por la práctica desleal.

Al respecto, es necesario que por la vía jurisprudencial se vaya determinando lo que podríamos llamar un "mínimo ético-competitivo exigible", es decir, el límite hasta donde son tolerables las prácticas de competencia y sobre el cual se consideran incompatibles con la protección del bien jurídico de la buena fe.

En relación a la determinación de este límite, cabe señalar en primer lugar que conspira contra la claridad entre lo que se puede y no se puede hacer el hecho de que se haya entregado el conocimiento de las acciones para perseguir las prácticas de competencia desleal a los juzgados de letras en lo civil[5]. Es improbable que exista un criterio conocido para los agentes económicos, al estar diseminadas las resoluciones en numerosos tribunales del país, en una materia de suyo técnica y compleja.

En segundo lugar, para los efectos de dar al juez intérprete un criterio útil, el legislador debería haber señalado, al definir las prácticas de competencia desleal, que en caso de duda debería atenderse al interés del

[5] Artículo 8° de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal.

consumidor, en cuanto a la posibilidad de obtener productos de mayor calidad y a menor costo.

6. Acciones para perseguir competencia desleal

6.1. El listado de acciones

No parece necesario referirse con mayor extensión a este tema, que es materia de un estudio particular en otro artículo del profesor Orlando Poblete. Sólo cabe señalar que las acciones para hacer efectiva la responsabilidad por prácticas de competencia desleal son las siguientes[6]:

a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.
d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

6.2. Algunos comentarios

Las acciones también pueden ser interpuestas por cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. La ley agrega en esta materia una novedad, a saber, la facultad para que también puedan interponer las acciones las asociaciones gremiales que "tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado, en interés de sus miembros"[7].

No deja de sorprender hasta cierto punto la técnica legislativa utilizada para identificar a los titulares de la acción, porque no se entiende con claridad la razón de exigir que el objeto de las entidades gremiales sea hacer la defensa de los intereses de agentes del mercado. Nótese que en este punto el inciso tercero del artículo 6º no exigió que estos intereses

6 Artículo 5º de la Ley Nº 20.169, que regula la competencia desleal.
7 Artículo 6º LCD.

fueran legítimos, como sí lo hizo respecto de la generalidad de los interesados en el inciso 1° del mismo artículo.

Cabe señalar como una norma importante la que señala que la interposición de las acciones de las letras a) a c) del artículo 5° interrumpe la prescripción de la acción de perjuicios y que los hechos establecidos entre las mismas partes en los juicios en que se discutan aquellas se tienen por probados para el juicio sobre la indemnización.

7. La extraña norma del artículo 10

7.1. ANTECEDENTES

El artículo 10 de la ley dispone:

> "Si la sentencia firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa correspondiente de conformidad con esta ley.
> El Fiscal Nacional Económico podrá interponer la acción ante el Tribunal de la Libre Competencia dentro de los dos años siguientes a la recepción de los antecedentes.
> La multa a que se refiere el inciso primero de este artículo fluctuará entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, y se aplicará a beneficio fiscal. Para la determinación del monto de la multa, se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor".

Este artículo no formaba parte del texto originalmente propuesto y fue incorporado durante la tramitación de la ley, siendo causa de gran controversia. De hecho, su texto fue motivo de una Comisión Mixta, porque en los dos primeros trámites legislativos hubo discrepancia entre ellas al respecto.

La norma obliga al tribunal que haya establecido por sentencia firme uno o más actos de competencia desleal a remitir los antecedentes al Fiscal Nacional Económico, para que éste evalúe si la conducta amerita la aplicación de una multa por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El Fiscal tiene la facultad privativa de decidir sobre el mérito de los antecedentes si requiere al Tribunal para la aplicación de la multa, indicando el legislador que para adoptar su decisión debe atender a la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado.

La multa aplicable en este caso puede fluctuar, y esto sí que es una fluctuación, entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales. Además, la multa es a beneficio fiscal, lo que veremos es muy relevante.

7.2. ¿HAY UN PERJUICIO SOCIAL QUE REPARAR?

Los bienes jurídicos protegidos en la legislación de libre competencia y en la legislación de competencia desleal son diferentes: mientras en la primera se ampara la buena fe y la competencia que debe existir entre los competidores en el mercado –demandantes y oferentes–, en la segunda se protege la competencia leal entre los proveedores.

Por lo anterior, la investigación y sanción de las prácticas contra la libre competencia es hecha de oficio y sin necesidad de consentimiento del o los afectados, porque se entiende que hay un interés público comprometido. En competencia desleal se produce una situación diferente, porque la interposición de las acciones queda entregada a la decisión del afectado, entendiéndose que no hay ese interés público comprometido.

De esta forma, en la competencia desleal se apunta exclusivamente a la relación entre los proveedores, sin referencia necesariamente al impacto que ella genere o pueda generar en el mercado o en los consumidores. Por eso, se han tratado estas prácticas de competencia desleal como lesiones a los intereses de un competidor, no del interés general, lo que se refleja en el hecho que le corresponde decidir al afectado si estima necesario obtener la declaración y reparación del daño.

La Ley Nº 20.169 acoge en general esta tendencia en su texto, porque de acuerdo a lo que dispone su artículo 6º es el "personalmente afectado" quien debe decidir la persecución de la responsabilidad por la conducta de competencia desleal.

También se desprende esto del hecho de que, como hemos señalado, las acciones del artículo 5º buscan que se declare la cesación del acto, la remoción de sus efectos o la declaración que permita reclamar la indemnización de perjuicios.

El artículo 10 confunde la naturaleza de ambas legislaciones y el alcance de sus disposiciones, porque le entrega al Fiscal Nacional Económico la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de una multa, con lo que una práctica de competencia desleal pasa a convertirse en una infracción de interés público más allá de los competidores.

El legislador ratificó su intención de trasladar esta legislación al ámbito del orden público al declarar que la eventual multa es de beneficio fiscal. Este beneficio del Fisco sólo se puede justificar cuando se lesiona un

interés público cuyo titular es difuso y, luego, no se puede identificar con precisión.

No parece adecuada esta disposición legal y sólo es esperable que la Fiscalía y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia apliquen las multas cuando una práctica de competencia desleal sea el medio utilizado o constituya, al mismo tiempo, una práctica de competencia desleal. Este caso es, por ejemplo, al que se refiere la letra c) del inciso segundo del Decreto Ley N° 211, de 1973, que incluye como prácticas contrarias a la libre competencia a las "predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

8. Conclusiones

De lo anterior, se deducen las conclusiones siguientes:

1°) La Ley N° 20.169 tiene por objeto fundamental precisar el concepto de competencia desleal, para así facilitar la interposición de acciones que busquen hacer efectiva la responsabilidad por ella. De este modo, no constituye un cambio sino más bien una profundización de la legislación aplicable en la materia, sobre la base del diagnóstico de que la evolución de la actividad económica requiere dar mayor protección a los competidores.

2°) Su texto recoge la tendencia seguida por numerosas legislaciones en el tiempo reciente, especialmente la argentina, española y colombiana, cuyos textos han inspirado esta ley en sus diversas disposiciones.

3°) La necesidad de la ley era más discutible en los ámbitos vinculados con la libre competencia y la legislación de protección al consumidor. Sin embargo, en el caso de la propiedad industrial y de propiedad intelectual, su dictación era una pretensión largamente esperada por los expertos, con el fin de tener una herramienta complementaria a la que entregan las respectivas legislaciones para perseguir las prácticas de competencia desleal.

4°) El criterio jurisprudencial va a tener un rol muy importante para precisar lo que se entiende por una práctica de competencia desleal y cuándo se justifica su sanción. Ello es de particular importancia para los agentes económicos que requieren la mayor certeza posible sobre lo que pueden y no pueden hacer en el mercado. Sin embargo, esta certeza se verá dificultada por el hecho que se haya atribuido la competencia a los juzgados de letras en lo civil de todo el país.

5°) Respecto a la definición de competencia desleal convendría haber establecido un principio pro beneficio del consumidor, en caso que exista duda de si se trata de una conducta desleal o si el daño es de relevancia jurídica, de manera de evitar que esta ley sea utilizada para inhibir prácticas de competencia legítimas pero que afectan directamente la supervivencia de un competidor.

6°) Es un grave error de la ley abrir la posibilidad de que una conducta de competencia desleal sea tratada como una lesión al interés público, y sancionada con multa a beneficio fiscal, porque se trata del daño a un interés particular.

7°) Es probable que esta ley funcione mejor como elemento intimidatorio que como una herramienta de resolución de conflictos ante los tribunales de justicia.

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 31-39

LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY N° 20.169, ¿EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBAS DISCIPLINAS?

TOMÁS MENCHACA OLIVARES
Profesor de Derecho Económico
Pontificia Universidad Católica de Chile

1. INTRODUCCIÓN

Víctor Frankl decía que frente a la estatua de la libertad habría que construir una estatua de la responsabilidad, pues no puede haber libertad sin responsabilidad. En efecto, siempre, para que exista una verdadera libertad, se requiere un adecuado uso de la misma. Por ello a la libertad se le opone tanto la esclavitud como el libertinaje.

Algo así ocurre en el derecho de la competencia, con sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal. Entre ellas existe una relación de aparente tensión, pues el primero obliga a los participantes en el mercado a competir, prohibiendo la existencia de una competencia insuficiente y el segundo pone límites a la competencia impidiendo que se desarrolle en forma excesiva o demasiado agresiva. En realidad son las dos caras de una misma moneda.

Si bien algunos autores han dicho que esta tensión permitiría calificar al sistema como "esquizofrénico"[1], yo no lo creo así, pues la tensión no es más que aparente. Un buen derecho de la competencia desleal tenderá a aumentar la calidad de la competencia y, por ende, a hacerla más libre.

En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de la mejor calidad al más bajo precio –que es el principal efecto

[1] Robles Martín Laborda, Antonio, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid. 2001, p. 130.

de la competencia–, es decir, sirviendo mejor a los consumidores. Ello se logra normalmente por medio de la cooperación social, mediante la especialización e intercambio.

En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho. Por ello podemos concluir que la competencia es también un fenómeno jurídico y, si el derecho supone una limitación de la libertad, es claro que no puede concebirse una libre competencia en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad omnímoda de los competidores.

En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, "libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores"[2], es decir, significa competencia justa. Esa igualdad jurídica, esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal. En ambos casos, lo que se pretende es defender la libertad limitando la libertad.

Por lo anterior, un cuerpo legal como el que comentamos, lejos de ser una legislación que pretenda limitar la libre competencia en aras de una competencia más justa (como si libertad y justicia fueran antagónicas), es una iniciativa que, precisamente porque pretende exigir una competencia más justa, debiera permitir que haya más y mejor competencia en los diferentes mercados relevantes.

En resumen, se puede afectar la competencia tanto por un ejercicio excesivo de la libertad de competir, como ocurriría en los actos descritos en nuestra nueva Ley de Competencia Desleal, como por la decisión de no competir o de competir menos, que derivaría, por ejemplo, de un acuerdo colusorio, reprimido por las normas sobre protección de la libre competencia. Es decir, teóricamente no debiera existir conflicto sino complementación entre ambas disciplinas.

Sin embargo, para que ello ocurra la regulación debe ser armónica y permitir que forme sólo dos aspectos de un mismo derecho de la competencia. Además, a mi juicio, para que no exista conflicto, es preferible que las conductas desleales de los competidores se interpreten de modo restrictivo y estén claramente definidos los actos de competencia desleal, con el fin de otorgar seguridad jurídica a los agentes del mercado y tam-

[2] Garrigues, Joaquín. Temas de Derecho Vivo, *La Defensa de la Competencia Mercantil*, p. 142.

bién de evitar el riesgo de que se estimen como actos de competencia desleal conductas que son propias de la competencia, aunque impliquen el desplazamiento de un competidor del mercado.

En la actualidad los límites entre ambas disciplinas del derecho de la competencia se hacen cada vez más difusos, haciéndose más evidente que tienen un objetivo común. Por ello, la tendencia mundial ha ido tendiendo cada vez más a una legislación unificada. Así, la Unión Europea eliminó las legislaciones sobre prácticas desleales para los países miembros, al homologarlas con una legislación común en materia de libre competencia. Por su parte, el tratado de libre comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, suscrito en 1989, da cuenta del compromiso de sustituir la legislación sobre dumping y subvenciones, por una legislación sobre libre competencia[3].

En efecto, la más reciente doctrina en materia de competencia desleal reconoce la estrecha vinculación existente entre la protección de las empresas competidoras, la protección de los consumidores finales y la del interés general. Por ello, el derecho de la competencia desleal debe compatibilizar el interés de los empresarios de que se les asegure que no serán privados por medios ilícitos de la posición adquirida en el mercado, el interés de los consumidores de que no se desvirtúe su capacidad de decisión y el interés público en el mantenimiento de una competencia libre y no falseada.

Nuestra nueva ley en estas materias es equívoca. Cuando comenzamos a leer la ley nos encontramos con que "tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos..." (art. 1º); y que una misma conducta podría ser calificada como un acto de competencia desleal y al mismo tiempo contravenir las normas sobre protección de la libre competencia, sobre derechos de los consumidores y sobre propiedad industrial (art. 2). Además existe la posibilidad de aplicar multas, lo que indica que el legislador estima que hay un interés público comprometido y, por ende, que no estaríamos en presencia exclusivamente de un derecho de daños (art. 10). Todo lo anterior nos hace pensar que la ley adscribiría al que algunos han denominado modelo social de la competencia desleal, que es la doctrina reciente a que nos hemos referido. Sin embargo, cuando analizamos la definición de los actos de competencia desleal y las conductas sancionadas, podemos concluir que nuestra nueva ley de Competencia Desleal parece haberse inspirado más bien en el modelo profesional de la competencia desleal, el cual pretende tutelar las posiciones adquiridas por la empresa en el

[3] Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 89.

mercado y, por ende, es aquel en que existen mayores posibilidades de conflicto entre libre competencia y competencia desleal. Esta posibilidad de conflicto fue materia de bastante discusión legislativa, que en definitiva no se resolvió de manera satisfactoria, según veremos.

2. Algunos comentarios críticos a la Ley N° 20.169

Si bien estimamos adecuado legislar en materias de competencia desleal y que, como se ha visto, ello no debiera implicar un peligro para la defensa de la libre competencia, la ley que finalmente se dictó contiene normas que pueden implicar muy serios problemas en su aplicación. Analizaremos algunos de ellos a continuación.

2.1. Pluralidad de acciones respecto de un mismo hecho

La Ley N° 20.169 establece la posibilidad de que una misma conducta pueda ser conocida y sancionada simultáneamente por cuatro cuerpos legales distintos, lo que podría infringir el principio del *non bis in idem*, además de acarrear una serie de dificultades prácticas.

Frente al carácter residual que se daba a esta ley en el proyecto original y también en el que salió posteriormente del Senado, se argumentó en el Congreso que podría implicar engorrosos conflictos de competencia, que dificultarían los procesos. Al existir diversas acciones interpuestas ante distintos tribunales, los abogados, sea cual fuere la alternativa elegida por el demandante, podrían sostener que el competente es otro Tribunal. Sin embargo, este problema podría haberse solucionado por otras vías, por ejemplo, por la de dar al demandante el derecho a optar la acción a ejercer frente a unos mismos hechos, lo que, si bien implica algunas dificultades prácticas, es una solución mejor que la finalmente adoptada.

En definitiva, lo que resolvió el legislador fue establecer en el artículo 2 de la Ley que: "Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones:

a) Las reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.
b) Las reguladas en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

c) Las reguladas en la Ley N° 17.736, sobre propiedad intelectual, o en la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial".

Si bien, para intentar defender esta norma, alguien podría argumentar que, si bien se están juzgando los mismos hechos, ello se hace a la luz de ordenamientos jurídicos distintos y por ende sería procedente una doble sanción. Yo no lo creo así. No necesariamente se trata de un concurso de diversos ilícitos que merecen sanciones independientes, como ocurriría si alguien es sorprendido pasando una luz roja mientras está manejando en estado de ebriedad.

Así, por ejemplo, cuando alguien comete un acto de competencia desleal con el objeto de alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado infringe el art. 3 letra c) del Decreto Ley N° 211. Al mismo tiempo, por los mismos hechos y la misma infracción (competencia desleal) infringiría además la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal. No está cometiendo dos ilícitos sino uno solo –competencia desleal– que es sancionado según dos cuerpos legales distintos.

Pero el legislador no se quedó allí. Copiando una mala norma legal española, fuertemente criticada en dicho país, estableció que una misma conducta de competencia desleal puede ser perseguida, de acuerdo a la ley sobre competencia desleal, ejerciendo hasta cuatro acciones diferentes: i) la *acción de cesación o de prohibición* del acto; ii) la *acción declarativa de acto de competencia desleal*; iii) la *acción de remoción de los efectos* producidos por el acto; y iv) la *acción de indemnización* de los perjuicios causados por el acto (Artículo 5).

No existe ninguna justificación jurídica ni económica para dicha disposición legal, que es fruto del afán de copiar normas foráneas sin analizarlas en su mérito. Parece absurdo que pueda iniciarse un juicio, con toda la demora, costos y dificultades que sabemos ello implica, para declarar que un acto es de competencia desleal, otro juicio distinto para pedir la cesación del acto o prohibición del mismo, un tercer juicio para pedir la remoción de sus efectos y otro distinto para demandar la indemnización de los perjuicios causados por el mismo.

En los tres primeros casos simplemente no se me ocurre justificación alguna, por mala que sea, para permitir la interposición de demandas separadas que en muchos casos serán conocidas por distintos jueces, que además podrían dictar sentencias contradictorias, declarando uno, por ejemplo, que un acto no es de competencia desleal y otro decretar la cesación del mismo por serlo. Es más, parece imposible demandar la cesación de un acto de competencia desleal o la remoción de sus efectos sin acreditar, en el mismo juicio en que ello se pide, que efectivamente se trata de un acto de competencia desleal. Es evidente que debía seña-

larse en la ley que podían pedirse todas esas cosas, pero en un mismo y único juicio.

Aparentemente podría parecer justificada la norma que permite interponer una acción separada para demandar la indemnización de los perjuicios, con el fin de evitar tener que litigar acerca de éstos antes de saber si la conducta en cuestión realmente es contraria a la Ley de Competencia Desleal. En realidad, llegar a esa conclusión implica desconocer que el tema ya fue resuelto por el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, norma común a todo procedimiento que permite, cuando no se ha litigado sobre la especie y el monto de los perjuicios, reservar a las partes el derecho a discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso, por lo que no era necesario dictar una norma como la que analizamos.

Pero al legislador no le bastó permitir que sobre un mismo hecho pudieran ejercerse, a estas alturas, ya siete acciones y, al menos cinco de ellas, precisamente por actos de competencia desleal. Además agregó la norma, contenida en el artículo 10 de la ley, que ordena al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronunciarse sobre la aplicación de multas por una conducta que la justicia civil ha declarado previamente como un acto de competencia desleal. Ante esta, que es la octava acción que podría interponerse fundada en los mismos hechos, existe posibilidad de riesgo de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estime que dicha conducta es lícita, lo que sería muy grave desde un punto de vista jurídico.

Que esto ocurra no es un riesgo teórico sino muy real si se considera, por una parte, la evolución que ha tenido el derecho de la competencia desleal, que en alguna época consideró desleales conductas que hoy día son consideradas lícitas e incluso consideró como exigencias legítimas algunas que hoy son consideradas infracciones a las normas sobre protección de la libre competencia (por ejemplo, en alguna época se estimó desleal ofrecer servicios a un precio inferior a los aranceles del respectivo colegio profesional) y, por otra parte, los hechos de que el tipo se haya dejado abierto y que quienes conocen de estas conductas sean los tribunales ordinarios de justicia, que podrían no contar con los conocimientos técnicos que les permitan distinguir entre actos de competencia desleal y actos propios de una normal y sana competencia en los mercados.

Es un gravísimo error que un tribunal vuelva a conocer, y peor aún si debe hacerlo *desde el punto de vista de la misma norma legal*, sobre hechos cuya ilicitud ya ha sido determinada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Para evitar este riesgo se podría pensar que la ley impone al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la obligación de aplicar una multa, sin que pueda revisar el fondo del asunto, pero ello no parece lógico,

pues implicaría poner al tribunal experto por debajo del inexperto en la calificación de asuntos que son precisamente de su especialidad, e implicaría obligarlo a cohonestar una sentencia aun cuando, al sancionar una conducta que es consecuencia de una sana y leal competencia, se esté afectando la libre competencia que el Tribunal debe defender. Además no parece razonable sostener que un Tribunal deba conocer de un asunto y no pueda juzgarlo, más aún si únicamente puede hacerlo de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 20 y siguientes del DL 211, sobre Protección de la Libre Competencia, que es un procedimiento de lato conocimiento, pues en la ley de competencia desleal no se ha establecido otro.

La mayor ironía en relación a los problemas que hemos estado analizando está en el hecho de que la propia Ley N° 20.169 sanciona, y correctamente, en su artículo 2 letra g), como un acto de competencia desleal "El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la acción de un agente del mercado".

Es decir, la misma ley que quiere reprimir y sancionar como un acto de competencia desleal el ejercicio abusivo de acciones judiciales a fin de entorpecer la acción de un agente del mercado, está posibilitándolo en gran medida, al permitir la interposición de hasta ocho acciones judiciales distintas por un mismo hecho.

Por último debemos señalar que también podría darse la posibilidad de que exista paralelamente *más de un juicio indemnizatorio por unos mismos hechos.*

En efecto, aun cuando el artículo 6° inciso 2° de la Ley N° 20.169 establece que no habrá lugar a indemnización de acuerdo con la misma si el demandado ya hubiese sido *condenado* a reparar el mismo daño de conformidad con otro ordenamiento legal, no se pone en el caso de que exista otra demanda con dicho objeto en que aún no se haya dictado sentencia de término.

Podríamos imaginarnos diversas situaciones conflictivas. Por ejemplo, si se demanda la indemnización de perjuicios de acuerdo a la ley de competencia desleal y después de interpuesta se lo condena en virtud de otra, ¿deberemos entender que de acuerdo a la norma citada debería en ese momento terminar este nuevo juicio? O, ¿qué pasará si se demanda la indemnización de los perjuicios causados por un acto de competencia desleal declarado contrario a la libre competencia de acuerdo al artículo 3 letra c) del DL 211, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de dicha norma legal, y después se demanda la indemnización de los perjuicios causados al mismo agente económico y por el mismo hecho, pero ahora de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 letra d) de la Ley N° 20.169?

Ciertamente no puede aceptarse que la solución sea indemnizar dos veces un mismo perjuicio, pues las pretensiones serían las mismas y, por ende, debieran ser excluyentes entre sí y, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa del indemnizado. Por ello, esperamos que este problema lo solucione adecuadamente la jurisprudencia por la vía de acoger las respectivas excepciones de litispendencia o de cosa juzgada cuando proceda.

2.2. TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS

Sabemos que en materias de libre competencia la legislación nacional y gran parte de la extranjera han optado por tipificar las conductas contrarias a la libre competencia de manera general, a fin de permitir que las nuevas prácticas restrictivas que los agentes económicos vayan creando no queden impunes, logrando con ello una mayor eficacia de la norma, pero señalando, aunque de manera no taxativa, cuáles son las principales conductas que serán sancionadas, a fin de dar un grado razonable de certeza jurídica a los agentes económicos, certeza que debiera aumentar con el análisis de la jurisprudencia, que en el caso chileno, al emanar de un solo tribunal, y especializado, debiera ser razonablemente consistente. Por ello, y sin perjuicio de las críticas que se pueden hacer a algunas de las conductas descritas a modo ejemplar en la ley, en general la solución adoptada en nuestro derecho de la libre competencia parece ser razonable, y así lo ha reconocido buena parte de la doctrina.

Sin embargo, aunque la ley que regula la competencia desleal siguió el mismo camino, señalando que la enumeración de actos de competencia desleal contenida en su artículo 4° no es taxativa, estimo que en este caso esa no es la solución más adecuada.

Dado que se optó por dar competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de estas materias, que obviamente no son expertos en las mismas, que son muchísimos a lo largo del país y pueden tener muy diferentes criterios, estimo que hubiere sido preferible que la enumeración de conductas fuera taxativa, sin perjuicio de darle una redacción suficientemente amplia a cada uno de los grupos de conductas que pretenden sancionarse, que en general son razonablemente bien descritos en la ley. Ello evitaría el riesgo de que un juez pueda estimar como actos de competencia desleal alguno de aquellos que hoy son considerados absolutamente legítimos o incluso deseables desde el punto de vista de la libre competencia y además le facilitaría su tarea.

En efecto, en muchas ocasiones el competidor que se ve desplazado del mercado, precisamente como consecuencia de la competencia, tiende a denominar "actos de competencia desleal" a conductas perfectamente

lícitas que se encuadran en la correcta lucha por una posición en el mercado. De ocurrir esto, se podría producir un aparente conflicto entre las normas sobre libre competencia y aquellas que regulan la competencia desleal, el que en realidad provendría de una errónea interpretación y aplicación de estas últimas que, según quedó claro en la historia fidedigna de su establecimiento, no deben jamás impedir la competencia en los mercados sino potenciarla.

Al respecto, creo que, si bien parece totalmente redundante, puede resultar adecuada en la práctica la incorporación que hace la ley, en la definición general de los actos de competencia desleal contendida en su artículo tercero, de la exigencia de que se trate de conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres que, *"por medios ilegítimos"*, persigan desviar clientela de un agente del mercado.

La exigencia expresa de ilegitimidad que se incorporó en los artículos 1° y 3° se agregó precisamente para dejar meridianamente claro que la regla general es que los actos de competencia son legítimos aun cuando persiguen desviar clientela de un agente del mercado. La intención de aumentar la clientela propia, aun a costa de la de los competidores, es algo esencial de la libre competencia. Lo que exige la ley es que ello se logre por medios legítimos, sirviendo mejor a los consumidores.

3. Conclusión

En conclusión, podemos señalar que, siendo el derecho de la competencia desleal parte del mismo fenómeno concurrencial que regula o protege el derecho de la libre competencia, no debiera existir conflicto entre ambas disciplinas sino, por el contrario, debieran ir tendiendo a unificarse.

Por ello, parece razonable la preocupación de legislar sobre esta materia, que no estaba debidamente regulada en Chile. Sin embargo, los defectos del texto legal aprobado pueden hacer que en definitiva los problemas que cause la ley sean casi tan grandes como los que se pretendió solucionar al dictarla.

COMPETENCIA DESLEAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL

SANTIAGO ORTÚZAR DECOMBE
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

A primera vista, y considerándolos desde el punto de vista jurídico, la Competencia Desleal y la Propiedad Industrial parecen ser conceptos incompatibles. La Propiedad Intelectual, incluyendo las ramas de Derechos de Autor y Propiedad Industrial[1], son monopolios legales otorgados por el Estado en reconocimiento de la creatividad de su autor. El monopolio se otorga como forma de premiar y fomentar la creatividad y la inventiva en general. Por otro lado, el monopolio es por su esencia contraria a la Competencia Leal, por lo que cualquier acto de monopolio debería ser considerado un acto de Competencia Desleal.

Ahora bien, el objetivo de este trabajo es demostrar que estos dos temas no solamente no son incompatibles sino que además se complementan, ya que una Ley de Competencia Desleal es el mejor complemento para proteger en forma adecuada los bienes jurídicos en que se basa la protección a la Propiedad Intelectual.

1. DEFINICIONES LEGALES

La propiedad intelectual se encuentra consagrada en el artículo 19, N° 25 de la Constitución Política de la República, en adelante CPR, que establece el derecho constitucional a:

[1] En adelante, al hablar de Propiedad Intelectual, nos refirimos a Derechos de Autor y Propiedad Industrial en forma conjunta.

"La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello conforme a la ley.
Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley".

Existen dos ramas de la Propiedad Intelectual: por un lado, lo que se denominan los Derechos de Autor (Copyright en el sistema anglosajón) y, por el otro, la Propiedad Industrial.

Los Derechos de Autor están regulados por la Ley N° 19.336, que establece:

"La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina"[2].

Por otro lado, la Propiedad Industrial está regulada por la Ley N° 19.039 y su reglamento. Como parte de la Propiedad Industrial tenemos las Marcas, Patentes, Modelos de Utilidad, Diseños Industriales, las Denominaciones de Origen y los Esquemas de Trazados de los Circuitos Integrados. La ley define cada una de estas materias de la siguiente forma:

"Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo que sea susceptible de representación gráfica, capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales"[3].
"Se entiende por invención toda solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial"[4].
"Se considerarán como modelo de utilidad los instrumentos, aparatos, herramientas, dispositivos y objetos o partes de los mismos, en los que la forma sea reivindicable, tanto en su aspecto externo como en su funcionamiento, y siempre que esta produzca una utilidad"[5].
"Bajo la denominación de diseño industrial se comprende toda forma tridimensional asociada o no con colores, y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distingue de sus similares, sea por su forma, configuración geométrica, ornamentación o una combinación de estas"[6].

2 Artículo 1°, Ley N° 17.336.
3 Artículo 19, Ley N° 19.039.
4 Artículo 31, Ley N° 19.039.
5 Artículo 54, Ley N° 19.039.
6 Artículo 62, Ley N° 19.039.

"Se entenderá por circuito integrado un producto, en su forma final o intermedia, destinado a realizar una función electrónica, en el que los elementos, al menos uno de los cuales debe ser activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material"[7].
"Se entiende por indicación geográfica aquella que identifica un producto como originario del país o región o localidad del territorio nacional, cuando la calidad, reputación u otra característica del mismo sea imputable, fundamentalmente a su origen geográfico.
"Se entiende por denominación de origen aquella que identifica un producto como originario de un país, o de una región, o localidad del territorio nacional, cuando la calidad, reputación u otra característica del mismo sea imputable, fundamentalmente a su origen geográfico"[8].

Por otro lado, la Competencia Desleal tiene sus orígenes en el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la CPR que señala:

"El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan".

Se encuentra regulada por la Ley N° 20.169, que en su artículo 3 establece:

"En general es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe, o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado".

A continuación, expresando que aquel listado es a modo de ejemplo, por lo que uno puede perfectamente pensar que no es una enumeración taxativa, la ley establece ciertas conductas que deben ser consideradas de Competencia Desleal donde se mencionan los actos de: confusión, engaño, denigración, publicidad comparativa, inducción a incumplimiento y abuso de acciones judiciales[9].

2. COMPETENCIA LEAL

Habiendo revisado los fundamentos legales de la Competencia Desleal y la Propiedad Intelectual, debemos preguntarnos si aquella persona que ejerce sus derechos de Propiedad Intelectual está ejerciendo un acto de

7 Artículo 73, Ley N° 19.039.
8 Artículo 92 a) y b), Ley N° 19.039.
9 Artículo 4, Ley N° 20.169.

competencia leal. Para poder responder en forma correcta esa pregunta debemos primero definir lo que es competencia leal.

Si entendemos por actuación leal simplemente el ajustar nuestro comportamiento a la ley, buenas costumbres y la moral entonces no cabe duda que la persona que ejerce sus facultades de dominio de acuerdo a lo prescrito por la legislación se está conduciendo correctamente. En el caso del titular de un derecho de Propiedad Intelectual, quien impide el uso del mismo a terceras personas, no solamente está actuando de acuerdo a lo prescrito por la ley sino que está haciendo uso legítimo de sus derechos consagrados en la misma legislación, por lo que ciertamente es difícil concebir, desde el punto de vista legal, que tal conducta pueda ser considerada "desleal"[10].

No obstante, existen tres circunstancias donde el ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual puede ser considerado desleal:

1°) En circunstancias que quien está ejerciendo el derecho no es el legítimo titular de la Propiedad Intelectual. Estamos frente a una situación donde el titular del registro de Propiedad Intelectual ha obtenido el mismo por medio de engaño o falsedades. Por ejemplo, registrando una marca ajena y posteriormente ejerciendo acciones en contra del verdadero dueño de la marca o sus representantes.
2°) Cuando se abusa del derecho de tal forma que se desea ejercer el monopolio más allá de lo otorgado. Por ejemplo, cuando el titular de una patente desea impedir el uso de su invención más allá de lo descrito en las reivindicaciones.
3°) Cuando no obstante haber vencido el derecho de Propiedad Intelectual se pretende mantener el monopolio o se ejercen acciones en contra de aquellos que usan lo que ha pasado a ser de dominio público.

Muchas personas podrían argumentar, correctamente, que estas excepciones no son tales, ya que son casos donde no se está ejerciendo un derecho de Propiedad Industrial propiamente tal. En los demás casos, cuando el titular de un derecho de Propiedad Intelectual ejerce su derecho de impedir que los demás le copien, estamos frente a un acto leal y legal. Legal, ya que se obtuvo la Propiedad de la forma prescrita por la ley, y leal, ya que lo que se busca proteger es fruto de la creatividad del titular, por lo que difícilmente otros pueden justificar su deseo de copiar lo que legítimamente pertenece a su titular. Esto claramente incluye el derecho de

[10] Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, letra g) de la Ley N° 20.169 que dispone que puede ser un acto de competencia desleal el "ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado".

impedir que la competencia copie dichos objetos de Propiedad Intelectual, otorgando al titular un monopolio frente al público consumidor.

De esta forma, para responder nuestra pregunta del comienzo, no existe incompatibilidad entre Competencia Desleal y Propiedad Intelectual mientras que ésta sea obtenida y ejercida en forma legal y dentro de los límites que establece la misma ley. Es más, existe una concordancia perfecta entre el ejercicio de la Propiedad Industrial y la Competencia Leal.

3. Relación entre la propiedad intelectual y la competencia desleal

Si no existe incompatibilidad entre las dos, entonces pareciera que la relación entre ellas es de límites, en el sentido de que cualquier acción de Propiedad Intelectual que se ejerce fuera de los límites que la ley le impone es un acto de Competencia Desleal, mientras que si se ejerce dentro de esos límites entonces es leal. Lo anterior, sin dejar de ser cierto, no es el elemento más importante de la relación entre Propiedad Intelectual y Competencia Desleal, ya que el complemento va más allá, de tal forma que ambas instituciones jurídicas buscan proteger los mismos bienes jurídicos. En el presente caso, los bienes jurídicos a proteger son, en mi opinión, básicamente dos: la creatividad y la confianza del público consumidor.

La creatividad entendida como el acto de hacer nacer algo que antes no existía es de la esencia del ser humano. Ninguna otra de las criaturas de la tierra tiene esa capacidad, por lo que la creatividad es un fruto propio de la inteligencia humana. Tanto la Propiedad Intelectual como la Ley de Competencia Desleal protegen esa creatividad, aunque sea más evidente con relación al primero que a la segunda. Si bien la Ley N° 20.169 describe a la competencia desleal como algo contrario a la "buena fe" o "buenas costumbres" el objetivo detrás de esas conductas es justamente "desviar clientela"[11] haciendo creer que los productos o servicios que se están ofreciendo son los mismos que ha creado otra persona.

Frente al acto de creatividad la competencia opta por un camino fácil y copia en vez de realizar otro acto de creatividad que haga más atractivos los productos propios para los clientes. La conducta reprobable no es desear atraer a los clientes de la competencia, sino hacer pasar las características más distintivas de la competencia como si fueran propias.

El segundo elemento es la confianza del público consumidor, de tal forma que el hecho reprobable busca engañar al público para hacerle creer que lo que se le ofrece es otra cosa. Este elemento se complementa

[11] Artículo 3, Ley N° 20.169.

con el primero, de tal forma que el público busca el objeto fruto de la creatividad de una persona y se le engaña para hacerle creer que lo que se le ofrece es justamente ese objeto, cuando en verdad el origen de lo ofrecido es otro.

Estos dos elementos corresponden a intereses privados y públicos que están detrás de la Competencia Desleal y la Propiedad Industrial. El interés privado está representado por el reconocimiento de que el fruto de la creatividad es un tipo de propiedad privada y debe ser protegida como tal. El aspecto público se refiere a la confianza del consumidor y a que las reglas del mercado, las buenas costumbres y la libre iniciativa en materia económica exigen no mentir a aquél que desea adquirir un producto o servicio. Lo anterior tiene que ver con la exigencia de que en el mercado perfecto exista información completa y transparente.

Hay algunas personas que argumentan que el público consumidor estaría mejor protegido si se permitiera dicha copia, pues habría más competencia. En otras palabras, permitamos la copia, ya que de esta forma el público tiene mayor acceso al producto, método o servicio y será el mismo público quien decidirá a quién le compra. Normalmente las copias son más baratas y de menor calidad que los originales (aunque no necesariamente tiene que ser así), por lo que se debería dejar al público la decisión de adquirir el producto más barato, pero de menor calidad, frente al original más costoso pero de calidad superior.

Este planteamiento tiene una gran falla al desconocer el primer elemento a proteger: la creatividad. El otorgar protección a la creatividad es un premio e incentivo, porque la sociedad entiende que dicha creatividad es la base del progreso humano y, como tal, debe ser fomentada y premiada. Si se permite la copia, entonces corremos el riesgo de que las personas no sean creativas al no existir incentivo para ello. ¿Para qué crear una obra musical si me la pueden copiar y finalmente los beneficios económicos se los va a llevar otra persona que no tuvo participación alguna en la invención de la misma? ¿Para qué invertir tiempo, trabajo y recursos en descubrir un nuevo medicamento si cualquiera puede copiarlo, sin importar que no haya aportado nada a su desarrollo? Uno de los principios básicos de la economía es que las personas actúan por incentivos, por lo que si no existe incentivo las personas van a dejar de actuar. Si no existe premio a la creatividad entonces no existe incentivo para seguir desarrollándola.

De este modo, tenemos por un lado la Propiedad Intelectual que protege la creatividad y a los consumidores, de acuerdo a lo establecido por la ley y su reglamento y, por otro, tenemos la Competencia Desleal, que también protege la creatividad y a los consumidores, por lo que evidentemente existe una relación entre las dos. El primer elemento de

esa relación es indiscutible: toda infracción a la Propiedad Intelectual es un acto de Competencia Desleal, aunque esa conducta sea sancionada en forma específica por medio de las leyes de Propiedad Intelectual e Industrial. Esta relación se encuentra mencionada en el artículo 2° de la Ley N° 20.169[12], aunque el artículo es poco eficaz al considerar que una misma conducta puede ser objeto de dos procesos judiciales independientes y podría ser sancionada en cada proceso en forma independiente.

Ahora bien, ¿puede existir un acto de Competencia Desleal que no sea una infracción a la Propiedad Intelectual? La respuesta es afirmativa, por lo que la relación entre estas dos instituciones jurídicas es de mayor a menor. La Competencia Desleal es el acto mayor dentro del cual la infracción a la Propiedad Intelectual es sólo una especie. De ahí la importancia de tener una Ley de Competencia Desleal, ya que llena el vacío que existía antes y permite ampliar la protección necesaria para conductas que no están cubiertas por la Propiedad Intelectual, pero que ciertamente no deberían quedar sin tutela jurídica.

4. Los límites de la Propiedad Intelectual

El profesor Marco Antonio González[13] manifestó en una ocasión que en su opinión no había necesidad de una Ley de Competencia Desleal, ya que bastaba con la correcta aplicación de las leyes de Propiedad Intelectual. A lo anterior habría que agregar el concepto de Responsabilidad Extracontractual, por la cual nadie tiene el derecho de representar sus bienes o servicios como si pertenecieran a otro, o como si tuvieran cualidades que no tienen. De hecho, a falta de una ley específica sobre competencia desleal, la doctrina y jurisprudencia francesa ha sancionado dichas conductas bajo el principio general de derecho civil de la Responsabilidad Extracontractual.

Si bien concuerdo con el profesor González sobre su análisis de la fuerte relación que existe entre la Competencia Desleal y la Propiedad Intelectual, lamento no poder estarlo con su conclusión. Me parece que su opinión se basa en que existe una relación exacta entre la Competencia Desleal y la Propiedad Intelectual, de tal forma que no existirían actos de

12 El artículo 2 letra c) de la Ley N° 20.169 establece que "una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones: (c) Las reguladas en la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, o en la Ley N° 19.039 sobre propiedad industrial.

13 Véase Exposición sobre alcances de la Ley de Competencia Desleal, Marco Antonio González, Universidad de los Andes, abril 2007.

Competencia Desleal más allá de las infracciones a la Propiedad Intelectual. Esta opinión también consideraría que, en su aplicación por parte de los tribunales de justicia, los jueces han sido capaces de ampliar el ámbito de protección de la Propiedad Industrial más allá de lo establecido en sus respectivas leyes; o que han sido capaces de interpretar en aquellos casos de Competencia Desleal una conducta sancionable bajo los principios generales de Responsabilidad Extracontractual.

Lamentablemente, estas consideraciones son, en mi opinión, incorrectas ya que nuestro sistema legal ha demostrado poca amplitud de criterio frente a casos que no están expresamente mencionados por un cuerpo legal. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, estoy de acuerdo que, en principio, las conductas de Competencia Desleal podrían ser sancionadas bajo ese estatuto, pero una vez más nos topamos con la realidad de los tribunales y la poca disponibilidad de sancionar conductas que no están expresamente mencionadas. Muchos empresarios han sido perjudicados por la falta de una ley que describa la conducta de Competencia Desleal. Es muy probable que los jueces sientan mayor seguridad en sancionar este tipo de actos si cuentan con una ley que los regule claramente.

También existe un gran peligro al no existir una ley y jurisprudencia específica con relación a la Competencia Desleal, ya que es esa misma ley y jurisprudencia la que va a establecer los límites de la Competencia Desleal. Esta institución debe siempre buscar fomentar la competencia sana, por lo que conviene que existe una norma expresa y no dejar su regulación a una institución tan amplia como lo es la de responsabilidad extracontractual.

Independiente de lo anterior, creo que la discusión hay que llevarla a una instancia más práctica, para hacernos la pregunta de si alguien puede estar copiando la creatividad ajena y engañando al público, sin estar infringiendo la Propiedad Intelectual. El gran problema con la Propiedad Intelectual es que, o la protección que otorga es muy limitada (como en el caso de los Derechos de Autor) o exige una cantidad de formalidades como, por ejemplo, su registro (como en el caso de la Propiedad Industrial).

Veamos primero los Derechos de Autor y la protección que otorga. De acuerdo a la ley:

> "Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieran expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas"[14].

[14] Artículo 18, Ley N° 17.366.

A continuación, en el mismo artículo el legislador describe las conductas de publicar, representar, transmitir, exhibir, reproducir, adaptar y ejecutar públicamente. Lo anterior es sin perjuicio de los derechos morales que tiene el autor de la obra y que se encuentran establecidos en el artículo 14 de la Ley N° 17.336.

Como se puede apreciar, estas conductas se refieren a una copia exacta de la obra, en términos casi fotográficos[15]. Cuando las personas reproducen un disco de música o le sacan fotocopia a un libro, están infringiendo los Derechos Patrimoniales de Autor del titular de esa obra. ¿Pero qué pasa con el "autor" que publica una novela sobre un niño mago, huérfano, quien vive muchas aventuras en un colegio de magos con sus dos amigos mientras lucha contra un adversario maligno y poderoso que mató a sus padres? Si yo nombro al héroe de estas aventuras Harry Potter y copio los libros ya existentes entonces evidentemente estoy infringiendo derechos de autor ya existentes. Pero si yo nombro al héroe Juan Perito y le invento nuevas aventuras con serpientes y dragones, ¿estoy infringiendo los derechos de autor? En nuestra opinión difícilmente un juez sancionaría la obra de Juan Perito, aunque su fuente de inspiración es evidentemente una infracción a la Ley de Derechos de Autor.

Con la Propiedad Industrial las lagunas que deja la legislación son aún más patentes. Nuestro sistema de protección está basado en un procedimiento regulado para la obtención de registros, y existen revisiones formales y de fondo de parte de la autoridad correspondiente sobre el mérito de protección que se está solicitando de acuerdo a los requisitos establecidos por la ley. Una marca puede estar inspirada en otra sin ser considerada una copia y, por ende, no sancionable desde el punto de vista de la Propiedad Industrial. Pero ¿qué pasa con aquellas personas que constantemente están sacando etiquetas que están inspiradas en las creaciones de sus competidores? Es casi como si estuvieran esperando el lanzamiento de un nuevo producto o servicio para ver cómo lo copian.

Para qué decir de lo que los ingleses llaman "trade dress", que ciertamente no está protegido en nuestro país, aunque ciertamente es digno de protección. Como ejemplos, podemos hablar de la "escenografía" de cualquier local de McDonalds o Starbucks que el público identifica y hasta busca, y que ciertamente es objeto de muchas copias aunque éstas nunca son exactas.

> "El comerciante busca crear una reputación, lo que requiere gastos, control de calidad, publicidad y así sucesivamente. Una vez que se crea una reputación, la

[15] Los verbos rectores del artículo 18 hablan de diversas formas de reproducción o ejecución de la obra, lo que ciertamente limita el ámbito de protección de la posible infracción.

empresa tendrá mayores beneficios debido a la reputación ... claramente no se puede aprovechar de esa situación al hacer al público creer que los productos de un tercero son idénticos, destruyendo la reputación adquirida con tanto sacrificio y costo"[16].

Por último, aunque no sea un argumento académico de mucho peso, por el hecho de que con el tiempo la mayoría de las legislaciones han incorporado una Ley de Competencia Desleal nos parece también necesaria su existencia en nuestro país.

5. Más allá de la Propiedad Intelectual

Si los actos de Competencia Desleal van más allá de lo regulado por la Propiedad Industrial, entonces es necesario definirlo para no caer en una situación de abuso. Si bien la Competencia Desleal desea proteger la creatividad y a los consumidores, su alcance no puede ser tan extenso para que sirva como herramienta para opacar, o peor, ser una excusa para eliminar la competencia.

El primer elemento que define lo que puede ser objeto de sanción como Competencia Desleal es el concepto de creatividad. Si no hay creatividad para proteger entonces no existe un acto de Competencia Desleal en la copia. Las personas que usan conceptos, palabras o artículos de dominio público no pueden reclamar si los copian. Este límite tiene una estrecha relación con la Propiedad Intelectual, ya que aquellas cosas que no ameritan protección de Propiedad Intelectual o cuya protección se ha solicitado y ha sido rechazada, no pueden ser tuteladas por la Ley de Competencia Desleal. Un ejemplo evidente es si rechazaron mi solicitud de registrar una palabra como marca, por considerarla de dominio público, malamente puede una persona alegar que un tercero ha cometido un acto de competencia desleal al copiarle esa misma palabra.

Lo mismo es más delicado en el caso de las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales. Estos se conceden bajo la premisa de que lo que se está protegiendo es nuevo, tiene utilidad y, en el caso de las patentes, tiene nivel inventivo. Las solicitudes se someten a la emisión de un informe pericial donde un examinador independiente emite una opinión técnica sobre los méritos de la solicitud para ser concedida de acuerdo a los requisitos establecidos por la misma ley. Al emitir estos informes, y en la correspondiente epístola que se da entre el solicitante y el examinador, muchas veces el solicitante manifiesta cómo su solicitud es diferente a lo que ya existe, o abiertamente renuncia a ciertos aspec-

[16] Landes & Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 1987.

tos de la protección solicitada para que le concedan protección para los restantes elementos. Esta verdadera "negociación" entre el examinador y el solicitante, así como el resultado final cuyo registro es concedido, es sumamente importante, ya que establece el marco o límite de protección que se le otorga al titular de la patente, modelo o diseño.

La relación con la Competencia Desleal es evidente desde el momento en que el titular de la patente, modelo o diseño no puede posteriormente alegar algo distinto a lo afirmado en el proceso de obtención de su solicitud. Por ejemplo, si durante el proceso de obtención de la solicitud el solicitante afirmó que su invento no cubría ciertos elementos, no puede posteriormente alegar que alguien lo está infringiendo por utilizar esos mismos elementos. De esta forma, lo que el solicitante ha renunciado en el proceso de obtención de su patente, modelo o diseño, puede ser copiado libremente por terceras personas.

De esta forma, si la relación entre Propiedad Intelectual y Competencia Desleal es de género y especie, entonces aquello que ha sido expresamente rechazado como Propiedad Intelectual –o aquello cuyo registro de Propiedad Intelectual ha vencido– no puede ser objeto de protección de la Competencia Desleal.

¿Qué pasa con aquellos casos donde se debió haber solicitado el registro como Propiedad Industrial y no se hizo, y ahora se desea protección bajo la Ley de Competencia Desleal? La ley no obliga a buscar protección como Propiedad Intelectual antes de poder acudir a la institución de Competencia Desleal, por lo que en teoría es posible aunque ciertamente inconveniente. Sólo pueden existir dos razones por las cuales no buscar protección como Propiedad Intelectual:

1°) un descuido u omisión;
2°) por saber que no será concedida.

En ambos casos me parece que tampoco debería existir protección bajo el concepto de Competencia Desleal, aunque reconozco que esto impone lo que quizás sea un inconveniente aún mayor: que sean los tribunales los que deben determinar si estamos frente a un caso donde se debió buscar primero protección bajo la Propiedad Intelectual.

6. El concepto de *Goodwill*

Al ser una ley totalmente nueva en nuestra legislación, no existe jurisprudencia que nos permita establecer cómo será la aplicación de la misma, por lo que debemos recurrir a otras naciones para ver la forma en

que se ha regulado la Competencia Desleal. En los países anglosajones existe una extensa jurisprudencia sobre la materia, comenzando con el Reino Unido que ha sido pionero en este tema. El caso más emblemático fue el denominado "Advocaat"[17], donde el Juez Lord Diplock definió las reglas que debió cumplir un acto para ser denominado de Competencia Desleal:

a) Una falsa representación.
b) Efectuado por un comerciante en el transcurso de su negocio.
c) Hecho por un comerciante a potenciales consumidores de sus productos.
d) Con la intención de dañar el "*goodwill*" o el negocio de otro comerciante.
e) Que cause dicho daño, o sea razonable suponer que cause daño.

En nuestra opinión, si bien todos los puntos son importantes, el que contiene mayor relevancia es el de "goodwill". No basta con un mero acto que tenga el ánimo de afectar a la competencia y ciertamente no basta la existencia de confusión, sino que esa confusión debe afectar el "*goodwill*" de la parte perjudicada.

El "*goodwill*" es un concepto sumamente difícil de poder definir en nuestro sistema jurídico, pero que podríamos traducir como:

- Derecho de llaves.
- Imagen corporativa.
- Buen nombre de la empresa.
- Reputación de los productos y servicios ofrecidos.
- Plusvalía.

El "*goodwill*" no es fruto del azar, sino de un trabajo extenso y costoso. La publicidad, asociada a la preocupación por la calidad de los servicios y productos son las fuentes primordiales (aunque ciertamente no las únicas) de esta reputación de empresa. Es lo que hace que el público asocie una empresa, producto, servicios o nombre con una idea que lo atrae. Algunas veces esa reputación puede estar asociada con preocupaciones distintas de aquellas propias de la empresa o la persona. Por ejemplo, una empresa que tiene gran preocupación por los problemas sociales o por el medio ambiente (temas que el público aprecia). Este "goodwill" claramente puede ir más allá de lo que está protegido por la Propiedad Intelectual al incorporar, como ya se ha mencionado, conceptos como

[17] *Erven Warnick v. Townend* (1980 R.P.C 31).

el "trade dress" o una reputación de fabricar productos respetuosos del medio ambiente.

Debemos indicar que el concepto de "goodwill" esta íntimamente relacionado con la idea de confianza del público consumidor. Solamente puede existir "goodwill" en la medida de que el público me reconozca y me identifique, de tal forma que mientras más me doy a conocer y más invierto en mi imagen pública, mayor va a ser mi "goodwill".

Ya que hemos definido el concepto de Competencia Desleal, debemos establecer el límite que debe existir, lo que conlleva la pregunta ¿dónde existe el límite, ya que evidentemente hay elementos que se deberían poder copiar porque son propios del negocio?

7. Límites a la competencia desleal

En términos generales, si todo lo que hacen los empresarios para mejorar la reputación de su empresa está protegido, entonces casi no existen límites a lo que deba protegerse. En primer término, ya hemos mencionado aquello que no pudo ser registrado como Propiedad Intelectual (porque su registro ha sido expresamente prohibido o la solicitud de registro ha sido rechazada). Lo mismo se aplica a aquello cuya protección se obtuvo, pero el término de protección ya se encuentra vencido, ya que por principio aquello pertenece al dominio público.

¿Qué pasa con aquel elemento cuya protección se debió solicitar como Propiedad Intelectual y no se hizo por omisión? ¿Es posible protegerlo como Competencia Desleal? En estas preguntas debemos distinguir entre los diversos tipos de Propiedad Intelectual:

1°) Derechos de autor: en este caso se protege por su mera creación, por lo que siempre habrá protección para las obras de inteligencia sin perjuicio de su registro[18].
2°) Patentes, modelos y diseños: en estos casos existe la exigencia de novedad absoluta, por lo que si se ha dado a conocer no puede registrarse. No obstante, en teoría podría existir el caso donde no se solicitó protección como patente, modelo o diseño (especialmente un diseño) y posteriormente se obtenga protección como Competencia Desleal, siempre que se cumpla con los demás requisitos de la Competencia Desleal.
3°) Marcas: aquí el tema se hace más complejo, especialmente tratándose de marcas que podrían ser consideradas genéricas o descriptivas. Como

[18] Artículo 1 de la Ley N° 17.336.

primera impresión me inclino por considerar que es difícil otorgar protección a signos que debieron ser solicitados como marcas, aunque entiendo la dificultad del problema ya que estamos obligando a los Tribunales de Justicia a pronunciarse sobre un tema cuya competencia compete al Departamento de Propiedad Industrial.

4°) Circuitos integrados y denominaciones geográficas: en estos casos considero que aquello que no se registró no debería tener protección bajo Competencia Desleal.

Una vez más debemos acudir a la doctrina anglosajona para colocar los límites propios a esta institución nueva en nuestra legislación.

Es importante poder distinguir entre aquellas copias que son propias de la competencia y que si se encuentran limitadas, éstas estarían afectando la naturaleza misma de la competencia; y, por otro lado, aquellas copias que deberían ser sancionadas. Una vez más me parece que debemos acudir al principio de creatividad para poder descubrir lo que es protegible.

La clave se encuentra en poder demostrar qué es lo que se está copiando, si es un elemento distinguible por parte del público o no. A ambos lados del Atlántico existen casos ejemplificadores de lo planteado, de los cuales podemos citar en los Estados Unidos a *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co* (donde se determinó que se podía copiar el pie de una lámpara por considerar que es de dominio público) como uno de los más importantes[19]. Por otro lado, en Inglaterra, además del caso ya mencionado, es interesante notar el caso de *Reckitt and Colemann v. Borden*[20], donde se determinó que si bien la marca de la defensa era bien conocida existía evidencia de que el público pensaba que se trataba de un genérico.

De esta forma, si lo que se está imitando es un elemento inherentemente distintivo, o identifica en los ojos de los consumidores al productor, entonces su imitación debería ser sancionada como "competencia desleal" aunque esos elementos no han sido registrados como propiedad industrial o intelectual. Así, una vez más se está protegiendo la creatividad y la confianza del público consumidor. En la medida que el empresario es capaz de crear algo que lo distinga de su competencia, de tal forma que el público comienza a identificar sus productos y/o servicios por ese elemento especial, entonces debería ser objeto de protección.

En estos casos es sumamente importante considerar la impresión que se está produciendo en el público consumidor. Una vez más estamos con el concepto de daño al "*goodwill*", ya que un comerciante tiene "*goodwill*" en la medida que el público identifica dichos elementos como propios de ese comerciante. La jurisprudencia anglosajona hasta ha establecido que

19 *Sears Roebuck v. Striffel Co.* (376 US 225 (1964).
20 *Reckitt and Colemann v. Borden* (1988 F.R.S 601 C.A.).

un comerciante podría alejar la competencia desleal si un competidor le está copiando un elemento que comenzó siendo de dominio público, pero que con el transcurso del tiempo el público ha llegado a identificar con ese comerciante en particular (lo que se denomina "*secondary use*")[21].

A lo anterior, considero que hay que preguntarse si lo que se pretende proteger es esencial para desarrollar el negocio, de tal forma que si se impide su copia no exista otra forma de competir. Lo anterior supone que no existe un derecho de propiedad industrial sobre el mismo, ya que si existe, por ejemplo, una patente sobre un producto determinado no existe posibilidad de competir con ese mismo producto. Si la respuesta a la consulta es sí, entonces es probable que no estemos frente a un caso de Competencia Desleal, ya que en la mayoría de los casos, crear un elemento distintivo significa agregar algo al producto que lo distinga de los demás productos que compiten en el mercado. Puede ser una forma, un diseño, una combinación de colores, un formato, una forma de presentarlos (el listado o combinación de posibilidades es ilimitado) pero siempre es algo que le permite al público identificar un producto o servicio con un comerciante en particular.

Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra en *Remcraft Lighting Products, Inc. v. Maxim Lighting, Inc.*[22] donde se estableció que lo que se protegía de las cubiertas y partes de las lámparas no son protegibles per se, pero sí lo eran los diseños únicos de esos elementos.

Ciertamente estos criterios que hemos dado son generales y serán los tribunales de justicia quienes deberán establecer los criterios a aplicar en nuestro país. Por ello, es poco afortunado que el legislador le diera conocimiento de estos asuntos a los Tribunales Civiles en vez del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Las razones por preferir al tribunal especializado son dos:

1°) La uniformidad de la jurisprudencia que es sumamente importante al considerar que estamos definiendo qué se puede, o no pueda hacer, en términos de competencia dentro del mercado; y
2°) La mejor capacidad del Tribunal de resolver temas de competencia al ser integrado por especialistas tanto abogados como economistas.

No obstante lo anterior, me parece que la promulgación de esta ley es un paso importante y necesario en la consolidación de un sistema de mercado competitivo y leal en nuestro país.

---

21 *Reddaway v. Banham* (1896 A.C. 199 at 204).

22 *Remcraft Lighting Products, Inc. v. Maxim Lighting, Inc.* (706 F. Supp. 855, 857 S.D. Fla. 1989).

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 57-72

COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ANDREA BARROS IVERSON
Profesora de Derecho Económico
Universidad de los Andes

1. INTRODUCCIÓN

La dictación de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal y la inclusión, dentro de su objeto, de la protección de los consumidores que sean afectados por dichos actos, hace necesario examinar de forma detallada ambas legislaciones para determinar las superposiciones que puedan existir en sus normas y, además, la forma cómo ambos cuerpos legales pueden conjugarse.

Ya desde el punto de vista teórico surge la duda si la introducción de los consumidores en la Ley de Competencia Desleal es adecuada. Al parecer, se trata de bienes jurídicos protegidos muy disímiles y que apuntan a cautelar relaciones entre agentes del mercado diferentes. Así, a grandes rasgos, la protección al consumidor busca regular las relaciones entre proveedores y consumidores y la competencia desleal, en cambio, busca regular relaciones entre competidores, quienes se encuentran en una relación de igualdad en el mercado.

Si revisamos la historia de la Ley de Competencia Desleal, en su proyecto original no incluía a los consumidores y se señalaba de forma explícita que se aplicaría sólo a situaciones que estuvieran fuera de aquellas contempladas por la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, durante la tramitación legislativa ello cambió y, finalmente, los consumidores fueron incluidos.

Sin perjuicio de lo anterior, ya que ambas leyes se encuentran vigentes, es necesario determinar, entonces, cómo se concilian sus normas y cuál

es la más conveniente para el consumidor en caso de conflicto. En efecto, no es suficiente que la norma consagre dentro de su objeto la protección de los consumidores frente a actos de competencia desleal, sino que es necesario determinar si sus disposiciones efectivamente los protegen y si en la práctica puede lograrse dicha protección.

2. Competencia desleal y protección al consumidor: bienes jurídicos protegidos

El ámbito de protección de la competencia desleal y de la protección al consumidor han sido, desde siempre, muy diferentes. En el primero de los casos, lo que se busca es regular comportamientos que se dan entre agentes del mercado que se encuentran en condiciones de igualdad horizontal, es decir, son ambos agente del mercado en un mismo nivel, donde, además, se exige que sean competidores. En el segundo caso, esto es, en la protección al consumidor, se trata de regular las relaciones entre agentes del mercado que no están en un mismo nivel, sino que se trata un vendedor y comprador, donde la principal característica es que el primero tiene más y mejor información de los bienes que vende que el segundo.

Las regulaciones se han ido haciendo necesarias a medida que el comercio se ha ido complejizando. De esta forma, ya no bastan las normas generales civiles y comerciales para solucionar los conflictos que las relaciones económicas han ido generando y se hace cada vez más necesaria la dictación de normas especialísimas en diferentes ámbitos, de modo que haya una efectiva protección de los valores que pretenden resguardarse en una economía de mercado. Así han surgido, entonces, las normas de protección al consumidor y las de competencia desleal[1].

En cuanto a los bienes jurídicos que dichas normas persiguen proteger, ellos son bastante disímiles.

[1] En Chile, los primeros antecedentes de las normas de protección al consumidor se remontan al año 1932, con la dictación del Decreto Ley N° 520, que dio origen al Comisariato de Subsistencia y Precios, encargado del control de la calidad y cantidad de los artículos de primera necesidad. Desde esa primera ley y hasta el año 1983 el objetivo de las normas que anteceden nuestra legislación especial de protección al consumidor era, principalmente, la fijación de precios de los bienes de primera necesidad, su calidad, combatir la negativa de venta y, en general, asegurar la atención de las necesidades de consumo de los habitantes del país. Una vez que la situación de escasez de bienes es superada y se deja al mismo mercado el manejo de la economía, se dicta en 1983 la Ley N° 18.223, primera ley de protección de los derechos de los consumidores propiamente tal y antecedente de la actual Ley N° 19.496.

En la Ley de Competencia Desleal el bien jurídico protegido es la buena fe que debe haber entre los competidores en un mercado. La competencia es sana y necesaria en los mercados para que haya una buena asignación de los recursos y los precios de los bienes obedezcan netamente a la conjugación de la oferta y la demanda. Sin embargo, en la dinámica del mercado no puede desconocerse que hay agentes que buscan aprovecharse de las debilidades de sus competidores y pretenden sacar ventaja de ellas en forma maliciosa. Para todos esos casos se hace necesario que haya normas que persigan limitar y sancionar aquellas conductas, haciendo prevalecer la buena fe[2].

No puede desconocerse que si bien la competencia es sana para el mercado, el monopolio u oligopolio son ventajosos para sus titulares, ya que les permite obtener una ventaja extra a través de la influencia en los precios en caso de que la posición sea ejercida de forma indebida, de modo que el incentivo a desprestigiar a la competencia para que fracase tiene incentivos bastante perversos. Es por ello que la legislación se hace cargo de dichas conductas, evitando que un competidor pueda, a través de acciones ilegítimas, ir tomando una posición dominante en el mercado.

En el caso de la protección al consumidor, el bien jurídico protegido es la transparencia que debe haber en las relaciones entre proveedores y consumidores[3]. En el caso del consumo, lo que busca la legislación especial es corregir una imperfección del mercado, cual es la asimetría de información. En virtud de esta, se parte de la base de que uno de los agentes de una relación económica tiene más y mejor información que el otro respecto del bien o servicio que están transando. En el caso de las relaciones de consumo, no cabe duda que los proveedores de los bienes o servicios tienen información completa del producto que están ofreciendo y no tienen obligación ni incentivos para transmitírsela al consumidor. La ley, entonces, viene a regular la información mínima que debe ser transmitida al consumidor y ponerle un marco a la actuación de los proveedores, estableciendo infracciones y sanciones en caso de incumplimiento.

---

2 Según Enrique Barros Bourie, en su exposición ante la Comisión de Economía del Senado, "el bien jurídico protegido es la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva". Historia de la Ley N° 20.169, Biblioteca del Congreso Nacional.

3 La Ley N° 19.496 define estos conceptos en su artículo 1, números 1 y 2, en los siguientes términos: "1. Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios. 2. Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa".

Como se puede apreciar, los bienes jurídicos protegidos de ambas leyes son diferentes. Mientras que en el caso de la competencia desleal se trata de la buena fe entre competidores, en el caso de la protección al consumidor es la transparencia en las relaciones de consumo.

3. La competencia desleal

En términos generales, sin importar la forma en que se ejerza la competencia desleal, la finalidad siempre va a ser la misma: sacar a los competidores del mercado, de modo de ir adquiriendo una posición más ventajosa en éste, que finalmente redunde en mayores ventajas económicas.

En el mismo sentido, según Garrigues, las normas sobre competencia desleal "protegen directamente la clientela de la empresa como elemento de valor económico decisivo"[4]. De esta forma, se reconoce que el principal activo que tiene una empresa es su clientela, ya que sin ella es imposible la transacción de bienes y lo que se persigue con la competencia ilícita es, precisamente, desviar esa clientela de un competidor a otro.

Ahora bien, no toda desviación de clientela es ilícita. Efectivamente, la única forma de que haya competencia en un mercado es a través de la existencia de varios agentes económicos en un mismo rubro. De no haber traslado de la clientela entre uno y otro, es imposible que exista la competencia, por lo que toda actividad lícita que pretenda atraer clientes siempre es bienvenida y permite el perfeccionamiento tanto del mercado mismo como de los bienes y servicios que en éste se transan.

De acuerdo al Diccionario de Términos de Comercio, la competencia desleal se puede definir como: "Todo acto de competencia contrario a los usos comerciales honestos. Actos contrarios a usos comerciales honestos significan por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas"[5].

Como se puede apreciar, la determinación de un acto como constitutivo de competencia desleal pasa por una calificación de carácter

---

4 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Temis, Colombia, Séptima edición, 1987.

5 Diccionario de Términos de Comercio, Organización de Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo y Comisión Económica para América Latina y el Caribe, noviembre 2003.

subjetiva, ya que va a atender a lo que se entienda por buena fe y usos comerciales honestos.

Hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.169, los actos de competencia desleal eran perseguidos y sancionados basándose en la legislación común, fundado en el artículo 2314 del Código Civil, que dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Posteriormente, con la modificación del Decreto Ley N° 211 del año 2003, se incluyó dentro de las que se consideran prácticas contrarias a la libre competencia "las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas a efectos de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante". Sin embargo, en este caso la sanción de la competencia desleal sólo queda para aquellos casos en que ésta tiene por objeto mantener o incrementar una posición dominante, dejando fuera del ámbito de protección todo el resto de los casos.

La Ley N° 20.169, en su artículo 3°, define lo que se entiende por acto competencia desleal como "en general, toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado". Como se puede apreciar, la norma ha recogido, por una parte, el bien jurídico que la doctrina ha calificado como el protegido para estos casos, la buena fe y, por otra, ha incorporado a las buenas costumbres, lo que parece razonable, toda vez que el derecho comercial tiene una base en la costumbre muy fuerte y esto no hace más que reconocerlo.

Sin perjuicio de esta cláusula general sobre qué se considera competencia desleal, la ley da una enumeración no taxativa de conductas que caben dentro del concepto, que analizaremos más adelante.

4. Competencia desleal y consumidores

4.1. Objeto e historia de la ley de competencia desleal

El objeto de la Ley de Competencia Desleal está determinado en su artículo 1°, que establece: "Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal".

Es en virtud de esta disposición, entonces, que surgen los problemas en cuanto a la confusión de bienes jurídicos protegidos y a la aplicación de la norma de competencia desleal como medio de protección de los consumidores.

Como ya habíamos analizado, la protección de los consumidores y la protección de la competencia lícita tienen bienes jurídicos completamente diferentes, lo cual, al parecer, no fue reconocido en esta ley, donde se los mezcla y se reconoce, como objetivo de la misma, no sólo la protección del consumidor, sino que además la de cualquier persona que se vea afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

Para saber el origen y evolución de la norma, es necesario estudiar la historia de la ley.

El proyecto original presentado a discusión en el Congreso no contemplaba la protección de los consumidores dentro de su objeto, sino que éste se limitaba a "sancionar los actos de competencia desleal cometidos en el mercado nacional realizados por cualquier agente que opere en él". Durante la discusión del proyecto en su primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, dicha norma fue modificada en los siguientes términos: "Esta ley tiene por objeto sancionar los actos de competencia desleal relativos a bienes y servicios que se transan en el mercado nacional, realizados por cualquier agente que opere en él, en la calidad de prestador de servicios o de productor, distribuidor o proveedor de bienes"[6].

Es en el Senado donde la norma fue modificada de la forma como se contempla actualmente en el proyecto, fundado en que "existe un consenso actualmente en el derecho comparado en el sentido de que los protegidos por las leyes que sancionan la competencia desleal no son sólo los competidores. La represión de la competencia desleal se justifica en la cautela de diversos bienes jurídicos: la protección del consumidor y del competidor frente a malas prácticas comerciales; la cautela de la propiedad intelectual e industrial; la libre competencia que puede ser afectada de manera refleja por actos de competencia desleal"[7].

Sin perjuicio de que la norma definitiva fue introducida en el Senado, ésta no estuvo exenta de polémica, ya que fue uno de los dos artículos que fueron rechazados, en tercer trámite constitucional, por la Cámara de Diputados, y que fueron resueltos por una Comisión Mixta. En ella se señaló, por un lado, que era adecuado incorporar dentro de los protegidos por la ley a los consumidores, ya que existen actos de competencia desleal que efectivamente les perjudican y, por otro, que su inclusión distorsionaba el objeto del proyecto, ya que la idea central de éste debiera acotarse a la relación horizontal que se verifica entre competidores. Adicionalmente, se señaló que, de incorporarse a los consumidores, se

6 Historia de la Ley N° 20.169, Proyecto de ley para regular la competencia desleal, Biblioteca del Congreso Nacional del Chile.

7 Historia de la Ley N° 20.169, Proyecto de ley para regular la competencia desleal, Biblioteca del Congreso Nacional del Chile.

produciría una superposición de normas, con las dificultades prácticas que ello trae aparejadas.

4.2. LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley N° 19.496[8], sobre protección de los derechos de los consumidores, regula, en general, la relación entre los proveedores y consumidores, estableciendo obligaciones y sanciones para el primero en caso de incumplimiento.

Para que se pueda aplicar la ley es necesario que se cumplan cuatro requisitos:

a) Que se trate de un acto mixto, esto es, que el acto sea mercantil para el proveedor y civil para el consumidor.
b) Que una de las partes tenga el carácter de proveedor: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.
c) Que una de las partes tenga el carácter de consumidor: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios.
d) Que no se trate de materias reguladas por leyes especiales. Sin perjuicio de ello, la ley siempre se aplicará en los vacíos de dichas leyes; en las normas sobre procedimientos colectivos y difusos; y para utilizar el procedimiento de la ley para obtener indemnización.

Sin perjuicio de lo anterior, hay casos en que, a pesar de no cumplirse con los requisitos anteriores, la ley igual se va a aplicar. Estos casos son los de comercialización de sepulcros y sepulturas; goce de inmuebles con fines de turismo por no más de tres meses; contratos de salud, educación y vivienda, con algunas limitaciones.

Como se puede apreciar, para que se aplique la ley a un caso determinado es necesario el cumplimiento de todos los requisitos anteriores, siendo una ley de aplicación residual en muchos de los casos.

[8] Sin perjuicio que las normas de la ley se aplican a proveedores y consumidores, hay algunos casos excepcionales en que éstas establecen responsabilidades para los fabricantes, importadores o distribuidores de bienes.

Ahora bien, en lo que a competencia desleal se refiere, con la reforma que tuvo la ley el año 2005, a través de la Ley N° 19.955, se introdujo el nuevo artículo 28 A, que dispone lo siguiente:

> "Art. 28 A. Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores".

Esta es la única norma consagrada en la LPC que regula, de alguna manera, la competencia desleal y su relación con los consumidores. Sin embargo, ésta se recoge de manera restringida, ya que sólo se refiere a los casos en que se induzca a confusión a los consumidores respecto de otro proveedor.

Sin embargo, la restricción anterior en la práctica va más allá, ya que la sanción al proveedor será una multa a beneficio fiscal, con lo cual el incentivo para que el consumidor inicie el procedimiento prácticamente no existe (salvo que se hayan producido perjuicios, caso en el cual el consumidor podrá reclamarlos, pero es difícil que se puedan dar en este caso en particular).

Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio Nacional del Consumidor siempre podrá iniciar el procedimiento y requerir la aplicación de la multa al proveedor infractor, en virtud de lo establecido en el artículo 58 letra g). Asimismo, las asociaciones de consumidores también podrán hacerlo, al estar facultadas por la ley para ejercer acciones legales[9].

En caso de recurrir a la justicia por infringir el artículo 28 A, al no haber sanción específica, se aplicará la sanción general de la ley contenida en su artículo 24, que es de hasta cincuenta unidades tributarias mensuales, la cual se puede doblar en caso de reincidencia.

---

9 Artículo 58. "El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.
Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones:
g) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores.
La facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales".

4.3. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y CONSUMIDORES

4.3.1. Aspectos generales

Como ya hemos señalado anteriormente, el artículo 1° de la ley sobre competencia desleal señala que ésta tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

Debemos entender que, ya que la ley protege a cualquier persona que esté afectada en sus intereses legítimos, dicha afección también es necesaria que se dé respecto de los consumidores y los competidores. Es decir, el consumidor sólo va a poder recurrir a la aplicación de la ley cuando efectivamente se le hayan afectado sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

Ahora bien, ¿cuáles son los intereses legítimos de un consumidor? Para todo consumidor, el principal interés es que el bien o servicio que adquiere cumpla con la finalidad para la cual se compró. Esa finalidad puede venir dada por dos vías, objetiva o subjetiva. Será objetiva cuando el proveedor del bien o servicio les atribuye a éstos determinadas características y una determinada utilidad (y así se lo comunique al consumidor), y será subjetiva cuando el consumidor lo adquiere para la satisfacción de una necesidad que él mismo le atribuye. Cuando el bien o servicio no cumple con la finalidad, en el caso de la objetiva, el consumidor tiene, a través de la LPC, diferentes herramientas para reclamar por ello[10]; no será así en el caso de la subjetiva, ya que no hay ninguna infracción de parte del proveedor.

Ya que los intereses legítimos de los consumidores están resguardados por la ley de protección al consumidor, por lo menos en cuanto al cumplimiento de lo ofrecido por el proveedor y todo lo que de ello se desprende, la pregunta que sigue es cuándo se van a aplicar las normas sobre competencia desleal.

4.3.2. Concurso de leyes

Con la existencia de una ley especial de protección a los consumidores, en la cual se regulan la mayor parte de los conflictos que pueden generarse en una relación de consumo, necesariamente se van a dar situaciones en

[10] Así se lo permite expresamente el artículo 8° letra d) de la ley, que dispone: "Artículo 8°. Las organizaciones a que se refiere el presente párrafo sólo podrán ejercer las siguientes funciones: (...) d) Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato, y..."

las cuales una determinada situación sea cubierta tanto por aquel cuerpo legal como por el que regula la competencia desleal.

El legislador, consciente de que al incluir en el objeto de la ley la protección de competidores y consumidores se iba a presentar este tipo de conflictos, les pone solución en el artículo 2°, que dispone: "Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones: (...) b) Las reguladas en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores".

Por lo tanto, una misma conducta podrá ser perseguida por dos vías[11-12], a través de las acciones que contempla la Ley de Competencia Desleal y a través de las acciones de la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, en lo relativo a la procedencia de indemnizaciones de perjuicio se le pone límite, ya que no será posible obtener la reparación por ambas vías.

4.3.3. Los actos de competencia desleal

La ley entrega una cláusula general de actos que son considerados de competencia desleal y, además, entrega un listado ejemplar no taxativo de conductas que se consideran desleales.

El artículo 3° contiene la cláusula general en los siguientes términos: "En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado". El consumidor sólo se va a ver afectado directamente por el acto de competencia desleal en la medida que haya un incumplimiento en lo ofrecido, publicitado o contratado con el proveedor, pero al ser tan amplia la cláusula, las posibilidades son infinitas, por lo que es más adecuado recurrir a los ejemplos que da la ley para ver si el consumidor efectivamente se ve favorecido por las normas o no.

Para determinar en cuáles de aquellos casos ejemplares contenidos en el artículo 4° de la ley pueden afectar a los consumidores, los analizaremos por separado. Dicha norma dispone: En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:

---

11 Por ejemplo, el consumidor, según el artículo 3 letra b) de la ley, tiene derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos (...). Asimismo, de acuerdo al artículo 12, todo proveedor de bienes o servicios está obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

12 Y hasta tres o cuatro, en la medida que también se contempla la posibilidad de que la conducta sea sancionada por las leyes de libre competencia, propiedad intelectual y/o propiedad industrial.

a) *"Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero".*
Como se puede apreciar, esta disposición es casi idéntica a la que analizamos anteriormente y que se contiene en el artículo 28 A de la LPC, con la única diferencia que esta última se restringe a la inducción a la confusión difundida por medio de la publicidad. Si bien esta norma es más amplia, los casos en que la conducta no sea realizada a través de la publicidad son menores, ya que es precisamente a través de ésta con que se logra llegar a una mayor cantidad de personas. Además, de acuerdo al artículo 33 de la LPC, ésta sanciona a los proveedores que induzcan a error o engaño a los consumidores[13]. Como se puede apreciar, en este caso la LPC resguarda debidamente los derechos de los consumidores,

b) *"El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos".*
Sin perjuicio de que en este caso se hacen extensivos los comentarios del caso anterior, además los consumidores afectados pueden recurrir a la norma contenida en el artículo 28 de la LPC, que sanciona a quien a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier mensaje publicitario induzca a error o engaño respecto de: los componentes del producto o porcentaje en que incurren; la idoneidad del bien para los fines que pretende satisfacer; las características relevantes de bien, entre otros[14].

c) *"Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o*

---

13 Artículo 33. "La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor".

14 Artículo 28. "Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:
a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;
e) Las condiciones en que opera la garantía, y
f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable".

relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado".

Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva. En este caso el directamente perjudicado es el competidor, toda vez que el consumidor no se verá directamente afectado con el menoscabo de un agente del mercado, por lo que es difícil que pueda recurrir a esta norma.

d) *"Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado".* En este caso, al igual que en el anterior, no parece que la norma pueda ser usada por un consumidor como afectado directo por el acto que se describe.

e) *"Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley".* En este caso debe distinguirse si los bienes o servicios respecto de los cuales se falta a la verdad son los del competidor desleal o los del afectado. En el primero de los casos, nos remitimos a lo señalado para la situación consignada en la letra b). En el segundo de los casos, el directamente afectado será siempre el competidor y no el consumidor, por lo que nos remitimos a lo comentado en la letra c).

f) *"Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor".*

La inducción a un consumidor a no cumplir con un contrato claramente lo perjudica directamente, ya que lo más probable es que sea perseguido judicialmente por su contraparte para cumplir con lo contratado. En consecuencia, una vez que lo anterior suceda, es posible para el consumidor iniciar las acciones que esta ley le franquea para obtener del inductor una indemnización por los perjuicios que el incumplimiento le causó. Ya que la norma no sanciona la obligación a incumplir sino que sólo la inducción, esta será la necesaria para poder iniciar las acciones, no pudiendo el inductor excusarse basándose en que no hubo obligación de su parte y en la libertad del consumidor.

g) *"El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado".*

La LPC establece una sanción de hasta 50 UTM para quien interponga acciones temerarias, entendiendo por tales todas aquéllas que carecen de fundamento plausible.

Como se puede apreciar, en general en todos aquellos casos ejemplares que da la ley sobre conductas atentatorias contra la competencia leal, el consumidor o no se va a encontrar directamente afectado por la conducta, o si se le afecta, se encuentra bien protegido por las normas especiales de la LPC. La única excepción sería el caso contenido en la letra f), donde el consumidor podría aprovechar las acciones que la ley pone a su disposición.

4.3.4. El procedimiento y las sanciones en la Ley de Protección al Consumidor y en la Ley que Regula la Competencia Desleal

Ya se analizó que gran parte de las conductas donde se afecta un consumidor pueden ser perseguidas tanto por la Ley de Protección al Consumidor como por la Ley que Regula la Competencia Desleal. Ahora la pregunta que se debe responder es cuál de los dos cuerpos legales otorga mayores ventajas para el consumidor a la hora de recurrir a la justicia.

La LPC se funda en que el consumidor es la parte débil en los contratos, por lo que requiere de una mayor protección y que la legislación le franquee los medios más eficientes y rápidos posibles para poder resolver sus conflictos. Por esto, la ley establece que, en caso de infracción, el juzgado competente para resolver los conflictos será, por regla general[15], el juzgado de policía local del lugar donde se celebró el contrato, donde se cometió la infracción o donde se dio inicio a su ejecución. De ahí en adelante todo juega en beneficio del consumidor, ya que la demanda carece de formalidades, exigiéndose sólo que sea escrita y, además, no se requiere de patrocinio de abogado.

Asimismo, se prescinde de todo tipo de formalidades ya que incluso la lista de testigos puede presentarse en la misma audiencia en la cual se tomará la prueba. Sin perjuicio de estas excepciones, el procedimiento se regirá por lo establecido en la Ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

Respecto de las denuncias por publicidad engañosa, el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Además, puede exigirse del anunciante que realice la publicidad correctiva que sea apropiada.

En cuanto a las sanciones, la LPC establece una sanción general para todos aquellos casos donde no se ha señalado una específica, que llega

[15] Sin perjuicio del procedimiento general establecido en la ley, también se consagra un procedimiento de mínima cuantía para causas donde lo pedido no exceda las 10 unidades tributarias mensuales y un procedimiento para aplicar en el caso de acciones colectivas o difusas.

hasta las 50 unidades tributarias mensuales. De las sanciones especiales que tienen relación con las normas mencionadas en párrafos anteriores, es necesario mencionar la que se establece para el caso de publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social relativas a los elementos indicados en el artículo 28, que podrá alcanzar hasta 750 unidades tributarias mensuales y 1000 en caso que ella incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o seguridad de la población o del medio ambiente.

A través del procedimiento general, los consumidores pueden reclamar la sanción al proveedor, la obtención de la prestación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de sus derechos y/o obtener la debida indemnización de perjuicios o las reparaciones que corresponda.

Las acciones pueden ser interpuestas por el consumidor afectado, por el Sernac o por una asociación de consumidores, en representación de sus miembros.

En cuanto a la Ley sobre Competencia Desleal, de ésta derivan cuatro acciones: la de cesación del acto o prohibición del mismo si aún no se lleva a efecto; la acción declarativa de un acto de competencia desleal; la acción de remoción de los efectos del acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o una rectificación del autor; y acción de indemnización de perjuicios.

Las acciones pueden ser interpuestas por cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado y perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. También se permite a las asociaciones gremiales el ejercer las acciones en beneficio de sus miembros, salvo la de indemnización de perjuicios. En todo caso, no hay lugar a indemnización de perjuicios si ésta ya se hubiere obtenido por la reparación del mismo daño fundado en otro cuerpo legal.

Es competente para conocer de estas acciones el juez de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección del último.

Las acciones se tramitarán de acuerdo con las normas del procedimiento sumario y procederán todos los recursos que la ley franquea. La acción de indemnización de perjuicios puede tramitarse en juicio separado y, en ese caso, se tendrán por probados los hechos establecidos en juicio por las mismas partes al haberse tramitado alguna de las otras acciones que la ley franquea.

En caso que haya indicio grave y preciso de amenaza o ejecución de un acto de competencia desleal, el tribunal, a petición de parte, puede ordenar su suspensión inmediata.

Si el tribunal en la sentencia establece que ha habido algún acto de competencia desleal, la remitirá al Fiscal Nacional Económico, quien podrá

solicitar del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que sancione al autor con multa de entre 2 y 1000 unidades tributarias mensuales.

Una vez analizados ambos procedimientos, podemos constatar que es, a todas luces, el establecido en la LPC el más eficiente para la defensa de los derechos de los consumidores, toda vez que es muchísimo más rápido al ser ante el juez de policía local, y exige muchísimo menos formalidades. Al estar casi todas las situaciones consagradas en la Ley de Competencia Desleal sancionadas a su vez por la LPC, es mucho más fácil, económico y eficiente para el consumidor recurrir a la justicia por el procedimiento que esta última consagra.

En cuanto a las acciones que surgen de la Ley de Competencia Desleal, es además poco atractivo para los consumidores interponerlas, ya que estas persiguen, más que nada, la reparación del buen nombre del competidor afectado, ya que incluso la multa vendrá a aplicarse sólo una vez terminado el procedimiento y sólo si el Fiscal Nacional Económico estima procedente iniciar un nuevo procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por lo menos con las de la LPC se termina en la aplicación de una multa (bastante elevada en los casos de publicidad falsa o engañosa) y en la reparación del consumidor a través de un procedimiento breve, en el caso que corresponda.

La LPC permite, además, que el juez tome todas las medidas necesarias para hacer cesar el acto que está perjudicando al consumidor e, incluso, que se realice la publicidad correctiva que sea necesaria, por lo que también en ese caso serían innecesarias las acciones contempladas en la Ley de Competencia Desleal.

Finalmente, una aprensión que algunas personas manifestaron durante la tramitación de la Ley de Competencia Desleal es que, al incluir a los consumidores, se abría la posibilidad de que se iniciaran acciones colectivas o difusas. Sin embargo, esa aprensión queda desestimada ya que la LPC establece que dicho procedimiento se aplicará, lógicamente, a los casos establecidos en la misma ley y, además, respecto de todas aquellas actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios regulados por leyes especiales. Al no ser la Ley de Competencia Desleal una ley especial que regule dichas actividades, dichos procedimientos no podrán ser utilizados en cuanto se vulnere una de sus normas[16].

[16] Las acciones colectivas y difusas son las que se promueven contra un proveedor pero en defensa de un conjunto determinado o indeterminado de consumidores, respectivamente, que se encuentran ligados con él por un vínculo contractual.

5. Conclusiones

Es evidente que lo que busca una legislación que regula la competencia desleal es proteger la buena fe que debe haber entre los mismos competidores. Sin embargo, la inclusión de la protección de los consumidores por los actos de competencia desleal hace necesario que se determine la utilidad de dicha inclusión y si efectivamente se trata de la protección más adecuada y eficiente para ellos.

Una vez analizadas las normas de la Ley de Competencia Desleal y relacionadas con la situación en que se encuentran los consumidores respecto de ella, podemos concluir que, en la mayoría de los casos en que hay un consumidor afectado por un acto de competencia desleal, la Ley de Protección al Consumidor ya regulaba la materia, estableciendo además sanciones específicas para el infractor y permitiéndole al consumidor obtener una reparación para el caso en que el acto le haya causado perjuicios.

En cuanto a los procedimientos que ambas leyes contemplan, el contenido en la LPC es muchísimo más rápido y adecuado para la tutela de los intereses de los consumidores, por cuanto a través de él se obtiene que se sancione al proveedor, la reparación del consumidor y, además, en muchos casos, se obtiene la cesación de la conducta de parte del proveedor.

Adicionalmente, en caso de que ningún consumidor esté siendo afectado por el acto, o bien si ninguno tiene el incentivo necesario para accionar contra el proveedor, siempre podrá hacerlo el Sernac o una asociación de consumidores.

El único de los casos contemplados por la Ley de Competencia Desleal que no se encuentra contenido en la LPC y que puede afectar directamente a un consumidor es la conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor. En este caso, cuando el consumidor podrá demandar de quien lo indujo a incumplir el contrato la indemnización de perjuicios que sea procedente por el incumplimiento y sus consecuencias.

En definitiva, si bien la inclusión de los consumidores como personas protegidas por la Ley de Competencia Desleal no parece adecuada a nivel doctrinario, en la práctica es probable que no haya casos en que éstos utilicen las disposiciones de la ley, ya que casi los mismos derechos que ésta les resguarda ya están protegidos por la LPC, con normas más fáciles y eficientes para ellos.

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 73-83

COMPETENCIA DESLEAL: INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS Y EJERCICIO MANIFIESTAMENTE ABUSIVO DE ACCIONES JUDICIALES

José Manuel Bustamante Gubbins
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de los Andes

Enrique Urrutia Pérez
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de los Andes

1. Introducción

Hasta la dictación de la Ley de Competencia Desleal, N° 20.169 (la Ley), publicada en el mes de febrero del presente año, la única referencia expresa a este tipo de conductas se encontraba en el artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211, el cual incluye dentro de las conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, aquellas prácticas de *competencia desleal* cuyo objeto sea alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

La entrada en vigencia de la Ley ha tenido el mérito de dar un contenido específico al ilícito de libre competencia establecido genéricamente en el artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211, al definir –aunque no taxativamente– una serie de conductas que deben ser consideradas como de competencia desleal. Adicionalmente, al establecer un estatuto jurídico distinto e independiente al de libre competencia en esta materia, ha hecho posible también que puedan ser sancionadas conductas que no necesariamente afectan el funcionamiento de los mercados.

Si bien buena parte de las conductas descritas en la referida Ley venían siendo recogidas en los pronunciamientos emanados de los órganos encargados de velar por la libre competencia en nuestro país (primero por las Comisiones Preventiva y Resolutiva, y luego por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), en algunos casos su inclusión en la nueva Ley ha venido a dar certeza jurídica respecto de ciertos criterios que aún presentaban algún grado de incertidumbre o indefinición y, en

otros, ha incorporado ilícitos hasta ahora sólo reconocidos por la doctrina, como el caso de la inducción al incumplimiento de contratos.

En este último sentido, a continuación nos referiremos a dos figuras específicas de competencia desleal previstas en las letras f) y g) del artículo 4° de la Ley de Competencia Desleal, esto es, la denominada *inducción al incumplimiento de contratos* y el *ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales*.

2. Inducción al incumplimiento de contratos

El artículo 4° letra f) de la Ley dispone que se considerarán actos de competencia desleal "*[t]oda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor*".

De acuerdo a la Historia Fidedigna de la Ley, dicha norma se originó en una indicación de los Senadores señores Cariola, García y Orpis durante la discusión legislativa, y vino a reemplazar una que sancionaba los denominados por la doctrina *actos de desorganización*.

Se lee en la Historia Fidedigna de la Ley que *"[l]os autores de la indicación señalaron que el artículo 9 aprobado en general por el Senado pretende evitar que la competencia se realice mediante prácticas que suponen dificultar la actividad empresarial de competidores. (...) Con todo, su redacción es equívoca, con una enorme extensión y vaguedad. Resulta de especial interés establecer una regla sobre inducción al incumplimiento de contratos como medio de competencia desleal, que constituye la más típica y clara hipótesis de intervención en la actividad de competidores. (...) Agregaron que esta cuestión es importante, como lo demuestra la circunstancia que su sanción se contemple de manera generalizada en el derecho comparado. Por lo demás, resulta preferible definir el ilícito con alguna precisión para evitar una jurisprudencia carente de orientaciones. De lo contrario el riesgo es que bajo el pretexto de cautelar la competencia leal, se establezcan límites injustificados a la libertad de emprender y competir*"[1].

De este modo, al incorporarse dentro de la Ley lo que en derecho comparado se denomina *inducción al incumplimiento de contrato*, se dejó fuera la tipificación general de los *actos de desorganización*, que constituyen un género y envuelven no sólo la inducción al incumplimiento de contratos, sino que también abuso de acciones judiciales –incorporada

[1] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia Fidedigna de la Ley N° 20.169, Proyecto de ley para regular la competencia desleal, 16 de febrero de 2007, p. 172.

en la letra g) del mismo artículo–, boicots y otros arbitrios destinados a desorganizar internamente a un agente económico. En cualquier caso, estimamos que eventuales conductas de desorganización no contempladas en los tipos específicos señalados en el artículo 4° podrían sancionarse, en cuanto prácticas desleales, por la figura general del artículo 3, que dispone "*es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*".

La doctrina reconoce el origen de la *inducción al incumplimiento de contrato* en un caso inglés del año 1853, en el que una cantante de ópera contratada bajo exclusividad para cantar en el teatro del demandante fue inducida por el demandado, que operaba un teatro de la competencia, a incumplir su contrato[2].

Como lo sostuvieron los Senadores que formularon la indicación, la figura actualmente es ampliamente reconocida en la legislación comparada y, en algunos casos como Estados Unidos, no sólo dentro del contexto de competencia desleal, sino que también en un ámbito más general de la responsabilidad extracontractual.

Los detractores de esta figura postulan que ella encierra riesgos relacionados con la eficiencia económica. Lo anterior, toda vez que la teoría económica indica que los bienes deben asignarse a quien los valore más y, en consecuencia, a quien ofrezca un mejor precio por los mismos. Así las cosas, se dice que limitar legalmente el proceso de reasignación de recursos mediante la figura de *inducción al incumplimiento de contrato*, en definitiva, afectaría el bienestar general. En el mismo sentido, algunos sostienen que su penalización estaría en abierta contradicción con la denominada teoría del *incumplimiento eficiente de los contratos*[3].

De contrario, se señala que los costos generados por la inseguridad jurídica de no sancionar la inducción al incumplimiento resultan mayores. Dicho de otro modo, los costos de la inseguridad, ciertamente difíciles de cuantificar, serían superiores a los beneficios de dejar impune a quien induce un incumplimiento. Adicionalmente, y ya desde la perspectiva del orden legal y social, se afectarían instituciones fundamentales en las cuales se funda nuestro ordenamiento legal, como lo es la buena fe y el efecto vinculante de los contratos.

---

2 Lumley v. Gye, 118 Eng. Rep. 749 (Q. B. 1853).

3 "*El incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento cuando los costos del cumplimiento superan a los beneficios de todas las partes. Los costos del cumplimiento superan a los beneficios cuando ocurre una contingencia que vuelve a los recursos necesarios para el cumplimiento más valiosos en un uso alternativo*"; Cooter y Ulen, *Derecho y Economía*. Reimpresión, 1999, Fondo de Cultura Económica, México.

3. Requisitos que deben concurrir para la configuración de la infracción del artículo 4° letra f) de la Ley

3.1. CONTRATO VIGENTE

De acuerdo a la redacción de la norma, es necesario que exista un contrato vigente, cuyo incumplimiento sea inducido. Dicho contrato, en principio, no debe ser de aquellos en que las partes pueden poner término en cualquier momento, puesto que en tal caso la terminación no constituiría una infracción. Del mismo modo, tampoco se configuraría el atentado de competencia desleal si, estando próximo a vencerse, una parte es inducida a no renovarlo. Dicha situación no daría lugar a una infracción contractual, presupuesto necesario para sancionar por inducción al incumplimiento.

Por otra parte, aun cuando estemos frente a un contrato vigente, podrían darse situaciones en que la inducción a su incumplimiento difícilmente podría considerarse un acto de competencia desleal. Tal sería, en nuestra opinión, uno que impusiera una obligación de no competencia que resulte inconstitucional o ilegal conforme a las garantías de la libertad de emprendimiento o de trabajo, o conforme las normas de libre competencia[4]. Nos inclinamos pues a establecer como primer supuesto la existencia de un contrato no sólo vigente, sino que también generador de obligaciones válidas y exigibles.

3.2. SUJETO

En segundo término, el artículo 4° letra f) de la Ley requiere que el sujeto activo de la infracción tenga la intención de inducir el incumplimiento. La utilización de las palabras "a quien persiga inducir" deja en evidencia que se requiere al menos conocimiento de una obligación contractual que será violada. Sin tal conocimiento no es posible catalogar la conducta como dirigida a inducir un incumplimiento. Así, quien contrata sin saber que la convención pondrá a la contraparte en situación de incumplir un contrato, no podría ser responsable por inducción al incumplimiento. De haber establecido la Ley un estándar menos riguroso, habría creado una obligación legal en virtud de la cual toda persona, antes de contratar, se encontraría en la necesidad de tener que realizar una investigación diligente a fin de asegurarse que su oferta de contrato no acarreará el incumplimiento de una obligación por la potencial contraparte.

[4] Tal podría ser el caso en que se induzca el incumplimiento de una cláusula de no competencia que, desde la perspectiva constitucional, sea nula o ineficaz.

Dicho lo anterior, el uso de la palabra "inducción" da cuenta de que no sólo se requiere conocimiento de una relación contractual que potencialmente pueda verse afectada, sino que el ánimo de que sea incumplida. El profesor Enrique Barros Bourie señala lo siguiente en relación a esta materia:"la definición más amplia del ilícito (basada en mero conocimiento, como en la mala fe posesoria) lleva a que pueda ser responsable quien no haya hecho acto positivo alguno para promover el incumplimiento de la obligación contractual; es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un tercero adquiere un inmueble con conocimiento de que le afectaba una prohibición de enajenar. Por el contrario, el concepto más restringido exige una acción positiva de inducción a incumplimiento contractual, esto es, dirigida a obtener, como efecto perseguido o aceptado, que el deudor no cumpla lo pactado con el demandante. La disputa acerca del alcance de la protección de derechos contractuales por vía extracontractual se expresa en las diversas propuestas de denominación del ilícito: el concepto de interferencia en contrato ajeno alude al mero conocimiento como constitutivo de la culpa que genera responsabilidad; por el contrario, la idea de inducción a un incumplimiento contractual hace referencia a la acción positiva del demandado, esto es, al uso de medios ilícitos en prosecución de sus propios fines"[5]. Cabe agregar que, tratándose de responsabilidad específica por competencia desleal, el ánimo de que se produzca incumplimiento hace aún más sentido desde que estamos refiriéndonos a prácticas contrarias a las buenas costumbres comerciales dirigidas a afectar competidores, teñidas por un tinte de mala fe.

3.3. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

En tercer término, la conducta debe estar dirigida a que un contratante incumpla sus obligaciones contractuales con un competidor del inductor. Se requiere pues que exista una relación de competencia entre quien induce y aquel afectado por el incumplimiento.

Se entienden competidores aquellos que, como oferentes o demandantes, participan en un mismo mercado relevante de producto y geográfico. Nótese que la definición anterior tomada en un sentido amplio, incluso podría conducir a que empresas que no siendo competidoras desde la perspectiva de los bienes y servicios que comercializan (bienes no sustitutos), podrían ser rivales por el suministro de determinados insumos, como sería el caso de un fabricante de muebles que compite por el suministro de madera con una empresa de celulosa.

---

[5] Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2007. p. 997.

De este modo, dado que el legislador no ha distinguido ni restringido el concepto de competidor, éste debe entenderse en términos amplios, aun cuando, ciertamente, ello pueda significar alejarse de materias estrictamente propias de competencia desleal y más cercanas al ámbito general de la responsabilidad extracontractual.

La norma que estamos analizando se refiere a la inducción al incumplimiento de obligaciones contractuales de "*clientes, proveedores u otros contratantes*". Así pues, la única limitación que existe respecto del sujeto pasivo de la inducción dice relación con que sean contrapartes de un contrato (celebrado con un competidor, como se señaló precedentemente).

Cabe aquí señalar que la indicación de los Senadores que dio origen a la norma consideraba expresamente a "los trabajadores". Durante la discusión se determinó eliminar dicha referencia, por cuanto podría entenderse como una limitación "a la legítima competencia entre las empresas por los mejores profesionales, y la posibilidad de hacer una oferta de trabajo, eventualmente "tentadora" a un empleado de otra empresa"[6]. Como aparece de la Historia Fidedigna de la Ley, dicha situación afectaría solamente a aquellos empleados con contratos a plazo fijo, desde que la relación laboral a plazo indefinido, que constituye la regla general, siempre puede desahuciarse por el trabajador dando aviso previo con 30 días. De este modo, y como se analizó previamente, dicha situación no cumpliría con el supuesto de tratarse de un contrato vigente, desde que el trabajador siempre puede ponerle término unilateralmente en un breve plazo.

En cualquier caso, de la eliminación de la expresión "trabajadores" no debiera entenderse que su situación no puede ser objeto de actos de competencia desleal. Desde ya, y dándose los demás supuestos analizados, podría configurarse una infracción al artículo 4° letra f) en el caso de aquellos sujetos contratados a plazo fijo. De otro lado, y como ha sido recogido por la jurisprudencia extranjera, las contrataciones masivas de empleados de la competencia podría ser sancionado conforme a la disposición general del artículo 3° de la Ley si es que, en definitiva, están dirigidos a degradar al competidor antes que generar un beneficio para quien los contrata.

Finalmente, a nuestro entender la infracción bajo análisis no requeriría consumarse o tener éxito para ser sancionada. La norma señala que se sanciona "*[t]oda conducta que persiga* (...)", por lo que la tentativa sería objeto de reproche, incluso aquella que resulte inidónea a los ilegítimos fines perseguidos.

---

6 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.169, Proyecto de ley para regular la competencia desleal, 16 de febrero de 2007, p. 173.

4. Ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado

Esta figura, contemplada en la letra g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169, constituye sin lugar a dudas un significativo aporte, pues ha venido a plasmar en un texto positivo una conducta que, si bien la jurisprudencia de nuestro país venía reconociendo desde hacía tiempo como sancionable por enmarcarse dentro de la figura de competencia desleal (fundamentalmente en materia de libre competencia y justicia arbitral), producía alguna incertidumbre la existencia de pronunciamientos en sentido contrario.

Para efectos de ilustrar este punto, a continuación transcribimos en la parte pertinente dos sentencias dictadas en el año 2006 –sólo meses antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.169–, en las que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema evidenciaron criterios disímiles respecto del ejercicio abusivo de acciones como una conducta apta para configurar el ilícito de competencia desleal previsto por las normas de la libre competencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha dicho:

"(...) Que sin perjuicio de lo anterior, es necesario determinar si las solicitudes y acciones de (...) estuvieron amparadas por sus derechos de petición y acción, respectivamente, o constituyen, en cambio, conductas que infringen la libre competencia. Que, a juicio de este tribunal, la cuestión se centra en determinar si las acciones deducidas por (...) estuvieron destinadas a resguardar su interés en (...) o si, por el contrario, tuvieron por finalidad retardar o impedir la entrada de competidores al mercado, obstruyendo la habilitación de un (...). Que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia". "(...) Que, por lo tanto, las acciones y peticiones –en principio legítimas– pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia"[7].

[7] Sentencia N° 47/2006 de fecha 5 de noviembre de 2006. En igual sentido H. Comisión Resolutiva, Resolución N° 169 del año 1984 y H. Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 986/526 del año 1996 (confirmada por Resolución N° 473-1996 de la H. Comisión Resolutiva). Se hace presente que en la sentencia transcrita el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó el ejercicio abusivo de acciones judiciales por considerar que a través suyo se impusieron barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, sin identificar expresamente dicha conducta con la de competencia desleal.

La Corte Suprema ha señalado:

"(...) Que como se ha dicho, el ejercicio de las acciones judiciales y de recursos que franquea la ley no pueden considerarse como un acto de competencia desleal, aun cuando los Tribunales no acojan en definitiva esas acciones. En consecuencia, debe concluirse que las conductas denunciadas no alcanzan a tener el carácter de amenazas de hecho o ilegales y, por consiguiente, no importan actos de competencia desleal, con lo cual no ha podido existir quebrantamiento al artículo 3 del D.L. 211 que la reclamación sustenta (...)"[8].

Considerando el tenor de los pronunciamientos antes referidos, resulta indubitado que la inclusión del abuso manifiesto de acciones judiciales como conducta propia de competencia desleal representaba una necesidad.

Consignado lo anterior, a continuación nos referiremos a dos materias relacionadas a esta conducta que en la práctica pueden plantear ciertas interrogantes:

1°) Un primer aspecto dice relación con los criterios que deberán ser considerados por los tribunales para efectos de calificar como manifiestamente abusivo el ejercicio de acciones judiciales.

Lo anterior, pues a diferencia de lo que ocurre con otras de las figuras de competencia desleal previstas en la Ley N° 20.169, en donde la licitud o ilicitud de la conducta puede ser determinada conforme a parámetros de carácter objetivo (comparaciones no veraces, aprovechamiento de reputación ajena, informaciones incorrectas o falsas, etc.), en el caso de la interposición de acciones judiciales se trata del ejercicio de un derecho expresamente previsto en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 19 N° 3 y 73 de la Constitución) y en donde, por esencia, el análisis del mérito de las mismas queda entregado a la sede jurisdiccional correspondiente.

La circunstancia anterior, esto es, el amparo otorgado por la legislación a la cautela de los derechos subjetivos, determina que se deba ser especialmente riguroso y exigente a la hora de determinar si una o más acciones han sido deducidas de manera abusiva[9].

---

8 Sentencia de la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema, de fecha 29 de agosto del año 2006, conociendo de un Recurso de Reclamación deducido respecto de la Sentencia N° 40/2006 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Se deja constancia que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se pronunció respecto de si las acciones deducidas se enmarcaban o no en la figura analizada, puesto que estimó que no existía en la especie la posición dominante exigida por el DL 211 para sancionar una conducta de competencia desleal.

9 En este sentido, el profesor Enrique Barros B. señala en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual lo siguiente: "Abuso de acciones judiciales: (...) Por eso, el control de esa

Sobre el particular, y sin perjuicio que lo "*manifiestamente abusivo*" del ejercicio de las acciones será una cuestión de hecho que deberá ser resuelta caso a caso por los tribunales, nos parece que, en definitiva, se tratará de determinar si es que de manera inequívoca las acciones intentadas tienen por fin último –más allá de su apariencia–, menoscabar ilegítimamente a un competidor más que obtener un beneficio. En este sentido, a continuación transcribimos en la parte pertinente una sentencia arbitral especialmente ilustrativa de la necesidad de atender a la finalidad de las acciones ejercidas:

> "(...) En este orden de ideas debe tenerse presente que es indudable, como ya se ha reiterado en este fallo, que el acto de demandar con el propósito de obtener la decisión jurisdiccional de un conflicto subjetivo de intereses mediante el proceso, constituye el ejercicio legítimo de un derecho constitucional plenamente garantizado por los artículos 19 N° 3 y 73 de nuestra Constitución Política. Diferente es el uso del proceso con fines impropios.
> (...) El mérito de este proceso, configurado por lo alegado y probado por las partes, lleva necesariamente a formar convicción de este tribunal en el sentido de que todas las demandas, vinculadas entre sí, tienen un propósito superior distinto al de obtener judicialmente, en cada caso, la declaración de un derecho litis"[10].

Sin perjuicio de lo anterior, esto es, de la necesidad de atender a la finalidad de las acciones deducidas, nos parece que es posible establecer ciertos parámetros –ya aplicados en casos antes analizados por los tribunales– que facilitarán la determinación de si las acciones intentadas permiten o no ser calificadas como desleales. En este sentido, por ejemplo, se encuentra la circunstancia que de acogerse la demanda de que se trate, no reporte al actor más utilidad que impedir a un competidor el acceso a un mercado; el constatar que se han sostenido argumentaciones contradictorias en dos o más de las acciones intentadas; y el buscar obtener una medida precautoria u orden de no innovar y luego de decretada retardar manifiestamente la discusión de fondo del juicio.

Por otra parte, nos parece que un criterio que no podría ser aplicado o considerado por los tribunales para efectos de calificar como abusivas acciones pendientes de resolución deducidas ante otras sedes jurisdiccionales, dice relación con la falta de fundamentos que las mismas podrían evidenciar[11]. Lo anterior, pues ello podría significar pronunciarse o emitir

---

potestad por vía de abuso de derecho está sujeto a calificaciones especialmente rigurosas". (Página 644, N° 451, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, enero de 2007).

[10] Pasajes de Considerandos N° 164 y N° 165 de la sentencia del S.J.A. don Juan Colombo Campbell, dictada en los autos arbitrales caratulados *"Inversiones Socoroma contra Carter Holt Harvey internacional Limited"*.

[11] A este respecto, debe tenerse presente que los tribunales podrían conocer de una demanda en que se alegue competencia desleal por el ejercicio de acciones manifiestamente abusivas

juicio respecto de contiendas pendientes sometidas al conocimiento de otros tribunales competentes de acuerdo a la ley[12]. Ahora bien, tratándose de causas ya terminadas por sentencia firme o ejecutoriada, nos parece que lo resuelto en ellas respecto del fondo bien podría servir para configurar o no la existencia de una conducta de competencia desleal.

Hacemos presente que lo anterior no significa que los tribunales estarían inhabilitados para pronunciarse respecto de un supuesto ejercicio abusivo de acciones judiciales en tanto se encuentre pendiente una o más de las acciones intentadas de manera supuestamente ilegítima, sino que, a nuestro entender, tal circunstancia únicamente le impondría la limitación de no poder considerar el mérito o fundamentos de las acciones pendientes para configurar la existencia de competencia desleal. No entenderlo de esta forma no haría más que incentivar la dilación de las acciones ya deducidas o la interposición de nuevas demandas, a objeto de inhibir la intervención de la institucionalidad de competencia desleal, frustrando de ese modo la finalidad perseguida por falta de oportunidad[13].

2°) Un segundo elemento relevante en esta materia dice relación con el alcance de la expresión "*acciones judiciales*" empleada en la ley, en el sentido de determinar si ella debe ser entendida de una manera restrictiva, esto es, referida únicamente a aquellas ejercidas ante los tribunales ordinarios y especiales que forman parte del Poder Judicial de nuestro país, o bien en uno más amplio que comprende también acciones de tipo administrativo.

A este respecto, si bien la expresión empleada por la Ley N° 20.169 es clara en cuanto a que únicamente comprendería acciones deducidas ante tribunales de justicia, nos parece que el apego al tenor literal conduce a que la finalidad de la ley podría ser fácilmente burlada o no sancionada por el hecho de ejercer una o más acciones ante los órganos administrativos del Estado, cuyas decisiones pueden producir efectos similares o equivalentes a aquellos emanados de los tribunales.

---

deducidas ante otros tribunales y que se encuentren pendientes de resolución definitiva.

12 Así se consigna en el considerando Octogésimo Séptimo de la Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

13 Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que existe una sentencia de la Excma. Corte Suprema en materia de libre competencia que resuelve que la sola circunstancia de encontrarse pendiente una acción ejercida supuestamente de manera abusiva, es suficiente para rechazar la solicitud de que se declare que su interposición es ilegítima (Corte Suprema, 30/07/2002, Rol: 422-2002, LexisNexis). Señala en la parte pertinente: *"Así, la circunstancia de encontrarse en tramitación el juicio criminal debiera, por sí sola, llevar al rechazo de la denuncia"*.

Lo anterior se encuentra ratificado por la circunstancia que, analizados los diferentes pronunciamientos sobre la materia, emanados mayoritariamente de los órganos de libre competencia y de la Excma. Corte Suprema previos a la dictación de la Ley de Competencia Desleal, se observa que en su gran mayoría han versado o se han referido a ambos tipos de acciones.

En consecuencia, a nuestro entender la norma en cuestión debe ser entendida como comprensiva de todo tipo de acciones.

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 85-93

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CHILENO

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

1. GENERALIDADES

La responsabilidad civil es un juicio normativo que permite atribuir a una persona los efectos patrimoniales de un daño provocado a otra. La regla general es que cada quien soporte los perjuicios que provienen de la vida en sociedad. Sin embargo, un principio elemental de justicia (correctiva) conduce a imponer la carga de estos daños a un tercero cuando concurren ciertas circunstancias. A diferencia de la ilimitada responsabilidad moral, explicaba Jean Carbonnier, a "esa angustia que se extiende al infinito en el espacio y en el tiempo", la responsabilidad civil es restringida, impone obligaciones limitadas, permite el olvido y es, por esto, una "gran liberadora". Sin embargo, la responsabilidad civil ha ido expandiendo progresivamente su ámbito de aplicación en el derecho chileno, y una prueba de ello es la nueva regulación nacional que definió y sancionó la competencia desleal (Ley N° 20.169 de 16 de febrero de 2007, en adelante la "Ley").

Como es sabido, nuestro sistema favorece la competencia. La competencia fuerte, e incluso ruda, es lícita en nuestro ordenamiento. Sin embargo, las formas de competencia no pueden exceder el límite de aquello que se estima correcto en el comercio. La competencia puede ser dura, pero no sucia. La nueva regulación, que sanciona la competencia desleal, viene precisamente a castigar tales comportamientos. Y en este sentido llena el

vacío que dejó la modificación de la legislación sobre libre competencia, pues el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene atribuciones para resolver casos de competencia desleal puros, esto es, cuando no agreden a la vez a la libre competencia. Como se recordará, antes de esa modificación las antiguas Comisiones Antimonopolios sí podían resolver casos de competencia desleal puros.

La Ley establece una definición general de competencia desleal (actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres que persigan por medios ilegítimos desviar clientela de un agente del mercado) y, además, enumera varias figuras típicas de conductas desleales. Así, castiga actos de confusión (aprovecharse de la reputación ajena imitando productos de un competidor); actos de engaño (inducir a error sobre las características de un producto); actos de denigración (denostar injustamente a un competidor); publicidad comparativa engañosa (comparar productos con referentes que no sean veraces ni demostrables); inducción al incumplimiento de contratos (provocar el rompimiento de contratos de un competidor); y abuso de acciones judiciales (utilización manifiestamente excesiva de vías judiciales para entorpecer la actividad de un competidor).

Para perseguir la sanción de estas conductas la Ley utiliza la lógica de la responsabilidad civil, como se demuestra en esta ponencia. En efecto, la competencia desleal consiste en un acto ilícito perjudicial para un competidor: el perjuicio no es otra cosa que la disminución de la clientela. Por tanto, se trata de una conducta ilícita que sólo interesa, en principio, al competidor directamente perjudicado. Y en esto existe una diferencia radical con los actos contrarios a la libre competencia, donde no sólo hay intereses privados comprometidos, sino también el interés público de reprimir las situaciones de abuso de poder de mercado. En materia de competencia desleal, los intereses privados se cautelan reparando el daño provocado al competidor: haciendo cesar el acto, declarando el carácter deshonesto de una conducta, remediando en naturaleza el mal causado e indemnizando los perjuicios. Así, la ley atribuye el conocimiento de estas conductas desleales a los tribunales civiles, que son los naturalmente llamados a dirimir conflictos entre privados.

2. PLAN

Para analizar la cuestión, esta ponencia aborda la competencia desleal desde la perspectiva de los principios y reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, y se divide en dos partes: I. En la primera parte, desde la perspectiva de las condiciones de la responsabilidad, se revisa la noción de acto contrario a la competencia leal. II. En la segunda parte, desde una perspectiva del ejercicio de la responsabilidad, se

examina la forma en que la nueva regulación prevé las acciones civiles derivadas de estos ilícitos.

PRIMERA PARTE: NOCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL

3. LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL

Al igual que en el derecho comparado, la Ley regula las acciones de competencia desleal con la lógica de la responsabilidad civil. Ante todo, es el competidor perjudicado quien puede exigir ante el juez civil la cesación o remoción de los efectos del acto y la indemnización de los daños sufridos. Se estima que la competencia desleal es un ilícito civil, un acto de un agente que causa daño a otro. El daño es bastante particular: se trata de la disminución del número de clientes.

En este punto, la competencia desleal presenta una diferencia radical con la libre competencia. En los atentados contra la libre competencia el bien jurídico envuelto va más allá de la tutela de intereses privados. La protección de mercados abiertos, la neutralización de abusos de poder de mercado y la proscripción de acuerdos tendientes a consagrarlos importan un interés público en que los mercados sean competitivos para que los contratos puedan estar amparados por una presunción de justicia.

Lo anterior afecta no sólo a ese competidor, sino también al resto de los agentes del mercado y, en general, a los consumidores que sufrirán las consecuencias de esos actos. Por esto, se justifica que los atentados contra la libre competencia den lugar a multas y otras sanciones cuasipenales. Del mismo modo, en atención a la especialidad de materia se justifica también la creación de una jurisdicción especial, encargada de aplicar, con las garantías procesales del derecho sancionador, tales sanciones (el TDLC). En cambio, los efectos de los atentados contra la competencia leal se traducen directamente en una pérdida de clientela para el competidor afectado, perjuicio que debe ser reparado por los instrumentos que proporciona la responsabilidad civil.

En efecto, en nuestra legislación la lealtad o decencia en el comercio es protegida por la legislación civil mediante los mecanismos propios del derecho privado, como la responsabilidad civil o las acciones contractuales. Sólo en ciertas hipótesis tipificadas por la legislación, las actividades ilícitas en el comercio pueden dar lugar a una sanción penal cuando atentan contra intereses considerados superiores por el ordenamiento jurídico (como ocurre en las figuras de estafa o en la apropiación indebida). Fuera de estas hipótesis, la lealtad en el tráfico se protege por las mencionadas herramientas de derecho privado.

4. LA COMPETENCIA RUDA Y LA COMPETENCIA DESHONESTA

El artículo 3° de la Ley define la competencia desleal sobre la base de estándares generales: "En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado". Pero esta regla no se opone a la competencia dura. Nuestro sistema estimula la competencia y, en definitiva, el éxito de un agente del mercado pasa muchas veces por ganar la clientela de otros. Naturalmente que esto causa un perjuicio a ese competidor, pero es un perjuicio emanado de un acto lícito: la competencia leal, aunque decidida. Un principio general de la actuación de los agentes del mercado es que deben estar dispuestos a tomar a su cargo los efectos que tengan en su cifra de negocios el que un competidor lo haga mejor.

Es por eso, incluso, que históricamente algunas conductas rudas en el mercado han sido toleradas. Es el caso de la publicidad comparativa. Ella es en principio lícita, incluso cuando compara precios o calidades de los bienes. Una publicidad de esa naturaleza es tolerada y considerada sana como método de información a los consumidores. Lo que no puede suceder es que sea arbitraria, efectuada sobre bases no demostrables objetivamente (por ejemplo, "ocho de cada diez gatos prefieren whiskas").

5. CLÁUSULA GENERAL

¿Pero cómo definir el umbral de comportamiento lícito? En otros términos, ¿cómo definir el patrón de conducta de un empresario honesto? Una posición es seguir las reglas generales de la responsabilidad civil, y sostener que es desleal la conducta que escapa al comportamiento esperable al empresario diligente. Un empresario diligente compite duro, pero con honestidad. Es lo que ha seguido Francia, y Chile, pues ambos someten a la regla general de la responsabilidad aquiliana los actos de competencia desleal.

La experiencia comparada muestra que es ineludible recurrir a una regla general de esta naturaleza, ante la dificultad de definir *ex ante* todos los ilícitos. Pero es aconsejable que esta regla exija un comportamiento que se aparte ostensiblemente del estándar. Por eso la norma alude a la buena fe y a las buenas costumbres. Para destacar que sólo una actuación particularmente reprochable en la materia puede ser objeto de sanción.

En la experiencia comparada la noción de buenas costumbres, como límite a la actuación de las personas, ha tendido a centrarse en el control de las malas prácticas comerciales. Parece conveniente apelar a esta noción de buenas costumbres, utilizada en el derecho comparado para

reprimir situaciones de abusos cometidas por los actores del mercado. En todo caso, también es aconsejable evitar conceptos morales generales de difícil concreción jurídica, como la noción de "honestidad", o que tienen una connotación más bien corporativista (como las "prácticas" de los comerciantes), que no necesariamente incluyen un estándar de buena conducta comercial.

Asimismo, son convenientes las orientaciones que contiene ese artículo dirigidas a los jueces, en el sentido de que la competencia desleal no puede ser un instrumento que entrabe la competencia fuerte, pero legítima. Por esto, parece adecuado efectuar una referencia al propósito del acto de competencia desleal objeto de represión, esto es, desviar ilícitamente la clientela de terceros. Aunque la mención de la vulneración de las buenas costumbres envuelve una referencia a la ilicitud, es conveniente reiterar esta idea para excluir la hipótesis de que la ley contra la competencia desleal pueda ser usada para fines contrarios a la competencia lícita.

Se trata de un acto deliberado, conducente a desviar clientela y, por esto, revestido del carácter de mala fe o dolo. Como es sabido, el dolo o culpa intencional exige la prueba de la intención del agente y, por eso, se aprecia en concreto y produce una serie de consecuencias particulares: no puede quedar cubierto por cláusulas de exención de responsabilidad (art. 1465); no constituye un riesgo asegurable; provoca la extensión de los perjuicios reparables (art. 1558), etcétera.

6. ILÍCITOS PARTICULARES

Sin embargo, la Ley también contiene una enumeración de conductas tipificadas como ilícitos de competencia desleal. Estos tipos tienen por fin dar pautas a los jueces acerca del tipo de conducta que se sanciona. En todas estas hipótesis la ley presume que el comportamiento se aparta del estándar deseable del empresario diligente. Los ilícitos reconocidos en verdad son aquellos que lo han sido en la experiencia comparada, pues las malas costumbres son universales.

7. (I) ACTOS DE CONFUSIÓN

"Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero" (art. 4° letra a). Estas conductas desleales intentan confundir al cliente con el propósito de que no pueda distinguir entre los productos o servicios del autor del ilícito y aquellos provenientes de un competidor. Su propósito es desviar ilícitamente clientela valiéndose de la reputación ajena. Su redacción es consistente con el

artículo 28 A de la Ley N° 19.496, según la modificación de la Ley N° 19.955, que establece un ilícito similar en perjuicio de los consumidores.

8. (II) ACTOS DE ENGAÑO

"El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos" (art. 4° letra b). Estas conductas intentan falsear la realidad con el propósito de incitar al cliente a adquirir un determinado producto o a abstenerse de hacerlo. Se induce voluntariamente a error al cliente sobre las características del propio producto o servicio, para aumentar su venta, o sobre las características de bienes o servicios de terceros, para disminuir su demanda (son hipótesis de publicidad engañosa que desde el punto de vista de los consumidores están sancionadas por el artículo 28 de la Ley N° 19.496).

9. (III) ACTOS DE DENIGRACIÓN

"Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva". "Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado" (art. 4° letras c) y d). Las dos letras contienen dos actos de denigración de diferente gravedad, pues en los previstos en la letra d) no se acepta la excusa de ser verdaderas las imputaciones.

10. (IV) PUBLICIDAD COMPARATIVA

"Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley" (art. 4 letra e). La norma contempla una regla extraída de la jurisprudencia de las antiguas Comisiones Antimonopolios y probada suficientemente en la práctica. En principio, la publicidad comparativa es lícita y conveniente, porque agrega información

a los consumidores. No lo es en la medida que no sea veraz, objetiva y demostrable.

11. (V) INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS

"Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor" (art. 4° letra f). La letra f) pretende evitar que la competencia se realice mediante prácticas que suponen dificultar la actividad empresarial de competidores. De especial interés es esta regla sobre inducción al incumplimiento de contratos como medio de competencia desleal, que constituye la más típica y clara hipótesis de intervención en la actividad de competidores. Lo anterior es importante, como lo demuestra la circunstancia que su sanción se contemple de manera generalizada en el derecho comparado.

12. (VI) ABUSO DE ACCIONES JUDICIALES

"El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado" (art. 4° letra g). Finalmente, la letra g) sanciona una hipótesis conocida de competencia desleal y que puede verse incrementada una vez publicada esta ley, esto es, el entorpecimiento de un competidor mediante el abuso de acciones judiciales.

SEGUNDA PARTE: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

13. (I) SISTEMA DE ACCIONES

El sistema de acciones se encuentra previsto en el artículo 5° de la Ley: "Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica. b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste. c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo. d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil" (art. 5°). El conjunto de acciones que establece el artículo 5° es completamente coherente con los principios contemporáneos del derecho de la responsabilidad

civil, que tiende a reconocer acciones de cesación del ilícito, de reparación en naturaleza, además de las indemnizatorias.

14. (II) TITULARIDAD ACTIVA

Asociaciones gremiales respecto de algunas acciones. "Cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal podrá ejercer las acciones señaladas en las letras a) a d) del artículo anterior. Con todo, no habrá lugar a indemnización de perjuicios de acuerdo con esta ley si el demandado ya hubiese sido condenado a reparar el mismo daño de conformidad con otro ordenamiento legal. Las asociaciones gremiales que tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado podrán interponer, en interés de sus miembros lesionados por un acto de competencia desleal, las acciones contempladas en las letras a) a c) del artículo anterior" (art. 6°). El artículo 6° otorga la posibilidad de que ciertas asociaciones gremiales puedan interponer las acciones de competencia desleal en beneficio de sus representados, salvo la acción de indemnización que corresponderá siempre al afectado. Esta disposición constituye una buena forma de prevenir que algunos actos desleales queden sin represión, por carecer los afectados de los medios prácticos para hacer valer sus derechos.

15. (III) PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

"Las acciones de competencia desleal previstas en las letras a) a c) del artículo 5° prescriben en el plazo de un año contado desde la fecha en que finaliza la realización del acto de competencia desleal, o desde que fue conocido, si ello ocurrió con posterioridad. La acción de indemnización de perjuicios prevista en la letra d) del artículo 5° prescribe en el plazo de cuatro años contado del mismo modo. El ejercicio de alguna de las acciones previstas en las letras a) a c) del artículo 5° interrumpirá el plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios" (art. 7°). Parece razonable establecer un plazo breve de prescripción de las acciones, para evitar que estas acciones puedan entrabar la competencia (artículo 7°). Asimismo, parece pertinente hacer consistente la prescripción de la acción de indemnización con las reglas del derecho común de la responsabilidad civil. Asimismo, parece adecuado que los plazos de prescripción comiencen a correr a contar del conocimiento del acto de competencia desleal si esto sucedió ulteriormente, pues tratándose de plazos cortos de prescripción tal circunstancia puede privar a las víctimas de la acción si el acto de competencia desleal es mantenido en reserva por un tiempo.

16. (IV) TRIBUNAL COMPETENTE

"Será competente para conocer de las causas de esta ley el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último" (art. 8°). Excluida la competencia general del TDLC, la ley establece la competencia de los jueces civiles, lo que es por completo consistente con las normas generales de la responsabilidad civil.

17. (V) PROCEDIMIENTO SUMARIO. MEDIDAS PRECAUTORIAS

"Las acciones conferidas por esta ley se tramitarán de acuerdo con las normas del procedimiento sumario, contempladas en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, sin que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 681. Si se ejercen las acciones referidas en las letras a) a c) del artículo 5° y luego la acción indemnizatoria en juicio separado, los hechos establecidos en juicio entre las mismas partes respecto de aquellas acciones se tendrán por probados en el juicio en que se haga valer esta última. Contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Si existe un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de un acto de competencia desleal, el tribunal, a solicitud de parte, podrá ordenar su suspensión inmediata, sin perjuicio de las demás medidas precautorias previstas en Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil" (art. 9°). En la medida que la ley sostiene que la acción indemnizatoria puede ser entablada con posterioridad a las otras a que puede dar lugar el ilícito, se extiende el principio reconocido por la Ley N° 19.911, que introdujo el actual artículo 30 del Decreto Ley N° 211 sobre libre competencia, en cuya virtud los hechos establecidos en procesos donde se han ejercido las acciones de las letras a) a c) del artículo 5° pueden también hacerse valer en el juicio indemnizatorio. Una última observación se refiere a la conveniencia de señalar expresamente medidas cautelares que permitan obtener la suspensión de los actos de competencia desleal cuando la demanda tenga fundamento plausible.

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA (U. DE LOS ANDES) N° 14, 2007, pp. 95-134

EL PROCESO CIVIL DE COMPETENCIA DESLEAL

ORLANDO POBLETE ITURRATE
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

1. INTRODUCCIÓN

La competencia entre los operadores económicos es una de las principales expresiones de la libertad de empresa. Consecuentemente, el legislador reconoce y fomenta el interés y el esfuerzo de los agentes de cada mercado, por conseguir ventajas legítimas "mediante las mejoras de las condiciones de la oferta o de la demanda, disputándose con unos mismos competidores una misma clientela o unos mismos proveedores"[1]. Lejana la idea de autonomía absoluta de la libertad, y como ha ocurrido en otros países, la ley ha impuesto entre nosotros regulaciones sobre mercado, de las cuales dos son de interés especial para estas notas: la relativa a la defensa de la libre competencia, definida en el D.L. 211, de 1973 (mejor en el D.F.L. N° 1, de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del mismo) y la relacionada con la competencia desleal, prevista en la Ley N° 20.169, "que regula la competencia desleal".

Como toda normativa de importancia, la relativa a la competencia económica varía y cambia según sean las concepciones del Estado y del Derecho imperantes en los distintos períodos históricos. Así, "la economía de mercado instaurada tras la (segunda) guerra presentará ya importantes diferencias con el paradigma liberal decimonónico. El desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad aparecerá ahora limitado por un Derecho

[1] Bellido Penadés, Rafael, *La Tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada 1998. Comares. p. 1.

Privado que deje de ser neutral, condicionando frecuentemente los intereses privados a los intereses generales. La libertad de empresa ya no se entiende como un derecho subjetivo absoluto, sino que habrá de ejercitarse ahora conforme con el orden establecido y garantizado por el Estado, y dentro del cual ocupa un lugar esencial en cuanto fundamento de todo el sistema económico el régimen de defensa de la competencia. La libre competencia se convierte así en una *libertas sub lege*"[2].

Consideradas a mediados del siglo pasado las normas sobre libre competencia como frenos a las concentraciones de poder que incidían sobre la libertad de actuación de los terceros, que debían continuar gozando de su expectativa de acceso al mercado, se inspiran más tarde en la idea "de que el objeto de protección de las normas antitrust es la propia competencia como institución del sistema de economía de mercado; no se protegen ya intereses individuales, sino el interés público"[3]. El cambio de concepción de las reglas de competencia se explica por el cambio de concepción del papel del Estado. Este "ya no interviene únicamente para garantizar la libertad, sino que, una vez asumida la tareá de dirigir la economía, se propone encauzarla hacia la consecución de ciertos objetivos predeterminados y el Derecho de la Competencia es el instrumento con que cuenta el Estado para la consecución de los mismos"[4]. Estos fines asignados al Derecho de la Competencia son distintos según la perspectiva de quienes los plantean, "pero se han apuntado la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores y las oportunidades empresariales, fomentando la formación de mercados con numerosos vendedores y compradores, facilitando la entrada a dichos mercados y protegiendo a los participantes, principalmente a los pequeños empresarios, de las prácticas excluyentes; la distribución de la renta; el progreso técnico; y la protección de los pequeños empresarios frente al poder de los competidores más fuertes económicamente"[5], entre otros.

A fin de cuentas, lo cierto es que las reglas sobre libre competencia efectivamente persiguen como fin la defensa de la competencia, entendida como protección del mercado libre, como límite al uso abusivo del poder económico y como control y sanción del poder de mercado. Eso es lo que refleja nuestra legislación al tipificar ilícitos y sanciones y al disponer medidas correctivas. Pero ese fin no excluye que esas reglas protejan también a los competidores individuales como agentes esenciales de la economía de mercado y a los consumidores, a quienes asegura una elección efectiva y libre.

---

2 Robles M., Antonio, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Madrid 2001, p. 34.
3 Ibídem, p. 43.
4 Ibídem, pp. 44 y 45.
5 Ibídem, p. 45.

En cuanto a la competencia desleal, surge ella vinculada estrechamente a la protección de intereses privados, a la propiedad de la empresa y a derechos exclusivos sobre bienes inmateriales, entre estos últimos, especialmente, los signos distintivos. La idea central era combatir actos competitivos que fueren contrarios a las buenas costumbres y reconocer la posibilidad de indemnización a quienes resultaren dañados con éstos. Las prácticas contrarias a la buena fe y a los usos honestos en materia comercial comenzaron a ser considerados desde comienzos del siglo pasado, en Europa, como límites al principio de libertad de industria y de comercio.

En el Derecho norteamericano, la competencia desleal nace vinculada al Derecho de marcas, para proteger los signos que adquirían carácter distintivo. Luego se proclama que el empresario debe conducir su empresa de manera que no dañe la de los demás de forma innecesaria o desleal y se extiende el concepto hasta entender "como actos de competencia desleal la publicidad engañosa y todos aquellos susceptibles de originar confusión en cuanto al origen de los productos o servicios"[6]. Definitivamente, "en el Derecho estadounidense, los actos de competencia desleal constituyen un daño; de hecho la disciplina de la competencia desleal constituye una rama del Derecho de daños y se trata de un daño *sui generis*, que ha evolucionado hasta convertirse en una disciplina autónoma"[7].

Como se ve y es lo que queremos destacar, la competencia desleal supone relaciones de competencia, se produce respecto de conductas competitivas, pero no se relaciona con el mercado libre de que hablamos ni con el poder de mercado que en él tienen los competidores, sino con algo distinto, con la calidad de la conducta competitiva, con su carácter de honesta, de correcta, de decente, de leal, de acorde con las buenas costumbres. Por eso lo que importa, para reconocer la deslealtad, son las prácticas, los modos de hacer, las maneras como el competidor se conduce para actuar y competir.

Ahora bien, como la conducta desleal está vinculada a la competitividad, es claro que su efecto puede comprometer la libre competencia. A fin de cuentas, el engaño, la falsificación, la confusión y la incorrección terminan impidiendo la libre elección del consumidor. ¿Qué libre competencia es aquella en que los consumidores se enfrentan a mensajes falsos, a productos de origen espurio o desconocido o a maniobras para dañar a un nuevo productor?

No es fácil reconocer los deslindes entre libre competencia y competencia desleal. Podría decirse que en el mercado, siendo esencial la competencia

6 Ibídem, p. 125.
7 Ibídem, p. 127.

económica, se da un contrasentido natural: el competidor quiere y es impulsado a ser cada vez más agresivo e incisivo y paralelamente busca acuerdos restrictivos de la competencia, se lanza en un ejercicio abusivo de su poder de mercado o abusa de su poder monopólico. Las primeras conductas son propias de la competencia desleal y las tres últimas de la libre competencia.

En suma, si bien ambas realidades están relacionadas íntimamente por expresarse en un mismo ámbito y formar parte de un mismo fenómeno económico cual es la competencia, "cada una de ellas tiene su propio objeto de regulación y su campo de aplicación específico. Si las normas antitrust imponían la obligación de competir, las normas de competencia desleal obligan a que esos competidores impulsados a competir respeten las posiciones adquiridas en el mercado por sus competidores. Las primeras prohíben la existencia de una competencia insuficiente, mientras que las segundas pretenden evitar la existencia de una competencia excesiva: para decirlo con palabras del Profesor Garrigues, el ordenamiento establece normas de competencia en un doble sentido. Por una parte las normas sobre restricciones de la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por el camino de la ética y del Derecho"[8].

2. La tutela jurisdiccional. Las acciones y el proceso

En general, el orden jurídico otorga diversos tipos de tutela jurisdiccional, ya para obtener la indemnización de daños de cualquier especie, ya para lograr el cumplimiento forzado de las obligaciones, ya para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, ya para imponer la abstención o cese de una conducta o para paralizar un acto, ya para lograr certeza respecto de una determinada relación, ya para proteger intereses colectivos o difusos[9]. Además, a las referidas tutelas suele agregarse otra, que tiene un sentido diferente, cual es impedir que determinadas circunstancias adversas vinculadas a la litigación comprometan la eficacia del proceso seguido.

La tutela pretendida por la persona exige el ejercicio de la correspondiente acción. Es ésta la que permite reclamar la intervención del juez y

8 Robles M., Antonio, ob. cit., pp. 65 y 66.

9 Véase, sobre acción y tutela del derecho, Romero Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2006, p. 16 y ss.

requerir la tutela concreta que se necesita. Como señala Romero, "desde un punto de vista procesal, a la hora de impetrar protección jurídica lo que hace todo actor es deducir una acción de condena, una acción declarativa o una acción constitutiva. Si su acción prospera, obtendrá una sentencia de la misma clase, esto es, una sentencia de condena, una sentencia declarativa o una sentencia constitutiva"[10]. El amparo en la sentencia de un derecho concreto y la eficacia de cosa juzgada de ese amparo sólo pueden lograrse entre nosotros mediante el ejercicio previo de una acción declarativa, de una acción de condena o de una ejecutiva. Cualquiera de ellas admite la tutela cautelar que al no ser autónoma nos aconseja evitar llamarla acción cautelar.

El ejercicio de la acción, como es sabido, da origen al proceso. En nuestro sistema procesal civil las acciones declarativas, las constitutivas y las de condena dan lugar a un proceso declarativo o de cognición. Tienen tal carácter, en el Código de Procedimiento Civil, nuestro juicio ordinario de mayor cuantía y el juicio sumario, entre otros. El proceso de libre competencia, entre los regidos por leyes especiales, es también un proceso declarativo

Las ideas elementales antes expresadas están plasmadas, también, básicamente, en la normativa sobre competencia desleal. El legislador ha decidido proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal, reconociéndoles la posibilidad de ejercer, conjunta o separadamente, una o más acciones que la ley perfila y nomina en particular. Todas estas acciones dan lugar a un proceso declarativo que asume las formas del procedimiento sumario del Código de Procedimiento Civil y tiene también lugar la tutela cautelar correspondiente, siempre preordenada al proceso sumario y mientras éste pende.

Con todo, conviene tener presente que la Ley establece unas determinadas modalidades de tutela jurisdiccional tratándose de la protección que quiere otorgar ante un acto de competencia desleal. Más allá de una tutela declarativa, de condena o cautelar, la Ley establece una serie de acciones que, en verdad, son pretensiones típicas para los casos de competencia desleal que se han definido en relación directa con los intereses legítimos que busca proteger y con el concreto pronunciamiento de fondo que, para cada realidad o situación de amenaza o conflicto, debe exigirse al tribunal competente.

Asimismo, la Ley pretende sugerir un proceder ordenado racionalmente en el ejercicio de las acciones ante el acto de competencia desleal. El afectado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal

[10] Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., p. 29.

debería, primeramente, ejercer la acción de "cesación del acto o de prohibición del mismo, si aún no se ha puesto en práctica"; seguidamente y para el caso de persistir la perturbación derivada del acto debería intentar la acción "declarativa de competencia desleal"; posteriormente podrá ejercer la acción "de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo"; y finalmente, "la acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto". No obstante, la propia Ley admite que las referidas acciones se ejerzan "conjunta o separadamente".

Estas nuevas o específicas modalidades de tutela deben considerarse un avance legislativo y un progreso en la calidad de la protección que nuestro orden jurídico busca dar ante actos de competencia desleal. Sin normativa particular sobre la materia y sujetos los conflictos de esta especie a la aplicación de las reglas generales ciertamente que las posibilidades de una tutela efectiva, proporcionada al caso, distaba de poder conseguirse.

3. Especies de tutela y acciones para los casos de competencia desleal

3.1. La tutela de condena. La acción de cesación del acto o de prohibición del mismo

Esta es la primera tutela prevista en la Ley. Se trata de una tutela inhibitoria que es muy importante, porque busca evitar la producción del daño (como suele decirse, siempre es mejor prevenir) y porque, cuando el daño se produce, no siempre es posible ni sencillo el resarcimiento del mismo.

La acción admite en este caso dos modalidades. Una cuya pretensión apunta a conseguir la cesación de una conducta o comportamiento que se ha producido y está ocurriendo y otra, en que la pretensión persigue prohibir o impedir la realización o producción del acto o conducta desleal.

Se trata, ambas, de acciones de condena. La pretensión persigue que se imponga al infractor el cumplimiento de una prestación o un hacer, positivo, o una abstención, de manera que "la pretensión no se satisface sólo con la declaración, sino que es necesaria una actuación posterior que haga coincidir el ser con el deber ser"[11]. En el segundo caso, sin embargo, estamos ante una condena de futuro, "una especial forma de tutela preventiva, mediante la cual se permite conceder protección juris-

[11] Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, p. 304.

diccional antes de que se consume la lesión del derecho, (que) protege al actor de un inminente peligro de daño futuro, que de consumarse lesionaría gravemente su situación jurídica"[12]. Estas tutelas preventivas son excepcionales y suponen "que el actor acredite un interés en accionar, que de un modo razonable justifique que se pueda adoptar una condena anticipada"[13].

La hipótesis de futuro consiste, en este caso, en que el acto de competencia desleal que autoriza la acción "aún no se ha puesto en práctica". La figura supone que se tiene claro en qué consiste la conducta desleal y que razonablemente se espera que se ponga en práctica. Se trata, en ambos casos, de cuestiones de hecho que deberán abordarse con claridad al ejercer la acción.

Como se entiende, esta acción inhibitoria exige al actor afirmar y demostrar "la realización efectiva o inminente del acto de competencia desleal y en caso de efectiva realización, la presencia de un riesgo objetivo o probabilidad de continuación o repetición"[14]. Nótese que debe considerarse como presupuesto de esta acción el peligro de continuación o repetición de la conducta desleal y consecuentemente, si ese peligro ha pasado, si el acto desleal se ha agotado y no hay evidencias de su posible repetición, esta acción debería ser desestimada. A su vez, para el caso de que el acto de competencia desleal "no se haya puesto en práctica", deberá afirmarse, como dijimos, la inminencia de su realización o su próxima puesta en ejecución.

A las afirmaciones indicadas ha de seguir la prueba de los hechos constitutivos del acto que se ha denunciado o de la probabilidad de continuación o repetición del ya producido o de la próxima ejecución de un acto que se espera. Esta prueba, conforme con las reglas generales, pesará sobre el actor y consistirá esencialmente en la demostración, por testigos, por documentos y hasta por presunciones, de la conducta desleal que se impute.

En cuanto a la sentencia, la condena que la misma debe contener si se acoge la acción "podrá comprender, según sean unas u otras las circunstancias del caso, una orden de cesación en sentido estricto, que incluya tanto la paralización del acto de competencia desleal que se estaba realizando al tiempo de interponer la demanda como la prohibición de la repetición de su realización, o bien una prohibición de poner en práctica el acto de competencia desleal que se estaba preparando"[15].

---

12 Romero Seguel, Alejandro, *ob. cit.*, p. 50. Véase también sobre condenas de futuro, Aguirrezábal, Maite, *Las Condenas de Futuro*, Memoria de Prueba, U. de Valparaíso.

13 Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., p. 50.

14 Massaguer, José, *Comentario a la ley de competencia desleal.* Civitas, Madrid 1999, p. 532.

15 Idem.

La sentencia debe determinar con precisión la conducta que debe cesar, definiendo los elementos determinantes de la conducta desleal. La resolución misma asumirá siempre un carácter negativo traducido en un no hacer, un no impedir o un no entorpecer determinados actos, pero también, en ciertos casos, puede revestir carácter positivo, como cuando deba evitarse un efecto, cual ocurre cuando deba cesar una publicidad que sólo puede lograrse imponiendo el deber de dar instrucciones para que no se emita un mensaje publicitario o no se publique un anuncio o se retiren carteles en vías.

3.2. LA TUTELA DECLARATIVA. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Entendemos por tutela declarativa la que "tiene por objeto una petición de declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica, como objeto más frecuente, pero también de algún hecho"[16]. Como indica Romero, la acción declarativa "se encamina exclusivamente a la constatación judicial de la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica... y no puede recaer sobre situaciones hipotéticas o futuras sino sobre una controversia actual"[17].

La letra b), del artículo 5°, de la Ley, reconoce expresamente la procedencia de una "acción declarativa de acto de competencia desleal" que persigue la declaración o constatación de la comisión de un acto de aquellos que la Ley, en sus artículos 3° y 4°, considera de competencia desleal. La importancia de esta acción se encuentra en que la declaración que persigue puede considerarse un presupuesto para que sean acogidas las demás pretensiones que reconoce la Ley. La cesación del acto, la prohibición del mismo, la remoción de sus efectos y la indemnización de perjuicios ocasionados por él tienen como base la declaración de deslealtad de la conducta o acto. En efecto, "no parece que si se interponen algunas de las pretensiones formulables (como las señaladas precedentemente) la previa declaración de deslealtad del comportamiento constituya una pretensión diferente, sino un presupuesto previo de la estimación de las demás pretensiones; parece claro que solicitada, por ejemplo, la cesación de cierto comportamiento desleal, la previa declaración de la deslealtad del mismo no constituye una pretensión diferente, sino presupuesto de la estimación de la pretensión de cesación, ya que el interés del actor no se satisfaría con la sola declaración de la deslealtad de la conducta, sino que precisaría de una declaración de condena a cesar en la conducta

[16] Prieto Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1989, p. 307.
[17] Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., p. 36.

ilícita y, en caso de falta de cumplimiento voluntario, una actividad de ejecución forzosa mediante la que se ajustase la realidad práctica al deber ser establecido en la sentencia"[18].

Si, como se ha dicho, la pretensión declarativa o de mera declaración tiene, en los casos señalados, el carácter de presupuesto necesario de las demás pretensiones, podría dudarse de la verdadera eficacia de esta acción considerada autónomamente o del interés que alguien pudiera tener en ejercerla, toda vez que no parece normal ni fácil que el actor se conforme sólo con la declaración de deslealtad. Sin embargo, la doctrina reconoce siempre el valor de esta pretensión meramente declarativa. Es perfectamente razonable entender que exista interés en que se declare simplemente la deslealtad para que la conducta no se repita. O tratándose de un acto ya ocurrido y que ha cesado, para que no vuelva a ocurrir.

La pretensión declarativa del actor debe afirmar los hechos constitutivos de la conducta de que se trate y cuya declaración pretende. Sin embargo, además, la Ley ha vinculado la procedencia de esta acción a la circunstancia o exigencia de que subsista la perturbación producida por el acto. ¿Cómo entender esta condición? En principio, la exigencia compromete la eficacia de la pretensión meramente declarativa porque en esas circunstancias se considera que la pretensión debe ser de condena para poner fin a esa subsistencia de la perturbación.

La norma es copia fiel del precepto español correspondiente (artículo 18 de la Ley N° 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), que recibió una nutrida crítica de la mayoría de la doctrina. Se dijo, por ésta, que si el acto es desleal, lo será subsista o no la perturbación que genera o produce. Indica Bellido Penadés que "condicionar la admisibilidad de la tutela merodeclarativa a que sigan produciéndose los efectos perturbadores supone una incoherencia, salvo que este requisito se interprete con laxitud, pues de lo contrario el actor tendría interés en solicitar cuando menos la tutela de condena a cesación, si el acto causante de los efectos perturbadores sigue produciéndose, o la remoción, si habiendo cesado el comportamiento desleal todavía subsisten efectos perturbadores que se pretenden remover"[19].

La crítica apuntada es aplicable, enteramente, a nuestra normativa y nos obliga, por lo mismo, a considerar al menos una interpretación favorable al ejercicio independiente de esta acción o que supere la rigidez de la subordinación de la misma a que la perturbación creada subsista. Se trata de postular que el requisito de la subsistencia de la perturbación se entienda cumplido cuando se afirme y demuestre por el actor que concurre

[18] Bellido Penadés, Rafael, ob. cit., pp. 90 y 91.
[19] Ibídem, pp. 92 y 93.

un interés jurídico susceptible de ser tutelado por la acción declarativa. Concurrirá el señalado interés jurídico en todos aquellos casos en que la pretensión busca la certeza jurídica, la seguridad jurídica, y persigue prevenir los efectos perturbadores de la deslealtad o que se aclare una situación ante el mercado. Por ejemplo ante informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre bienes y servicios o frente a comparaciones de bienes sobre elementos no veraces, el afectado podría simplemente pretender que esas conductas fueren judicialmente reconocidas como desleales, para mostrarlas al mercado y aclarar su posición en ellas. "En ocasiones es posible que el actor no esté en condiciones de formular con éxito las restantes pretensiones por no concurrir sus presupuestos, y sin embargo puede subsistir un interés en obtener al menos una sentencia mero declarativa de la deslealtad"[20].

En estos casos el interés jurídico en obtener la tutela declarativa debería consistir en demostrar que la perturbación provocada por la deslealtad no tiene el peso o la gravedad que exigen la formulación de las otras acciones o en acreditar un estado de inseguridad o de falta de certeza que perjudica y compromete la lealtad de la competencia, planteando que la sola declaración del juez de tales realidades es capaz de poner fin a esas perturbación e inseguridad. Este particular interés jurídico, que el actor sostiene y demuestra, podría considerarse como equivalente a la "perturbación subsistente" que la Ley exige para la procedencia de la acción declarativa. En otras palabras, habría "perturbación subsistente" no sólo en aquellos supuestos en que directamente la deslealtad se mantiene y lo razonable es solicitar la cesación del acto, su prohibición o su remoción, sino también cuando lo subsistente sea un interés jurídico en obtener una tutela ante situaciones confusas o inseguras para el libre ejercicio de los derechos.

En el fondo, se trata de rescatar el valor de una acción meramente declarativa y de reconocer sus efectos, toda vez que "puede servir de fundamento a una futura pretensión de indemnización de daños y perjuicios; puede determinar la mala fe, a efectos de poder exigir la indemnización de daños y perjuicios, si con posterioridad al pronunciamiento de una sentencia declarativa el demandado continúa realizando actos de competencia desleal; puede tener un efecto intimidatorio, induciendo al vencido en la litis a no repetir su comportamiento, y sobre todo, la declaración pasa en autoridad de cosa juzgada, positiva y negativa, de modo que produciría efecto positivo o prejudicial respecto a un ulterior proceso referido al mismo acto desleal y en el que se interponga una acción de cesación, cuando la conducta desleal se reinicie o repita, o una preten-

[20] Bellido Penadés, Rafael, ob. cit., p. 97.

sión de indemnización de daños y perjuicios que con anterioridad no se había formulado por no estar entonces en condiciones de demostrar aquellos"[21].

3.3. LA TUTELA DE CONDENA A LA REMOCIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO MEDIANTE PUBLICACIONES Y RECTIFICACIÓN DE INFORMACIONES

Esta acción tiene por objeto "la reconstitución del *statu quo* anterior"[22] a la realización del acto de competencia desleal. Cuando han ocurrido efectos perturbadores no basta la obtención de una sentencia que ordene la cesación del comportamiento y se hace necesario lograr la eliminación de los efectos subsistentes y dañinos de la deslealtad. Para eso es esta pretensión de la letra c), del artículo 5°, de la Ley, que puede calificarse como restauradora de la situación original o rehabilitadora y que suele ser complementaria de la pretensión de cesación de la letra a), aunque también opere de manera enteramente autónoma porque puede ocurrir que por no existir peligro de continuación la acción de cesación deba ser desestimada, pero deba acogerse la de remoción porque sí se constatan efectos perturbadores.

También estamos, en este caso, ante una acción de condena, de aquellas que constituyen la regla general, en cuanto tienen lugar "una vez que la lesión del derecho está consumada...o se ha realizado el hecho que da lugar a pedir el cumplimiento de la prestación"[23].

Como es natural, al ejercer esta acción es preciso que el actor afirme el acto o conducta desleal declarado judicialmente, pero además debe referirse a la existencia de los daños o perjuicios que han sido causados por esa deslealtad y que resulta indispensable eliminar para impedir su mantención o su agravamiento. La condena perseguida exige que el actor afirme con claridad y demuestre la efectiva persistencia de los efectos del acto desleal cuya remoción requiere y la gravedad de esos efectos para el mercado.

Abordemos, ahora, el contenido de esta acción, la pretensión. La hipótesis descrita en la Ley considera, primeramente, una pretensión genérica de remoción de efectos perturbadores, cuya extensión debe determinarse en cada caso, considerando la especie de efectos de la conducta desleal de que se trate; además, la Ley considera otras pretensiones específicas de remoción, vinculadas con la comunicación y con la información.

---

21 Ibídem, pp. 97 y 98.
22 Massaguer, José, ob. cit., p. 534.
23 Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., p. 30.

En el primer caso, la remoción actuará respecto de los objetos en que se materializó el acto desleal. Perseguirá entonces la mutación, alteración o cambio de los productos imitados, de los materiales informativos y publicitarios, de los envases y etiquetas y hasta la destrucción de registros o su cancelación, modificación o transferencia. La pretensión correspondiente deberá contener la explicación acabada del tipo de remoción que se busca y de su justificación respecto de la deslealtad ocurrida.

Tratándose de las acciones cuya pretensión está relacionada con actos de comunicación o información, la petición concreta apunta a la rectificación o corrección de datos o informaciones engañosas, incorrectas o falsas o de actos de comparación denigratoria. La rectificación que se imponga consistirá en la difusión "de una comunicación que deberá advertir de forma expresa y clara de la inexactitud o falsedad de las indicaciones o manifestaciones difundidas con anterioridad y que, de otro lado, deberá proporcionar asimismo la información exacta y veraz que resulte pertinente, en la medida que esto último resulte imprescindible para poner término a los efectos residuales del acto de competencia desleal"[24].

En cuanto a la publicación de la sentencia condenatoria, sin perjuicio de los requerimientos del actor acerca de sus condiciones, forma, medios y otras definiciones sobre el modo en que debe hacerse, deberá ser el tribunal quien determine tales elementos en la correspondiente resolución.

3.4. LA TUTELA INDEMNIZATORIA. LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La Ley establece la acción indemnizatoria y la sujeta a las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Estamos en presencia de una pretensión de condena a prestación dineraria procedente cuando el acto de competencia desleal, ocurrido por el dolo o la culpa de su autor, ha provocado un daño patrimonial, comprendiendo en él el daño emergente y el lucro cesante, o un daño moral, efectivos. Lo dicho nos sitúa directamente ante una hipótesis de responsabilidad extracontractual civil, en la que el hecho o acto que la genera está determinado y definido por las reglas sobre competencia desleal. El dolo, en este caso, debe "entenderse vinculado al conocimiento efectivo de la deslealtad de la propia actuación y la voluntad de llevarla a cabo para conseguir los correspondientes resultados"[25] y la culpa puede concebirse como el conocimiento del acto llevado a cabo "ignorando

[24] Massaguer, José, ob. cit., p. 539.
[25] Ibídem, p. 542.

negligentemente sea la deslealtad misma de la conducta, sean las circunstancias de hecho en que se funda dicha deslealtad o ilicitud"[26].

El ejercicio de esta acción exige la afirmación y prueba de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: la existencia del daño, de la especie que sea; la actuación dolosa o culpable y, consecuentemente, la intención o la negligencia; y la concurrencia de una relación de causalidad entre el comportamiento desleal y el daño de la especie que se alegue.

4. Partes. Legitimación activa y pasiva, individual y colectiva

Ante toda normativa que establece un proceso resulta trascendental revisar su regulación de las partes y de la legitimación. La primera apunta a conocer las exigencias para que un sujeto de derecho pueda deducir una acción y convertirse en actor y otro pueda ser convertido en sujeto pasivo de la misma. Esta cuestión se traduce en el estudio de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal y apunta a asegurar la ejecución, por esas partes, de actos procesalmente válidos.

La segunda cuestión apunta a saber quién "puede o debe" ser parte en un proceso, quien "legítimamente debe actuar". Como sostiene Romero, citando a Ladaria Caldentey, la legitimación "es un presupuesto de eficacia de todo acto jurídico (en cuanto) se la ha definido como el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto del mismo"[27]. La tutela jurisdiccional exige que la acción sea ejercida por quien "debe" ejercerla, por quien está legitimado, y que la ejerza frente a quien "debe" ser sujeto pasivo de la misma, quien tiene legitimación pasiva. Por eso, "cualquiera sea el conflicto materia de la petición de protección jurídica, este elemento del derecho de acción siempre se encamina a un único objetivo jurídico, a saber: determinar quiénes tienen la calidad de justa parte en ese proceso"[28].

Desde otra perspectiva, puede decirse que legitimación es titularidad, de la obligación o del derecho subjetivo, es interés reconocido por la ley y así, ante cada conflicto será un deber preguntar quién es el titular, a quién se reconoce interés, quien es el sujeto que tiene esa categoría respecto de la relación comprometida por el conflicto. Definida la titularidad,

[26] Massaguer, José, ob. cit., p. 542.
[27] Romero, Alejandro, ob. cit., p. 87.
[28] Idem.

individualizado el titular para pedir, determinado quién tiene interés, se conocerá quién está legitimado para intentar la acción. Y como la relación será siempre de alteridad, la misma definición e individualización descubrirá a quién debe soportar la obligación o debe responder al interés del titular y tal será el legitimado pasivo.

Así entendida la legitimación queda claro que ella condiciona la acción. Una acción deducida por quien no es titular de la relación que en la misma se afirma y en mérito de la cual se requiere una declaración o una condena, no podrá alcanzar la tutela buscada. La tutela concreta requerida por medio de la acción sólo podrá darse a quien es titular, a quien tiene el interés reconocido por la ley y a quien está, en suma, legitimado, para pedirla. A su vez, sólo podrá otorgarse respecto de quien está legitimado para asumirla o para soportarla, frente a quien tiene legitimación pasiva.

El tema es, entonces, de fondo. Si no se confirma y reconoce la legitimación, "faltará un elemento básico para acceder a la tutela"[29]. La relación procesal será válida y habrá permitido llegar a la sentencia, pero la tutela no podrá otorgarse porque la habrá exigido un portador que no estaba legitimado para hacerlo. El juez debe concluir que no había acción, que la misma no puede ser procedente y habrá de rechazarla.

4.1. LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL

La regla sobre legitimación de la Ley, su artículo 6°, es amplia. Primeramente, consagra una legitimación individual: está legitimado para deducir las acciones respecto de actos de competencia desleal "cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal".

En otras palabras, el titular de la acción de competencia desleal, el portador legítimo de esta especie de acción, es aquella persona que reúne las cualidades definidas por la Ley o que se encuentra en esa posición o situación material que la misma ha configurado y que condiciona el ejercicio de estas acciones. No estamos, en este caso, ante una acción popular, en la que por interés de la ley es aconsejable que se requiera una protección determinada por todos o por cualquiera y, por lo mismo, en la que puede ser portador legítimo de la acción todo sujeto, sino ante una legitimación determinada por la existencia de un vínculo entre quien ejerce la acción y una situación o realidad de hecho precisa, provocada o promovida por el acto de competencia desleal.

[29] Romero, Alejandro, ob. cit., p. 93.

La situación legitimante o "categoría jurídica sustancial que, en el campo de lo concreto, colabora en el examen de este componente del derecho de acción"[30], está constituida por varios elementos: a) que "cualquiera", una persona, b) sufra, directa y personalmente, c) una amenaza o un perjuicio, d) en sus intereses legítimos, e) por un acto de competencia desleal.

El primer elemento no presenta mayores complejidades. La expresión "cualquiera" está referida a una persona y a falta de precisiones ésta podrá ser natural o jurídica. La descripción de los actos de competencia desleal de los artículos 3° y 4° de la Ley hace pensar, precisamente, que toda persona, natural y jurídica, puede sufrir los efectos de dichos actos.

Por otro lado, este "cualquiera" resulta legitimado no por pertenecer a una especial categoría, sino por sufrir los efectos del acto desleal. No exige la Ley que el afectado pertenezca al mercado, sea comerciante o empresario. Lo importante es que sufra las consecuencias de la conducta desleal de manera directa y concreta. Esta interpretación es coherente, además, con el artículo 1° de la Ley, que al fijar su objeto persigue "proteger" a competidores, consumidores y, en general, a "cualquier persona afectada".

El segundo elemento legitimante alude al efecto de la deslealtad y "nos sitúa ante la necesidad de invocar la lesión o amenaza directa de un interés económico causado por el acto"[31]. La amenaza y el perjuicio deben afectar, según indica expresamente la Ley, de manera directa y personal a quien padece el daño. Ha de entenderse este efecto "como sinónimo de afectación concreta o singular...(en) que la legitimación individual se confiere a aquellos... que ostentan un interés concreto, singular y específico... de modo que resulten claras las consecuencias favorables o adversas que se produzcan en la esfera económica o patrimonial del actor en función del éxito o fracaso de la pretensión interpuesta"[32].

En la legislación española, que nuestra Ley ha seguido tan de cerca, se legitima a aquel cuyos "intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados". El adverbio "directamente" fue incluido precisamente para exigir que el perjuicio fuere personal y directo "y evitar reclamaciones de daños indirectos o incluso morales"[33]. Como señala Massaguer[34], "concurrirán estas circunstancias en las personas que resulten inmediata y personalmente alcanzadas, esto es, afectadas de modo

30 Ibídem, p. 88.

31 Esparza Muerza, Julio, *Aspectos Procesales de las Acciones de Cesación o Prohibición de Daños en el Ámbito del Derecho Industrial y de la Competencia*, CADECO Editorial SL, Barcelona 1997, p. 67.

32 Bellido Penadés, Rafael, ob. cit., p. 179.

33 Ibídem, p. 177.

34 Massaguer, José, ob. cit., p. 562.

concreto y singular por la repercusión que el acto de competencia desleal tenga o pueda tener sobre la estructura competitiva y/o el funcionamiento concurrencial del mercado, influyendo o pudiendo influir negativamente en la propia posición o actividad en el mercado, como oferente o como demandante, como operador profesional o como consumidor".

Nuestra Ley, como se dijo, ha agregado a la expresión "directa", la voz "personal", entendemos para reafirmar la singularidad y concreción de la afectación exigida en la persona que la sufre. Así, no estará legitimada esta persona cuando el acto de competencia desleal produzca perjuicios o amenace los intereses de un tercero, aunque con él se tengan vínculos como acreedor o inversor.

El portador de la acción deberá afirmar claramente el impacto, efecto o relación del acto desleal con sus intereses legítimos, económicos, efectivos o sus bienes. Insistimos en que la afirmación y demostración de esta consecuencia concreta y singular es lo que constituye el elemento legitimante de que hablamos.

El tercer elemento legitimante está constituido por el perjuicio y la amenaza. Se trata de un daño, de una lesión a un interés legítimo. Tanto el perjuicio o daño como la amenaza deben ser reales, efectivos, demostrables. No virtuales.

En cuanto a la naturaleza del daño o perjuicio, la interpretación debe ser amplia porque la Ley no indica que tales perjuicios deban referirse sólo al ámbito económico o patrimonial. No señala la Ley que el resultado dañoso deba producirse en los intereses económicos del afectado, de quien sufre la deslealtad. Por lo mismo, habrá que entender que comprende los económicos y también los morales, que se extiende al daño emergente, al lucro cesante y al honor, la minusvaloración, la imagen y la reputación que hayan sido comprometidos por el acto reprochable.

Desde otro punto de vista, se llega a igual conclusión. El artículo 1° de la Ley busca "proteger" de los efectos de la deslealtad y esta protección debe entenderse plena, completa, comprensiva de todos los intereses económicos legítimos y morales razonablemente comprometidos por el acto desleal.

Finalmente, al legitimar a quien sufre el daño la Ley ampara o asegura la tutela represiva o resarcitoria. Al legitimar a quien sufre la amenaza el énfasis está puesto en la tutela preventiva.

El cuarto elemento apunta a que las consecuencias del acto de competencia desleal afecten intereses legítimos. La Ley no legitima a la persona por pertenecer a un sector de actividad, a un ámbito económico, empresarial, industrial o comercial o a una categoría especial en el mercado; ni siquiera alude a una pertenencia del legitimado a un mercado. Lo relevante es, para la Ley, que el perjuicio o la amenaza comprometan

intereses legítimos, que quien acciona haya tenido intereses legítimos que han resultado dañados o amenazados por la conducta desleal.

El quinto elemento para la legitimación es la participación o compromiso del actor o portador de la acción con la conducta desleal descrita en la Ley, expresada de manera genérica o específica, y particularmente con sus consecuencias o efectos. Es el resultado de la conducta desleal el que modela o configura la legitimación activa.

En suma, sólo quien se encuentre afectado, ligado o vinculado a una figura de competencia desleal o participe de ella, por haberla sufrido o padecido, concurriendo todos los elementos antes indicados, está legitimado individualmente para intentar una acción de competencia desleal. El portador de esta acción deberá afirmar con claridad en su demanda la confluencia de estos elementos y el juez, en la sentencia, verificará su concurrencia teniendo en cuenta las normas que inciden en las cualidades o conceptos de que se trata y las pruebas producidas.

4.2. LEGITIMACIÓN COLECTIVA

La Ley, en el inciso final del artículo 6°, consagra una legitimación colectiva al reconocer como actoras a "las asociaciones gremiales que tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado".

Esta legitimación colectiva se ha construido sobre las siguientes bases: a) que existan asociaciones gremiales, b) que las mismas tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado, y c) que las acciones que se interpongan sean en interés de sus miembros.

La legitimación es para las asociaciones gremiales, es decir, para las organizaciones, corporaciones, colegios profesionales y gremios. La expresión comprende, en principio a todas las sociedades y corporaciones formadas o integradas por quienes tienen unos mismos intereses o calidades, que representan unos mismos intereses o que ejercen una misma profesión u oficio y que buscan unos mismos propósitos de beneficio común o general.

Sin embargo, el carácter genérico con que se alude a las asociaciones gremiales queda finalmente restringido por el fin social o asociativo, por la función que declarada y efectivamente deben asumir para estar legitimadas. Este fin o función debe ser "la defensa de los intereses de agentes del mercado". Nos encontramos, así, con un primer límite objetivo para el reconocimiento de la legitimación colectiva. Las entidades de que se trata deberán invocar un estatuto propio, formal, que les reconozca la promoción y defensa genuina de los intereses de los agentes del mercado. Esta "función efectiva de defensa" supone, para la asociación, una

declaración o interés formalizado y demostrable que permita vincularla a la defensa, promoción, reclamo, alegación y protección de los intereses de los agentes del mercado.

El segundo límite está establecido por el vínculo entre la defensa gremial o corporativa y los agentes del mercado. El concepto "intereses de los agentes del mercado" envuelve la idea de interés y de ámbito o sector en el que la conducta o acto desleal se produce o genera sus efectos.

El interés del agente consiste en su voluntad o propósito de que el acto desleal sea declarado, cese, se prohíba o se ordene remover, porque le causa perjuicio o le daña o lo amenaza en sus actividades o relaciones competitivas.

Se trata, además, de un interés que concurre en el mercado. Para los efectos de la legitimación este concepto significa que la protección requerida o la acción colectiva ejercida serán legítimas sólo cuando sean en beneficio de los intereses de quienes actúan, participan, tienen un comportamiento, se relacionan y vinculan con actividades que se desarrollan en el mercado, esto es, "en el espacio institucional en el que se encuentran oferta y demanda, en el que se encuentran y desenvuelven las relaciones económicas"[35] de que se trata.

Por último, la legitimación colectiva la reconoce nuestra Ley a las asociaciones, para promover las acciones correspondientes "en interés de sus miembros lesionados". Es confusa esta expresión, porque no deja claro si la asociación puede actuar cuando el acto no lesiona a uno de sus miembros, pero sí compromete o perjudica las expectativas de la generalidad, o si sólo puede actuar cuando hay lesión de uno de sus miembros.

El criterio usado por nuestra Ley es el mismo que utiliza la ley española. Allí se ha considerado que "la supeditación de la legitimación de estas asociaciones a la circunstancia de que los afectados sean miembros de la misma impide una verdadera legitimación colectiva que permita la defensa de los intereses de todos los sujetos pertenecientes a un determinado sector"[36]. Efectivamente, así entendido el concepto "interés de sus miembros lesionados", constituye un freno o límite porque no se amplía la legitimación a acciones colectivas en que las asociaciones defiendan los intereses de todos los asociados. Esta interpretación, sin embargo, deja trunco el propósito de la legitimación colectiva que es promover el interés colectivo.

El punto puede ser resuelto, en pro de esa acción colectiva, promoviendo una interpretación que supere la literalidad del precepto. La legitimación

[35] Massaguer, José, ob. cit., p. 120.

[36] Bellido Penadés, Rafael, *El Proceso Civil de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 59 y 60.

individual tiene por objeto la defensa de los intereses individuales y entre ellos está lograr la indemnización de los perjuicios. La colectiva, en cambio, busca promover los intereses comunes, los mismos que la asociación proclama y que, por lo mismo, son también los intereses de sus miembros. Así, "la expresión cuando resulten afectados los intereses de sus miembros debería interpretarse como relativa a la dimensión colectiva de los intereses para cuya defensa se constituyó la asociación"[37]. Esta es la manera de dar sentido a la norma: cuando se legitima a colectivos se tutelan intereses colectivos y por lo mismo "en el supuesto de que un acto aislado de competencia desleal afectara directamente a un miembro de una asociación empresarial o profesional, pero no tuviera repercusión alguna sobre el interés colectivo de los miembros para cuya defensa fue constituida la asociación, ésta no se hallaría legitimada"[38].

Se trata, en el fondo, de una cuestión relacionada con la importancia o trascendencia de la deslealtad. Si ella es efectivamente grave y contundente, al punto de exceder del interés privado y comprometer el colectivo, la asociación estará legitimada. Si no, la legitimación colectiva deberá excluirse.

4.3. LEGITIMACIÓN PASIVA

No contiene la Ley normas expresas sobre legitimación pasiva. No indica la Ley frente a quién puede ejercerse legítimamente la acción. La legislación española, en cambio, que otra vez nos sirve para interpretar nuestra Ley, prescribe que las diversas pretensiones que pueden formularse podrán dirigirse "contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización". A falta de una fórmula similar entre nosotros, podría usarse el criterio de la norma española que, por lo demás, es obvio. Por aplicación de criterios generales de responsabilidad extracontractual civil puede llegarse a lo mismo, a que debe responder del acto y está legitimado, por tanto, para soportar la acción, quien lo haya realizado o haya intervenido directa o indirectamente en él, quien ha provocado o contribuido a generar la relación sustancial que será objeto del suceso.

Será legítimo sujeto pasivo de las acciones de que se trate, en general, quien haya realizado, ordenado, planificado, programado o fraguado el acto desleal, todo aquel que contrariando la buena fe o las buenas costumbres y por medios ilegítimos, de modo incisivo o agresivo, haya perseguido "desviar clientela de un agente del mercado", conforme con

[37] Ibídem, p. 59.
[38] Idem.

lo dispuesto en el artículo 3° que define de modo genérico lo que es competencia desleal. En particular, esa legitimación pasiva se encontrará en quienes hayan participado o hayan realizado u ordenado los actos descritos, de modo específico, en el artículo 4° de la Ley.

Siendo así, hay que aclarar si todas las personas que realizaron y cooperaron con la ejecución del acto desleal –por ejemplo el fabricante, el publicista, el medio y el distribuidor, en un acto de información falsa para desacreditar a un tercero– deben, necesariamente, ser demandadas en el mismo proceso. Es cierto que, en el caso, hay una "legitimación conjunta" pasiva, porque todas estas personas podrían ser demandadas, y esto resultaría justificado para demostrar la conducta desleal en plenitud, en toda su dimensión, lo que haría también necesaria una sola sentencia. En el ejemplo puesto, podría efectivamente haber una colusión entre el productor y la agencia de publicidad que promueve el producto con el medio de comunicación usado para la publicidad y con quien distribuye; todos ellos podrían efectivamente participar en el engaño y la aseveración incorrecta de hechos o en el intento de menoscabar la reputación de un competidor. Para perseguir la deslealtad, en este caso, y combatirla completamente, resultaría necesario traerlos a todos al juicio. Los juicios parciales y las sentencias individuales mermarían la eficacia de la represión, porque habría zonas no comprendidas o conductas no suficientemente explicadas; es razonable pensar que todos deberían ser llamados para asegurar que los efectos del fallo se extendieran a todos los ámbitos comprensivos de la deslealtad y cubrir así todos los aspectos del ilícito.

Sin embargo, también "podría entenderse que existe pluralidad de situaciones distintas, como distintas son las actividades comerciales de que se trata, aunque materialmente conexas, lo que permitiría interpretar que se trata más bien de un supuesto en el que resultaría admisible una acumulación de acciones"[39].

¿Hay, en el supuesto indicado, un litisconsorcio pasivo necesario, determinado por la conexión de los actos? Veámoslo en el punto siguiente.

4.4. PLURALIDAD DE PARTES. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. LITISCONSORCIO

Nos interesa también dar algunos elementos de juicio respecto de situaciones en las que pueden intervenir múltiples partes y de casos de litisconsorcios e intervención de terceros, las que pueden darse precisamente por la amplitud de las reglas de legitimación contenidas en la Ley.

[39] Bellido Penadés, Rafael, *El Proceso...* cit., p. 80.

Un sujeto puede ejercer a la vez una o más de las acciones descritas en la Ley, que sean compatibles entre sí, frente a un demandado. En este caso hablamos de acumulación inicial de acciones. Estas se deducen en una misma demanda y darán lugar a un proceso que culminará con la correspondiente sentencia definitiva que decidirá todas las acciones interpuestas. En términos de Romero, "la acumulación inicial o simultánea de acciones es aquella que se produce exclusivamente en el acto procesal de demanda por iniciativa del demandante, poniendo en litispendencia el conjunto de los objetos que los mismos comprenden, con petitum acerca de esa totalidad y para que el juez se pronuncie sobre todas ellas"[40]. Varios sujetos podrían, al igual que en el caso anterior, intentar sus acciones de una vez. En este caso habría también acumulación de acciones, porque estas son varias, y a la vez habría una parte, con pluralidad de sujetos partes.

No hay en la Ley normas sobre acumulación de acciones. Habrá que estarse, en torno a ella, a los artículos 17 y 18 del Código de Procedimiento Civil. La opción por la acumulación estará determinada, a fin de cuentas, por consideraciones prácticas. Nada obliga al primer afectado ni a la asociación cuyos miembros son lesionados, en la legitimación colectiva, a conocer o a buscar a otros afectados o lesionados y nadie les impone la carga de investigar para saber y conocer si esos otros existen. Así, la posibilidad de que se dé una acumulación de acciones está determinada por la voluntad de las partes. Podrá ser que actúen varias partes, motivadas, por ejemplo, por razones de costos del litigio y de solidez de la persecución iniciada y que tenga lugar la correspondiente acumulación.

Pero la cuestión puede hacerse más compleja. Entendiendo que estas conductas y actos de competencia desleal afectan a muchas personas legitimadas individualmente y a otras colectivamente, podría surgir la duda de si estos varios sujetos "deben litigar juntos, demandar conjuntamente, dando lugar a un litisconsorcio activo necesario"[41] o si pueden constituirse en partes de un litisconsorcio voluntario, uno y otro activo y pasivo, cuestión que naturalmente desemboca en los efectos de la sentencia y la producción de la cosa juzgada.

Se habla de litisconsorcio necesario para designar a un proceso "con la presencia necesaria de varios sujetos, que de un modo obligatorio deben formar parte de la relación jurídica procesal"[42]. Se trata de una realidad procesal excepcional que "se justifica por la singular naturaleza

[40] Romero Seguel, Alejandro, *La acumulación inicial de acciones en el proceso civil español*. Cedecs Editorial, Barcelona 1999, p. 222.
[41] Bellido Penadés, Rafael, *El Proceso*... cit., pp. 225 a 228.
[42] Romero Seguel, Alejandro, *La acumulación*... cit., p. 105.

o especiales características que presentan los derechos deducidos en juicio, o bien, porque la declaración que el actor solicita del juez es de carácter indivisible o único para todos los litisconsortes, ya sea que ello venga establecido por la ley o la naturaleza misma de la relación de derecho material, situación que requiere en consecuencia que concurran todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se diete única para todos ellos"[43].

En el litisconsorcio necesario "no hay pluralidad de acciones no obstante la existencia de pluralidad de sujetos actuando en una misma posición de parte, puesto que allí se está en presencia de una sola acción que conforma el objeto del proceso, la que debe ser resuelta de un modo unitario para todos los sujetos que activa o pasivamente conforman la relación procesal"[44]. Si es la Ley la que señala cuándo deben actuar obligatoriamente los varios sujetos envueltos en una misma relación, el litisconsorcio necesario se llama propio. Es impropio, en cambio, aquel que no se haya expresado en la Ley y que resulta determinado por la especial característica de la relación sustancial en juicio que genera dicha única acción y única pretensión.

En la Ley sobre competencia desleal no hay normas sobre litisconsorcio. Si bien las figuras de competencia desleal afectan o comprometen a muchas personas que, por lo mismo, pueden resultar legitimadas para accionar o pueden ser legitimados pasivos, nada obliga a esos legitimados a actuar ni a afirmar conjuntamente la titularidad de su derecho. Ni hay norma que defina un criterio conforme con el cual deba accionarse o demandarse frente a todos los legitimados pasivos. No se da en este ámbito, entonces, un litisconsorcio propio.

Sin embargo, ¿la consideración de la especial característica de la relación descrita como competencia desleal, podría fundar un litisconsorcio impropio? La situación la insinuamos al iniciar el tratamiento de las partes y de la legitimación. Varios sujetos podrían verse afectados por un acto de competencia desleal; el efecto dañino podría perjudicar muchos intereses de muchos involucrados. Por otro lado, en una conducta desleal en la que participan en su ejecución muchos sujetos –en el ejemplo que dimos, desde el productor hasta el distribuidor, pasando por el publicista y el medio de comunicación que difunde la falsedad en colusión con los anteriores– todos ellos podrían entenderse envueltos en una misma realidad.

El punto clave para entender el problema está en considerar "si la situación de derecho sustancial deducido en juicio...exige para la producción

[43] Idem.
[44] Ibídem, pp. 22 y 23.

de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, allí deben ser parte"[45]. Se trata, en otras palabras, de una exigencia justificada por una necesidad práctica: si la sentencia que declara o condena una cuestión sobre competencia desleal no sería útil si no concurrieran todos los involucrados activos o pasivos. ¿Habría alguna razón de experiencia práctica que aconsejara exigir obligatoriamente la intervención inicial o el emplazamiento de todos esos sujetos para satisfacer efectivamente la represión de la conducta desleal?

En verdad, analizados los casos, más bien resulta que cada persona afectada tiene un interés y un derecho propio o individual que reclamar y defender y se dirigirá frente a quien haya sido responsable de ese acto desleal que la afectó. A su vez, cada sujeto responsable de la deslealtad tiene su propia actuación desleal. En los ejemplos planteados de los involucrados en la deslealtad, aunque están todos legitimados pasivamente, no concurren los elementos propios del litisconsorcio necesario. Podría haber sentencias perfectamente eficaces persiguiendo unos actos o conductas sin considerar las otras. Y el interés en traerlos a todos al proceso se satisfaría ejerciendo simultáneamente las correspondientes acciones, dándose la figura de la acumulación de acciones.

No parece, por otra parte, que la represión exitosa de la deslealtad suponga o requiera el litisconsorcio activo ni el pasivo. Las expresiones usadas por la Ley para legitimar el ejercicio de las acciones –puede intentarlas "cualquier persona afectada..."– parecen impulsar al ejercicio libre, independiente, autónomo de cada una de ellas, atendiendo simplemente al efecto singular y concreto de la deslealtad.

En los ejemplos puestos, de considerarse apropiado un litisconsorcio pasivo en razón de la extensión y profundidad que puede aconsejar la tutela perseguida, tal litisconsorcio sería voluntario. Precisamente en el litisconsorcio voluntario "la pluralidad de partes corresponde a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas"[46] que generan la pluralidad de acciones que se dan en un mismo proceso, y la acumulación "no está impuesta por la unicidad de la relación controvertida ni por la naturaleza inescindible de la legitimación, sino que está aconsejada por razones de oportunidad inferida de la conexión que vincula entre sí las distintas causas acumuladas"[47].

[45] Ibídem, p. 24.
[46] Ibídem, p. 44.
[47] Ibídem, p. 45.

4.5. ¿CONCURSO DE ACCIONES? ¿CONCURSO DE NORMAS?

La Ley admite expresamente, en su artículo 2°, que la conducta calificada como de competencia desleal pueda ser también objeto, al mismo tiempo o paralelamente, de acciones que resulten procedentes ante otros tribunales competentes, según la legislación sobre libre competencia, las normas sobre protección de los derechos de los consumidores y las disposiciones sobre propiedad intelectual e industrial.

Lo que hace la norma señalada es reconocer que las conductas de competencia desleal se encuentran reconocidas o descritas o consideradas por distintas leyes y pueden, por lo mismo, llegar a coincidir con las prescripciones que la propia Ley sobre la materia establece. Así ocurrirá, por ejemplo, con el engaño sobre la proveniencia o atributos de un producto, que puede llegar a conformar un ilícito relacionado con el nombre y los derechos de la personalidad o constituir una infracción a las normas sobre libre competencia en cuanto favorezca la construcción de una posición de dominio de mercado (art. 3°, letra c), del D.L. N° 211, de 1973), o una infracción a los derechos de los consumidores por su compromiso para la libertad e información con que los mismos deben tomar sus decisiones (arts. 28 y 28, letra a), de la Ley N° 19.496), o simplemente una lesión al derecho de propiedad industrial (art. 28 de la Ley N° 19.039). En otras palabras, una conducta de competencia desleal puede ser considerada por otras normas porque vulnera otros ordenamientos con los que se haya relacionada y eso obliga a la Ley a buscar límites.

Al constatar esta realidad, la Ley busca configurar un ámbito propio para la competencia desleal, en el sentido de reconocerle un lugar definido en el Derecho no obstante la similitud de las figuras que la representan con otros ámbitos jurídicos. La idea central es asegurar que a más de esas repercusiones o que no obstante esos efectos que se producen paralelamente o extranormas sobre deslealtad, las acciones sobre competencia desleal deben ser ejercidas y sus pretensiones pueden ser consumadas, sin considerar para este objeto las prescripciones o exigencias propias de esas otras normas. En suma, las normas sobre competencia desleal y sus figuras propias concurren con los otros ordenamientos al perfeccionamiento del sistema de Derecho más amplio al que todos pertenecen, que podrá ser el Derecho Económico. Todos estos ordenamientos vinculados por el interés económico o por lo que ocurre con quienes actúan directamente en los mercados, se integran unos con otros, cada uno desde su perspectiva, con sus acciones deducidas ante los tribunales competentes respectivos y conforme con los procesos que las correspondientes leyes establezcan, en beneficio de un interés superior que merece precisarse, pero que desde una perspectiva procesal podría ser identificado con la más completa y acabada tutela del justiciable.

La cuestión planteada podría generar la duda acerca de la concurrencia en la Ley, a propósito de la norma en comento, de un concurso de normas o de un concurso de acciones.

Se llama concurso de acciones a aquellas hipótesis excepcionales en las que "siendo idénticas las acciones en su petitum y en los sujetos entre los que se ejercitan, son diversas en la causa petendi y las consecuencias"[48]. En estos casos, frente a unos mismos hechos, la ley consagra un solo interés que protege con una pluralidad de acciones, como el derecho a lograr la indemnización de un daño conforme con la ley de protección del consumidor o conforme con las normas sobre compraventa del Código Civil y del Código de Comercio[49]. Se habla entonces de concurso simple, en el que "los derechos concurrentes son autónomos tanto en su existencia como en su extinción, con la particularidad que extinguida una por su cumplimiento provoca la extinción de la otra"[50]. También existe un concurso alternativo o electivo, en el que diversos derechos de distinto contenido son atribuidos a un sujeto –como sucede con las opciones de cumplimiento y resolución de un contrato y de resolución o pago del precio– para proteger un mismo bien jurídico. En este concurso, elegida una vía se extingue la otra o lo que es lo mismo, ejercida una de las acciones alternativas, precluye la posibilidad de ejercer la otra.

También existe, en el orden procesal, el concurso de leyes. En este caso no hay pluralidad de acciones sino "una única acción amparada por distintas fundamentaciones jurídicas: por ejemplo, un incumplimiento regulado en el Título II del Párrafo VI de la Ley de Protección del Consumidor (responsabilidad por incumplimiento), o bien en el Código Civil o en el de Comercio, a propósito de las obligaciones del contrato de compraventa (dentro de las obligaciones del vendedor)[51]. En este caso un hecho o realidad puede subsumirse en varias leyes o normas, pero la aplicación de una excluye la aplicación de la otra u otras. La acción, como se entiende, es una sola. Sólo una acción puede buscar la decisión sobre el hecho y la satisfacción del bien jurídico que se protege, y resuelta por sentencia firme esa acción, decidido el hecho que pudo subsumirse en las distintas leyes, se genera la imposibilidad de volver a revisarlo (cosa juzgada).

A partir de los conceptos señalados creemos que en la hipótesis del artículo 2° de la Ley no hay, por regla general, un concurso de acciones. Nunca podrá haber un concurso de leyes. En efecto, lo que la Ley ha

48 Bellido, Rafael, *El Proceso Civil...* cit, p. 108.

49 Ambos ejemplos citados por Romero Seguel, Alejandro en *Derecho del Consumo y Protección del Consumidor*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho U. de los Andes, 1999, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, p. 332.

50 Ibídem, pp. 332 y 333.

51 Ibídem, p. 331.

buscado es que las diversas acciones existentes converjan y se sumen, cada una en su perspectiva y hacia su objetivo propio. Se trata esencialmente de acciones distintas, reconocidas por leyes distintas e inspiradas en bienes jurídicos distintos. Si se ejerce una de estas acciones, la litispendencia que genera no impide la iniciación del otro proceso. Tampoco la cosa juzgada producida respecto de las acciones deducidas impide un nuevo proceso respecto de las otras acciones que no hayan sido ejercitadas.

En otras palabras, determinados hechos, que son subsumibles en los supuestos fácticos de una conducta o acto desleal, pero que también son reconducibles a hipótesis fácticas de compromisos para la libre competencia o para derechos del consumidor, por ejemplo, pueden ser resueltos en la sede civil y conforme con las normas de competencia desleal sin perjuicio de su consideración previa o posterior en los procesos sobre libre competencia o sobre derechos del consumidor correspondientes.

A su vez, no hay nunca un concurso de leyes porque en éstos hay una sola acción. En este caso hay múltiples acciones y, por lo mismo, la Ley busca resolver la cuestión admitiéndolas todas.

Sin embargo, tratándose de la acción resarcitoria o de indemnización de perjuicios prevista en el artículo 5°, letra d), de la Ley, hay una norma especial, en el inciso segundo del artículo 6°, de la Ley, que merece comentario particular. En este caso, sí hay un concurso de acciones. Ante el daño provocado por estas conductas o actos que son reconocidos o considerados por distintas leyes, las distintas leyes prevén distintas acciones que pueden perseguir la reparación de ese daño, pero obtenida la reparación en una sede queda cerrada la posibilidad de lograrla invocando las normas de la Ley sobre competencia desleal. Es decir, ocurrido un acto desleal que ha provocado daños a un consumidor o a un propietario de una marca o a un invento y obtenida la reparación por cualquiera de estas vías, se cierra la posibilidad de obtenerla en sede de competencia desleal.

A su vez, no hay nunca un concurso de leyes porque en éstos hay una sola acción. En este caso hay múltiples acciones y, por lo mismo, la Ley busca resolver la cuestión admitiéndolas todas.

5. Acerca del procedimiento

La Ley hace aplicable a las acciones de competencia desleal el procedimiento sumario del Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil, excluyendo la posibilidad, reconocida por el artículo 681 de ese Código, de que este procedimiento pueda ser convertido al ordinario, si aparece la necesidad de ello.

El proceso debido para reprimir los actos de competencia desleal es, entonces, uno especial, de carácter declarativo, con un contradictorio breve, representado por la demanda y una audiencia de contestación, en el cual los medios de prueba son los mismos reconocidos por el juicio ordinario de cognición y se hallan sujetos a un sistema de apreciación de tarifa legal atenuado. Se trata de un proceso concentrado, en el que, sin embargo, la decisión definitiva está sujeta a los recursos de apelación y de casación de forma y de fondo.

Ha sido conducta permanente de nuestro legislador responder a la necesidad de celeridad en las decisiones judiciales y de eficacia del proceso aplicando el procedimiento sumario del Código procesal civil. Romero ha llamado con razón a esta tendencia "la sumarización de la función declarativa" y la ha descrito, con igual acierto, como un mero "intento de huir de la utilización del juicio ordinario de mayor cuantía, por su amplitud de trámites y de plazos...(que) descansa en la cándida idea que basta la abreviación de los procedimientos para conseguir una justicia más rápida y eficaz"[52]. Al aplicar el procedimiento sumario del Código de Procedimiento Civil el legislador ha hecho un giro al pasado. No resulta coherente una legislación que judicializa nuevas conductas, que ha buscado avanzar con una regulación horizontal de los mercados e introduce al Derecho nacional instituciones con elementos complejos y especializados, con un procedimiento estructuralmente deficiente, que está, además, gastado por prácticas e interpretaciones que excluyen toda posibilidad de renovación.

Creemos que las normas sobre competencia desleal habrían merecido reglas de procedimiento particulares. Podría haberse pensado, por ejemplo, en un procedimiento declarativo informado por los principios de oralidad e inmediación. El tema bien habría merecido considerar también en este aspecto la ley española. Las reformas del 2000 a la Ley de Enjuiciamiento Civil (apartado 2.11° de la regla derogatoria única y regla final 4°, artículo 22) hicieron aplicables a los procesos en materia de competencia desleal las reglas del juicio ordinario.

Este juicio ordinario, que dista mucho del nuestro, está inserto, desde luego, en una legislación procesal que ha incorporado todo el avance científico ocurrido en beneficio de una justicia más expedita y eficaz: reglas claras comunes a los procedimientos, para evitar aplicaciones analógicas y discusiones sobre la aplicabilidad de las instituciones; normas amplias para la preparación del juicio; consideración expresa del objeto de la prueba, de la necesidad de la prueba y su iniciativa y sobre la impertinencia e inutilidad de la actividad probatoria; reglas sobre anticipación y aseguramiento de pruebas, sobre el necesario contradictorio en su

[52] Romero Seguel, Alejandro, *RDJ*, Tomo XCVIII N° 2, 2001, pp. 37 y 38.

práctica; y aceptación de los llamados medios de prueba innominados o atípicos, entre muchas otras innovaciones.

El juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se inicia por demanda, escrita, a la que se contrapone la contestación, también escrita, que admite la acción reconvencional. A tal inicio sucede una audiencia preparatoria del juicio, para discutir y resolver las excepciones procesales, fijar los hechos controvertidos y proponer y admitir la prueba, audiencia oral que "sirve de filtro para el correcto desarrollo del proceso, evitando las siempre inútiles resoluciones absolutorias de la instancia"[53].

A la audiencia preparatoria sigue el juicio, que "es la última fase del proceso civil ordinario, donde se practican determinadas pruebas y las partes, tras valorar los resultados probatorios, realizan un postrero y definitivo alegato acerca de la cuestión que se discute ante el tribunal; como toda vista, es un acto oral"[54]. Finalmente, el procedimiento termina por la sentencia, en la que cobra especial consideración la motivación o fundamentación de los juicios de hecho. No es admisible una simple enunciación en la sentencia de los hechos probados; lo exigible es "una motivación que debe determinarse teniendo en cuenta lo que razonablemente cabe imponer al tribunal... y lo que es útil y relevante para los recursos contra la sentencia y para la impugnación del juicio de hecho"[55].

Nada de lo dicho tendremos al aplicar, para la represión de la competencia desleal, las normas sobre juicio sumario. Lo importante será estar atentos a la posibilidad de reformas y no perder la conciencia de la grave omisión en que ha incurrido el legislador al prescindir, en la regulación de un ámbito nuevo, de las debidas consideraciones procesales.

5.1. COMENTARIOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO SUMARIO

El juicio se iniciará por demanda que habrá de cumplir las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Toda demanda representa ejercicio de una acción. Considerando que la Ley reconoce distintas especies de acciones o de pretensiones disponibles, será importante respecto de cada una de ellas cumplir con las exigencias propias del derecho de acción, a saber, "que exista una causa de pedir; que concurra la legitimación; y que exista la posibilidad de otorgar el petitum de la acción deducida"[56].

---

53 De la Oliva Andrés y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid 2001, p. 692.

54 Ibídem, p. 728.

55 Ibídem, p. 386.

56 Romero, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Tomo I, p. 19.

La causa de pedir se identifica con la razón o fundamento que justifica el derecho reclamado. Aplicando el artículo 177, inciso final, del Código de Procedimiento Civil, deben entenderse como causa de pedir en las acciones sobre competencia desleal aquellas conductas típicas o descritas por la Ley, en sus artículos 3° y 4°, ocurridas en la realidad y causas de perjuicios o de amenazas a intereses legítimos.

Como puede colegirse, la causa de pedir está vinculada estrechamente a la exposición clara de los hechos exigida, para toda demanda, por el artículo 254, N° 4, del Código de Procedimiento Civil. La causa de pedir en la acción sobre competencia desleal exige descomponer la conducta o el acto imputable en cuantos elementos y circunstancias sea posible para asegurar su cabal conocimiento y calificación por la contraparte y por el juez. Téngase en cuenta que "cuanto más se esfuerce el demandante en ser claro en la redacción de los hechos de la demanda, más estará forzando al demandado a ser igualmente claro en su negación o admisión de los mismos. A nadie más que al demandante puede beneficiar la claridad de la demanda y a nadie más que al demandado puede beneficiar su oscuridad"[57].

Por otra parte, discute la doctrina acerca de si la causa de pedir está referida, también, a los elementos de derecho fundantes de la acción. La cuestión apunta más que, a si los fundamentos de Derecho son exigibles, que en verdad lo son, por el artículo 254 N° 4 del Código de Procedimiento Civil y con la misma intensidad con que se exigen los fundamentos de hecho, a si esos fundamentos de Derecho planteados por el actor son vinculantes para el juez. En el fondo, como sostiene Romero, "el problema de incluir o excluir al componente jurídico dentro de la causa de pedir está condicionado por la mayor o menor latitud que se asigna al principio *iura novit curia*"[58]. La cuestión está relacionada, también, con el principio dispositivo y con la aportación de parte, y termina por expresarse en la sentencia y en la congruencia que es exigible a ésta. Se llama incongruencia por *extra petitum* aquella en que "la sentencia resuelve sobre asunto distinto del planteado como pretensión...se considera incongruente no sólo la sentencia que se pronuncia sobre algo que no ha sido objeto de ninguna pretensión, sino también la que resuelve sobre la base de hechos no alegados tempestivamente por las partes o de fundamentos jurídicos no aducidos por ellas"[59].

El segundo elemento de la acción es la legitimación. Reiteramos lo dicho anteriormente en torno a esta institución y a su condición de elemento constitutivo de la acción. La demanda debe contener las razones

57 De la Oliva, Andrés y otros, ob. cit., p. 667.
58 Romero, Alejandro, *Curso*... cit., p. 21.
59 De la Oliva, Andrés y otros, ob. cit., p. 386.

que justifican que el actor y aquel a quien se demanda son "justas partes" del proceso que se pretende incoar. Tales razones están representadas por las relaciones que configuran la tutela que se persigue. Así, la acción de cesación del acto, por ejemplo, deberá contener la explicación de por qué quien ejerce la acción pretende que se condene a otro a cesar un acto determinado; esto exige definir que un acto se considera desleal y que ha producido daños o amenazas a legítimos intereses, siendo quien acciona el que, de modo concreto y singular, ha recibido el efecto de tales daños o amenazas y el que postula su derecho a la cesación del acto. La afirmación sobre la legitimación se completa con las razones de por qué la acción se deduce frente a quien se lo hace. Si bien esta afirmación de la legitimación pasiva se cumple al satisfacer las exigencias del artículo 254, N° 4° del Código de Procedimiento Civil, también dice relación con la mención del nombre, domicilio, profesión y oficio del demandado (N° 2°, del mismo artículo).

Finalmente, los requisitos de la acción se completan con el *petitum* o parte petitoria de la demanda, referida a la accionabilidad, definida como "la posibilidad que tienen los tribunales de conceder la protección jurídica que requiere el actor"[60].

Como acto procesal de obtención o postulación, la demanda debe concluir con una petición concreta de tutela jurídica. Esta petición se traduce en el requerimiento hecho por el actor, en plena coherencia con lo ya afirmado en la parte expositiva de su demanda, de que se acoja la acción o acciones deducidas. Esta acción o acciones deberán ser, precisamente, una o más de aquellas reconocidas por le Ley, en su artículo 5°.

Esta parte petitoria exige "la debida claridad y separación en las peticiones que se formulen cuando sean varias"[61]. Si se han acumulado acciones, habrá que considerar especialmente el planteamiento en subsidio de aquellas que resultan incompatibles.

5.2. LA DEFENSA

La contestación de la demanda es, obviamente, otro acto muy relevante. En el procedimiento sumario ésta tiene lugar en la audiencia que, por lo mismo, ha sido tradicionalmente llamada "de contestación", sin perjuicio del planteamiento en ella de incidentes, de cualquier especie, que podrán identificarse con la propuesta de excepciones procesales cuyo propósito será siempre impedir que el proceso termine con una decisión sobre el fondo.

[60] Romero, Alejandro, *Curso...* cit., p. 24.
[61] De la Oliva, Andrés y otros, ob. cit., p. 667.

Lo central en la contestación será la afirmación de excepciones materiales o perentorias y de defensas que, al contrario de las procesales, buscarán una absolución de fondo. Tratándose de las primeras, pesará sobre el demandado la carga de hacer una "exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan" (conforme con los artículos 309 y 683 del Código de Procedimiento Civil). Las segundas consistirán siempre en afirmaciones o argumentaciones que, sin importar el planteamiento de hechos extintivos o impeditivos, sirven para desvirtuar el mérito de la acción y en definitiva su procedencia.

La audiencia del procedimiento sumario, finalmente y como es sabido, consiste en un comparendo formal, en el que la contestación se presenta por escrito y "se pide acompañar a los autos", por lo que ningún valor especial tiene para provocar un verdadero contradictorio de partes ni una intervención del tribunal capaz de enriquecer su conocimiento del conflicto. Tampoco tiene tal audiencia importancia alguna para la prueba porque esta tiene lugar fuera de ella.

5.3. ACERCA DE LA PRUEBA

El procedimiento sumario supone la aplicación de las reglas sobre prueba del juicio ordinario y, consecuentemente, de las complementarias contenidas en el Código Civil: medios de prueba, oferta, admisión y producción de la prueba, valoración, carga y distribución de la misma, se regirán por tales reglas.

No hay innovación, por tanto, respecto del papel del juez en el proceso ni respecto de diligencias posteriores al estado de sentencia. La fijación del objeto de la prueba corresponderá, en principio, al tribunal, pudiendo las partes pretender la modificación de esa resolución a través de la solicitud de reposición, con apelación subsidiaria (artículos 3°, 319 y 684 del Código de Procedimiento Civil).

El tribunal, de oficio y citadas las partes para oír sentencia, podrá ordenar medidas para mejor resolver (artículos 3°, 159 y 687 del Código de Procedimiento Civil).

Quedan así de manifiesto las serias carencias de este procedimiento. Si bien tratándose de procesos como estos en que se discuten pretensiones privadas, los principios procesales inspiradores deben ser el dispositivo y el de aportación de partes, ha de considerarse que en estas causas hay, también, comprometido un interés general, cual es la competencia leal, ejercida conforme con las buenas costumbres, el juego limpio, la franqueza y la decencia en las actividades comerciales. Para satisfacer este interés superior, nada mejor que la oralidad y la inmediación.

El proceso civil escrito nos resulta cada vez más difícil de defender. Los escritos son insuficientes para transmitir al juez las cuestiones envueltas en el conflicto y descubrir el contenido de éste. El planteamiento de los hechos y el derecho por las partes, de modo directo, es cada vez más necesario, por la mayor posibilidad de atención efectiva que puede concitar y la calidad de la información que puede transmitir, pero también por razones de economía procesal, en cuanto el tiempo impone precisión y concisión en las explicaciones y peticiones.

Las pruebas escritas, a su vez, son enteramente incompatibles con el propósito de convencer al juez de la ocurrencia de los hechos. Que la prueba de testigos y las declaraciones de parte (confesión) terminen siendo un conjunto de actas, que la pericia sea un informe escrito, constituyen obstáculos serios al conocimiento necesario para la decisión acertada y justa.

En esta línea, bien habría resultado justificada, desde luego, la apertura de los medios de prueba utilizables y la correspondiente consagración de la libertad como criterio de apreciación de las pruebas. Además, se habría justificado también un giro hacia el principio de investigación oficial.

Si bien la jurisprudencia ha reconocido la legítima utilización en el proceso civil de medios de prueba no tradicionales producidos por el avance científico y tecnológico (videos, fonograbaciones, películas y fotocopias), siempre está el riesgo de ese reconocimiento, especialmente ante nuevos elementos (casetes, compactos y correos electrónicos, por el momento). Sin desconocer el potencial de la interpretación y de la razón, es lo cierto que una norma clara sobre estas materias evita discusiones e injusticias.

La valoración de las pruebas con libertad es otra cuestión hoy indiscutida. Es sabido que nuestros jueces no se hallan atados por las leyes en esta materia porque el sistema de tarifa legal admite posibilidades y juegos para enriquecer la apreciación de cada prueba y de su conjunto, pero, otra vez, un reconocimiento expreso de tal atribución mejora el logro del objetivo. Más aún, cuando los hechos que serán objeto de estas pruebas son especiales –consistentes en engaños, aseveraciones falsas, confusiones, informaciones, agravios– y se darán con ocasión de conductas y actuaciones mercantiles guiadas por costumbres, hábitos y usos muy particulares, en relaciones en que la tecnología impera y la innovación es constante y, por lo mismo, cuya incorporación al proceso y demostración exigen cuidados y mecanismos adecuados.

Por último, habría sido ventajoso para la decisión más apropiada del conflicto que hubiere podido el tribunal, cuando no se considerare suficientemente ilustrado sobre el caso con las alegaciones, afirmaciones y pruebas producidas, oír nuevamente a las partes, cuantas veces estime necesario y sobre las cuestiones que les indique. Claro, podría estimarse

satisfecho este propósito a través de las medidas para mejor resolver, pero éstas apuntan sólo a completar las pruebas necesarias y tienen los mismos inconvenientes de escrituración y mediación ya señalados. Lo propuesto es más amplio, apunta a la provocación de un contradictorio efectivo y supone una audiencia oral en la que pueda tener lugar.

Finalmente, pertenece al procedimiento la fase de recursos. Tampoco en esta materia innova la Ley respecto del procedimiento sumario común. La mantención del procedimiento en la primera instancia justifica, quizá, no innovar tampoco en materia de recursos. Pero desde ya expresamos nuestra desazón ante la casación en estas áreas.

5.4. MEDIDAS CAUTELARES

Como es razonable, el legislador ha previsto la necesaria tutela cautelar para asegurar especialmente, cuando fuere necesario, el ejercicio eficaz de las acciones.

La Ley crea, primeramente, una hipótesis general para hacer procedente la tutela cautelar, consistente en la existencia de "un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de un acto de competencia desleal", el cual autoriza "ordenar la suspensión inmediata" del mismo.

La tutela cautelar suspensiva tiene su fundamento en la existencia de un indicio. Este debe ser grave, es decir, serio, contundente. Debe también ser preciso, lo cual significa que sea necesario, exacto y cierto para producir el fin. Habrá que determinar en cada caso y en relación con la conducta concreta cuyo reproche se persigue qué circunstancias configuran el indicio y si éste, por su entidad, reviste caracteres suficientes de gravedad y precisión.

La suspensión inmediata del acto plantea el problema de si esta medida es homologable con el resultado final de la acción o , lo que es lo mismo, si satisface anticipadamente. Como se sabe, toda cautelar es instrumental porque su función es asegurar la eficacia de la sentencia que pueda dictarse en el proceso. Esto significa que la satisfacción del derecho se logra en la sentencia, no antes y, por lo mismo, que la medida cautelar no puede producir un efecto idéntico al que se persigue a través de la acción.

No obstante, entre nosotros se ha admitido tal homologación en casos extremos vinculados a la protección de la honra y de la vida privada, en los que la aplicación de la sanción penal y la procedencia de la indemnización pecuniaria se han estimado insuficientes para asegurar el respeto de esas garantías constitucionales. En esos casos, sendas órdenes de no innovar han llegado al extremo de hacer innecesaria la sentencia[62]. En la

[62] Véase, Romero, RDJ, tomo XCVIII N° 2, 2001, pp. 47 a 49 y 55 a 58.

legislación española, que nuestro legislador sigue tan de cerca, "las nuevas leyes especiales reconocen expresamente la posibilidad de que mediante la tutela cautelar se anticipen los efectos de la ejecución de una futura sentencia favorable"[63]. Se trata de una tendencia que se ha consolidado y "que encuentra su razón de ser en el carácter continuado y repetitivo de las conductas realizadas en el mercado y en los perjuicios irreparables o difícilmente reparables que el mantenimiento de esas conductas durante el curso del proceso principal pueden irrogar a la situación jurídico material tutelable, amenazando la efectividad de la futura sentencia favorable ante la imposible o extrema dificultad de la plena reintegración de aquella"[64]. Massaguer reconoce y confirma lo señalado asegurando que "las medidas cautelares en el proceso de competencia desleal son "de facto" medio de extraordinario alcance y eficacia, que revisten en la práctica incluso mayor importancia que la sentencia de fondo"[65].

La hipótesis de nuestra Ley que autoriza como cautelar la suspensión del acto parece inscribirse en la línea señalada. Deducida por ejemplo una acción de cesación o de prohibición unida a la de indemnización, si logra demostrarse el "indicio grave y preciso de ejecución" del acto, se ordenará su suspensión inmediata, la que prácticamente significará adelantar el acogimiento de la acción. Sólo el carácter provisional de ésta podrá marcar la diferencia.

La Ley hace aplicables también al proceso sobre competencia desleal las medidas precautorias previstas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Entran así de lleno a este ámbito las precautorias nominadas y las innominadas y con ellas la vasta jurisprudencia y doctrina generada con su aplicación. NOTA: Véase sobre el tema, Romero, RDJ *ob. cit.*

5.5. SOBRE LA COSA JUZGADA

La Ley no contiene normas especiales sobre los efectos de las sentencias pronunciadas en materias de competencia desleal. Habrá que estarse en consecuencia a las reglas pertinentes del Código de Procedimiento Civil (arts. 174 a 177).

La sentencia firme en el proceso de competencia desleal producirá cosa juzgada sustancial o material. La "vinculación o fuerza en que la cosa juzgada consiste impide, 1°, que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y, sobre todo, que vuelva a entablarse acerca de asunto ya

63 Bellido Penadés, Rafael, ob. cit., pp. 328 y 329.
64 Ibídem, p. 331.
65 Massaguer, José, ob. cit., p. 604.

definido firmemente por la jurisdicción; 2°, que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido"[66].

Se habla de efecto negativo de esta cosa juzgada para aludir a la obligación del tribunal del proceso nuevo consistente en ponerle fin para impedir un nuevo juzgamiento (*non bis in idem*). Como afirma Romero, "el efecto negativo de la cosa juzgada es la consecuencia jurídica que de forma natural se atribuye a esta institución"[67]. Para hacer valer este efecto negativo, la parte debe plantear una excepción perentoria cuyo contenido se halla establecido por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y se expresa en la concurrencia de una triple identidad de personas, partes, de cosa pedida y de causa de pedir. Esta excepción deberá plantearse en la contestación, durante la audiencia del proceso sumario aplicable.

Paralelamente se conoce como acción de cosa juzgada a la posibilidad de cumplimiento material que merece una sentencia firme. Como es sabido, esta acción corresponderá, en verdad, al litigante que pueda invocar una sentencia de condena, de conformidad con el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil. Las sentencias mero declarativas no requieren ejecución y a lo más harán necesarios cambios y anotaciones registrales. El cumplimiento de las sentencias de condena generadas en el proceso civil de competencia desleal deberá lograrse por las vías correspondientes del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, conviene tener presente también que la cosa juzgada tiene además una función positiva o prejudicial que apunta a considerar y reconocer que una cuestión resuelta en un sentido debe ser resuelta a partir de esa base en procesos posteriores. En este caso, el proceso posterior es legítimo porque hay un objeto distinto sobre el que debe haber pronunciamiento, pero ese objeto, por ser conexo con el anterior, debe ser decidido considerando lo antes resuelto. En esta especie o caso de prejudicialidad, lo que hay es un vínculo entre dos objetos procesales, uno decidido y otro conexo con éste, por decidir. Como enseña Romero, "se trata de una relación de tipo lógico jurídico en que la primera decisión conforma un elemento constitutivo de la segunda acción deducida"[68]. Este efecto positivo de que hablamos se encuentra reconocido expresamente, en dos casos, por la Ley. Primero, por el artículo 9° de la Ley, porque si se ejercen las acciones indicadas en las letras a) a c) de la Ley y posteriormente, en otro juicio, se ejerce la acción indemnizatoria de la letra d), en este juicio último "los hechos establecidos en juicios entre las

66 De la Oliva, Andrés y otros, ob. cit., p. 394.

67 Romero Seguel, Alejandro, *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno*, Ed. Jurídica de Chile Santiago 2002, pp. 49 y 50.

68 Ibídem, pp. 93 y 94.

mismas partes respecto de aquellas acciones se tendrán por probados en el juicio en que se haga valer la acción indemnizatoria". En otras palabras, la primera o las primeras sentencias que, obviamente tienen conexión con el objeto indemnizatorio de la última acción no resuelta; deben ser base de la decisión de ésta.

El segundo caso de efecto positivo de la cosa juzgada está previsto en el artículo 10°. Cuando la sentencia firme ha establecido una conducta o caso de competencia desleal es posible admitir que esa misma conducta o caso pueda ser sancionado con multa conforme con la Ley de Defensa de la Competencia. En este caso, el nuevo proceso, seguido conforme con lo prescrito por esta última ley, estará dirigido a verificar la procedencia de las multas y a medir la gravedad de la infracción y la extensión del perjuicio provocado y deberá tener como base lo resuelto en cuanto a los hechos y sus circunstancias en el proceso sobre competencia desleal. Aunque no contiene el artículo 10° de la Ley una prescripción explícita en tal sentido, la solución nos parece obvia. No vemos cómo podría el Tribunal de Defensa de la Competencia revisar los hechos ya acreditados y juzgados, ampliarlos ni restringirlos. No sería lógico. Es más, se opondría a ello el artículo 427, inciso 2°, del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por pertenecer al procedimiento ordinario civil, conforme con el cual constituirán base de una presunción judicial "los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes".

Capítulo aparte merece el efecto de la cosa juzgada respecto de terceros. Sólo diremos aquí que la sentencia puede provocar efectos frente a terceros, en ciertos casos en que lo establece la Ley, como los relativos al estado civil, en los que aun cuando no han sido partes resultan afectados por la eficacia directa del fallo. A más de esa eficacia, está la que se llama eficacia refleja del fallo, que se refiere al efecto secundario que deriva de la dictación de la sentencia y que hace que ésta sea un hecho jurídico procesal frente a terceros, hecho que acarrea para ellos inmutabilidad e irrevocabilidad.

Las sentencias en el proceso de competencia desleal producirán, por regla general, efectos directos entre las partes. No reconoce expresamente la Ley efectos indirectos hacia terceros ni un caso expreso de eficacia refleja. No obstante, es posible pensar en hipótesis como éstas con ocasión de las acciones reconocidas y la conexión que hay entre todas ellas.

5.6. INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS

Cuestión aparte es si en las acciones de las organizaciones gremiales se constatan intereses colectivos o difusos.

La acción para impedir la competencia desleal protege un interés difuso si estamos al artículo 5° de la Ley que permite a las asociaciones gremiales ejercer las acciones de la a) a la c). En estos casos, se admite que no haya perjuicio, porque si lo hay el interés no sería difuso, sino que concurriría un derecho subjetivo de carácter patrimonial, con titularidad determinada. Una característica natural de las sentencias que se pronuncian sobre intereses difusos es que producen efectos generales, hacia terceros, esto es, *erga omnes*; esto por definición, por su naturaleza misma, por la promoción de intereses comunes.

Uno de los mayores problemas que suscita la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales es determinar la extensión de los efectos de la sentencia que resuelve las pretensiones de tutela de los mismos. Ante la ausencia de una norma especial, la doctrina venía considerando necesario extender la eficacia de la sentencia respecto de toda la colectividad interesada, aunque algunos de los individuos afectados hubieran estado apartados del proceso supraindividual en que ella se dictó. Al momento de determinar los efectos de esta sentencia la doctrina se dividió, ya que, por una parte, se indicó que el principio de defensa de los individuos que no habían intervenido en el proceso inducía a excluirlos de los efectos preclusivos de la sentencia denegatoria, pero la sentencia que acogiera la demanda valdría para todos los miembros de la colectividad, de manera que se atribuyó a la sentencia una eficacia *secundum eventum litis* (la que acoja la demanda valdrá para todos los miembros, mientras que la que la desestime sólo tendrá eficacia "inter partes"). Por lo tanto, se establece la eficacia de la sentencia dependiendo del resultado de la misma, lo que no parece muy racional si se piensa que impondría una carga excesiva sobre la contraparte al no ser oponible a terceros la sentencia desestimatoria, porque tendría que defenderse en juicio un número ilimitado de veces, siempre por lo mismo y sin poder oponer nunca la eficacia de la sentencia en los procesos que se inicien.

En el derecho comparado, la posibilidad de extender los efectos *secundum eventum litis* ha sido rechazada por la doctrina que promueve la existencia de un *ideological plaintiff*, es decir, un representante adecuado que lucha de forma correcta y tenaz por los intereses del grupo.

Entre nosotros, el artículo 54 de la Ley de Protección del Consumidor se ha encargado de regular los efectos de la sentencia definitiva dictada en un proceso de este tipo, expresando que "la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes...", lo que implica que nuestro legislador ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso.

Los efectos de la sentencia dictada en estas circunstancias afectan a los sujetos que no han intervenido cuando en todos los supuestos en que su contenido se extiende a una pluralidad indeterminada de perjudicados. Se trata de lo que se conoce como condenas abiertas. El precepto citado de la Ley de Protección del Consumidor tiene como objeto fundamental regular los efectos que se derivan de esta clase de procedimientos, ya que lejos de configurar un supuesto especial de extensión de cosa juzgada a terceros, lo que hace es regular las consecuencias que esta situación produce en relación con una categoría especial de sujetos propia de estos procesos, las partes ausentes, tal como las ha denominado la doctrina.

Con ello se pretende "articular los medios a través de los cuales puedan verse beneficiados por la sentencia quienes no han tenido oportunidad de intervenir en el proceso en la cual ésta haya sido dictada, habilitando, cuando resulte difícil su determinación individual, un incidente a fin de que puedan comparecer todos aquellos que se encuentren en la misma situación resuelta en la sentencia. Así pues, estas reglas son aplicables sólo a aquellos casos en los que la sentencia provenga del ejercicio de acciones para las cuales están legitimadas las asociaciones cuando actúen en defensa de los intereses generales de los consumidores y siempre que la sentencia haya sido favorable a las mismas, esto es, *secundum eventum litis*".

El análisis de estas cuestiones debe partir de la necesaria confluencia de varios intereses en juego. Por un lado, la necesidad de salvaguarda de los derechos e intereses de afectados que no han estado en el proceso colectivo, y respecto de los cuales no ha habido contradicción ni audiencia, a pesar de que la ley arbitra mecanismos e instrumentos para ello, como la intervención, la acumulación de procesos o la integración del título ejecutivo para posteriores beneficiados.

Por otro lado, la tutela y la seguridad jurídica del demandado frente al riesgo de nuevos procesos, con pretensiones similares, idénticas o conexas, que han podido tener un tratamiento unitario en ese proceso, en el que se ha dictado una sentencia desestimatoria o bien se ha dictado una sentencia de condena y ha transcurrido ya el plazo de caducidad de la acción ejecutiva, aplicable no sólo a los consumidores presentes en el pleito, sino también a los beneficiados posteriores.

Entendemos que es proporcionada la solución de extensión de la cosa juzgada a todos los afectados, independientemente del contenido favorable o no de la sentencia, desde el punto de vista de los intereses del demandado empresario, productor o comerciante, y sobre todo, como puede suceder en muchos casos, desde el punto de vista de la necesaria continuidad de su actividad empresarial, de la que también dependen intereses económicos que afectan a una pluralidad de trabajadores, de

manera que una cadena interminable de demandas y procesos puede implicar el fin de una actividad empresarial, efecto negativo que no puede obviarse sin más.

Pero también hay que ponderar evidentemente el derecho de contradicción, audiencia y defensa de los que han permanecido ausentes del proceso, en orden a determinar la posibilidad de que se les excluyera de esa eficacia preclusiva de la sentencia desestimatoria. Al respecto, la doctrina se ha venido manteniendo dividida en torno a la prevalencia de esta dualidad de intereses. Así, por un lado, puede mantenerse que esa afección de la sentencia respecto de perjudicados que no han participado se limite a los supuestos de sentencia condenatoria, pero se excluye cuando la sentencia sea desestimatoria o contraria a sus intereses. Es decir, en aras del derecho de defensa y audiencia de los ausentes se trata de excluir a éstos de los posibles efectos preclusivos de una sentencia denegatoria o desestimatoria, no afectando el efecto excluyente de un nuevo proceso a los no litigantes y de incluirlos respecto de la sentencia condenatoria.

Evidentemente, esta eficacia *secundum eventum litis* hacer recaer todo el peso del tratamiento unitario de este tipo de conflictos colectivos sobre el demandado, que nunca podría oponer la excepción de cosa juzgada a sucesivos demandantes por los mismos hechos.

En contra, se ha entendido igualmente que la procedencia de la extensión de los efectos de la cosa juzgada a perjudicados ausentes, independientemente del contenido de la sentencia, se debe hacer depender, por un lado, del suficiente grado de representatividad del representante del grupo, y por otro de la articulación de instrumentos y mecanismos que garanticen la posibilidad de intervención, audiencia y contradicción de los perjudicados inicialmente ausentes o no localizados. Esta es la solución por la que se opta en las *damage class actions* estadounidenses, ante la posible indeterminación subjetiva de los perjudicados o miembros de la clase. En estos casos no se admite la posibilidad de entablar acciones individuales posteriores a los afectados que no han estado en el proceso. En estas acciones se contempla la posibilidad de que afectados concretos se hayan autoexcluido expresamente a través de una reserva de acción (*op-out* o *self exclusion*).

La autoexclusión implica la desvinculación con la sentencia posterior, es decir, por un lado, la posibilidad de demandar si la sentencia es desestimatoria y, por otro, si la sentencia es favorable a la clase, también habría posibilidad de demandar, teniendo en cuenta que se limita mucho la eficacia de la cosa juzgada sobre la clase. Es decir, el perjudicado excluido no podrá invocar, basado en la sentencia previa de condena, lo que configura un impedimento colateral (*collateral stoppel*), o prohibición de

juzgar nuevamente, o preclusión de la discusión sobre el asunto, o sobre cuestiones de hecho comunes a su pretensión y resueltas, de manera que respecto del autoexcluido que inicia un juicio posterior no existe una exclusión de pretensión como consecuencia de la cosa juzgada, ni una prohibición de juzgar nuevamente cuestiones fácticas comunes con las ya debatidas respecto de la clase.

Hay otro punto: ¿qué sucede si la conducta no es constitutiva de competencia desleal?, ¿puede producir efectos *erga omnes* la sentencia o habilita a cualquier otro legitimado a iniciar una acción?

La Ley tiene un punto a favor que no tiene por ejemplo, la Ley de Protección del Consumidor: la legitimación individual para la defensa de esta clase de intereses. En la legislación especial citada sólo se prevé su defensa de modo colectivo, pero aquí se reconoce la legitimación individual a más de la colectiva, lo que facilita las cosas.