

621
reg.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR

LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARTIN MOGUEL GLORIA

México, 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE GENERAL

Página

CAPITULO PRIMERO

LA COMPETENCIA

1. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA	1
2. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA	9
3. LA LIBERTAD DE COMERCIO	12
4. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMERCIO	16

CAPITULO SEGUNDO

LA COMPETENCIA ILICITA

1. CONCEPTO	20
2. CLASIFICACION	23
a) COMPETENCIA PROHIBIDA	24
A) COMPETENCIA PROHIBIDA LEGAL	24
A. PROHIBICIONES EN DERECHO MERCANTIL	25
1) INCOMPATIBILIDADES	26
2) PROHIBICIONES	26
B. PROHIBICION EN MATERIA PENAL	29
C. PROHIBICION EN MATERIA LABORAL	29
B) COMPETENCIA PROHIBIDA CONVENCIONAL	30
A. CONVENCIONES RELATIVAS A LA VENTA DE EMPRESAS	30
B. CONVENCIONES DE EXCLUSIVA	33
C. PRACTICAS COLUSORIAS	36
b) COMPETENCIA DESLEAL	40
A. CONCEPTOS GENERALES	40

B. FUENTES FORMALES DE REPRESION A LA COMPETENCIA DESLEAL	46
C. ELEMENTOS DE LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL	60
1. EL COMERCIANTE O INDUSTRIAL	60
2. EL MERCADO	60
3. QUE EL ACTO SEA CONTRARIO A LOS USOS HONESTOS O A LAS BUENAS COSTUMBRES	61
4. AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL ACTO	61
5. LA POTENCIALIDAD DE CAUSAR UN DAÑO	63
D. CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	64

CAPITULO TERCERO

TEORIAS SOBRE EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO EN LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. PROTECCION DE LA CLIENTELA, A TRAVES DEL AVIAMIENTO O DE LA HACIENDA COMERCIAL	70
2. TEORIA DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD	73
3. TEORIA DE LA LEALTAD DE CONCURRENCIA	76
4. TEORIA DEL ABUSO EL DERECHO	78
5. TEORIA DE LOS USOS Y LAS BUENAS COSTUMBRES	79

CAPITULO CUARTO

ACCIONES PARA REPRIMIR LA COMPETENCIA DESLEAL

1. ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL	84
2. ACCIONES DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL	86

CONCLUSIONES	93
BIBLIOHEMEROGRAFIA	96

CAPITULO PRIMERO

LA COMPETENCIA

1. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA

La presente tesis tiene como objeto el estudio de la represión de la competencia desleal, disciplina que presupone, por lógica, la existencia de libre competencia; es por ello, que en primer término nos ocuparemos del concepto de competencia, para posteriormente entrar en el estudio de la disciplina de la represión contra la competencia desleal.

Hablar de competencia es referirse a un sistema económico determinado, ya que "la competencia es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario y, en consecuencia, es la base del sistema capitalista..."¹; sistema "que por

¹ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil* (Séptima Edición, revisada con la colaboración de Alberto Encovitz; México: Editorial Porrúa, 1979), p. 225.

ende, respeta varios principios; la propiedad privada de los medios de producción, la libre circulación e inversión del capital; el lucro económico...², principios estos connaturales a la libertad económica e iniciativa del empresario, que en su conjunto operan en el mercado de libre competencia y dan como consecuencia la posibilidad de que el empresario elija los medios de producción, que fije los precios de sus productos y da la posibilidad del intercambio libre de bienes y servicios, etc. Pero esta competencia no se da en los países que predicán el sistema socialista, en donde aquella libertad económica e iniciativa del empresario y los principios que conlleva no existen, siendo el intervencionismo del Gobierno quien controla los medios de producción, fija los precios, etc. Aún cuando existe el comercio, como intercambio de bienes y servicios, no por ello se puede afirmar que existe libertad de competencia. Es importante resaltar que los múltiples cambios económicos y políticos que ha vivido el mundo en estas dos últimas décadas, así como la constante integración económica de los países del mundo, para que pueda predicarse la competencia, es necesario que los principios de libertad económica e iniciativa del empresario queden plasmados en las Constituciones de aquellos países, cuyo cambio de modelo económico se está gestando.

Mas esta libertad económica y libertad concedida a los particulares para iniciar cualquier actividad económica no es absoluta e ilimitada, sino por el contrario, están sujetas a las normas legales establecidas en el Estado de derecho. "La tutela de la libertad de competencia, no se refiere al establecimiento de unas ilícitas condiciones de libertad y de absoluta y universal igualdad, superadas por la *naturaleza de las cosas* y por la estructura de la economía moderna ... (por el contrario) debemos entender la tendencia, dirigida a *prevenir*, y, en su caso, a *reprimir* y a *sancionar los abusos que constituyen los obstáculos*

² Manuel Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil (Segunda Edición; Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1974), p. 118.

artificiales voluntariamente creados por los empresarios [conaturales al normal funcionamiento de la economía] que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable o imperfecta en el mercado."³

Las consideraciones antes expuestas, son de índole económica más que jurídica, por lo que la competencia, para fines del presente estudio, debe verse desde un punto de vista jurídico y no económico, o como afirma Garrigues "la competencia es un fenómeno jurídico, aunque con móviles económicos..."⁴ Por lo tanto, es necesario desentrañar el elemento constitutivo de la libertad de competencia.

Para Manuel Broseta Pont "la libertad de competencia presupone necesariamente la presencia de tres requisitos: dos libertades y una igualdad. En primer lugar, *la libertad de iniciativa*, o de acceso a la actividad económica. En segundo lugar, *libertad para determinar las circunstancias y el modo*, o forma de su actividad (calidad, modelos, cantidad, producción, etc.) Finalmente, es esencial la igualdad de los competidores ante la Ley. Por ello, cuando de modo absoluto se rompen estos presupuestos constitutivos, puede pensarse que no existe libertad de competencia."⁵ Nosotros pensamos que si bien es cierto, que el elemento constitutivo de la libertad de competencia es la libertad de iniciativa, como un derecho del comerciante para iniciar cualquier actividad económica lícita, necesariamente

³ *Ibid.*, p. 121. Este autor clasifica a los obstáculos en naturales o conaturales al mercado que surgen del propio mercado, y son condiciones naturales en la economía moderna, como la necesidad de disponer de grandes sumas de capital para desarrollar ciertas actividades; y, los artificiales o patológicos, que son creados o impuestos voluntariamente por los propios competidores para eliminar, falsear, limitar o restringir entre ellos la competencia imperfecta o practicable, está última que se contraponen a la idílica, que es la teoría de "la mano invisible" postulada por Adam Smith. p. 120 y ss.

⁴ Garrigues, *op. cit.*, p. 223.

⁵ Broseta, *op. cit.*, p. 120.

implica la "libertad para determinar las circunstancias y el modo", ya que el acceso a la actividad económica presupone que el comerciante ha elegido su actividad, el modo y circunstancias con los cuales tendrá acceso en el mercado; por lo que no estamos de acuerdo en la distinción que hace el autor en cuanto a esas dos libertades. La igualdad de los competidores ante la ley no es presupuesto de la libertad de competencia, es precisamente la libertad de competencia; "Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad de los competidores ante el Derecho."⁶

Estamos de acuerdo con Jorge Barrera Graf, que distingue claramente la iniciativa del empresario, que consideramos como presupuesto de la libre competencia, y el concepto de ésta, al establecer que: "La empresa capitalista... se desarrolla... en un sistema de *libre empresa* y de *libre competencia*, el cual supone, por un lado, el reconocimiento y la protección de la iniciativa individual en el ejercicio de la actividad comercial, y por otro lado, la concesión por el derecho y por el Estado, de un trato igual, de una idéntica oportunidad a todos los hombres para concurrir al mercado, para atraer la clientela y para imponerse a los competidores."⁷ De lo antes expuesto, concluimos que para que exista libertad de competencia su presupuesto sine que non, es la facultad concedida por el Estado para que cualquier persona inicie una actividad económica lícita que elija.

Pasemos ahora, a citar algunas definiciones que se han formulado en cuanto a la competencia.

⁶ Garrigues, *op. cit.*, p. 225.

⁷ Jorge Barrera Graf, Treatado de Derecho Mercantil. Generalidades y Derecho Industrial (México: Editorial Porrúa, S.A., 1957) Vol I. p. 595.

Joaquín Garrigues afirma que la "Competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia... en el deseo de conseguir una misma cosa; el uno aspira a alcanzar lo mismo que otro y al mismo tiempo que éste. Cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables. La base de la competencia es la libertad de actuación económica. Los empresarios han de decidir libremente respecto al precio, calidad y condiciones de los productos o servicios que ofrecen. Del mismo modo, los adquirentes han de tener libertad de elección respecto de cada uno de esos elementos."⁸ Pensamos que no es precisa la afirmación que hace dicho autor en el sentido de que cuando se persigue un objetivo económico se está dentro de la competencia mercantil, ya que no toda actividad económica es mercantil. Creemos que es mejor hablar de un objetivo lucrativo, ya que la intención del comerciante es el obtener una utilidad.

Por su parte, Franceschelli define a la competencia como la "situación en la que se encuentran actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios (bienes o servicios) diferentes, la misma necesidad, y que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela."⁹ No estamos de acuerdo en que para que haya competencia, los empresarios se encuentren en una situación potencial, toda vez que para que exista ese conflicto de interés frente a la clientela, la actuación del empresario en el mercado debe ser actual, ya que de otra forma no se da el conflicto de intereses.

⁸ Garrigues, *op. cit.*, p. 225.

⁹ citado por Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 120.

Frisch y Mancebo afirman que la competencia "es la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa del ejercicio de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad de un sujeto de la actividad de otro..."¹⁰ Adelante precisan que dicho concepto "puede también resultar por causas distintas a las señaladas tales como la similitud de mercancías y clientela; así por ejemplo, en el caso de que dos industriales requieran la misma materia prima para elaborar los productos, se da una relación de competencia que puede afectar a cualquiera de ellos,"¹¹ que llaman como el concepto relativo a situaciones singulares.

Manuel Broseta Pont, mas que definir la competencia da un concepto de libre competencia al establecer que: "el principio de libertad de competencia significa que el ordenamiento jurídico reconoce que cualquier sujeto puede iniciar una actividad, es sin duda porque quien inicia la explotación de una actividad profesional *ejercita un derecho* que le es reconocido por el ordenamiento positivo."¹²

Para Humberto Briseño Sierra: "La libertad, jurídicamente considerada es la posibilidad (nunca el derecho, porque éste es el resultado y no la causa de comerciar) de crear o

¹⁰ Walter Frisch, Philipp y Gerardo Mancebo Muriel, La Competencia Desleal (Primera Edición; México: Editorial Trillas, S.A., 1975) pp. 21 y 22.

¹¹ *Loc. cit.*

¹² Broseta, *op. cit.*, p. 128.

constituir las relaciones individuales de enajenación, gravamen o prestación de bienes o servicios, con ánimo de lucro y conciencia del riesgo implicado en cada operación... la competencia legalmente regulada prevé, lo mismo la naturaleza de los actos mercantiles que las condiciones de su realización".¹³

De las anteriores definiciones, destacamos los elementos que tienen en común, para que se pueda hablar de competencia. En primer término, como sujetos de la relación de competencia están los empresarios, que son todas aquellas personas físicas o morales que inician una actividad económica con fines de lucro, cuyo reconocimiento está plasmado en el artículo 3° del Código de Comercio, que reputa en derecho comerciantes, a las personas físicas o morales que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; el segundo elemento, necesario en la competencia, es la oferta que hacen los empresarios o comerciantes de sus bienes o servicios capaces de satisfacer necesidades; y, por último, el tercer elemento, está conformado por el público consumidor, que es el que demanda los bienes o la prestación de servicios. Estos elementos se relacionan entre sí en el mercado, formando la competencia, y esta se da cuando en un mismo tiempo y espacio los comerciantes o empresarios en el mercado quieren satisfacer las necesidades del público consumidor.

Ahora bien, pasemos al estudio de la garantía de libertad de competencia que establece nuestra Constitución en sus artículos 5° y 28, que reconocen la libertad de iniciativa y la libertad de competencia, respectivamente. El primero establece: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode,

¹³ Humberto Briseno Sierra, "Competencia Desleal.- Libertad de Comercio, Competencia Desleal y las Cámaras de Comercio", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXVIII, No. III, sept-dic (1978) p. 658.

siendo lícitos"; el segundo dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas...: acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un sólo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado... Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se

concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora."

De la interpretación de los artículos antes citados, nuestro derecho otorga a las personas el derecho de iniciar cualquier actividad económica, siendo lícita, cuyo único límite impuesto a los empresarios, como veremos a continuación, en relación a la libertad de competencia, se encuentra en la constitución o formación de monopolios. Nuestro Derecho no admite en forma alguna la iniciativa de los empresarios y por ende, la libertad de competencia no existe cuando la actividad recae en funciones que el Estado ejerce de manera exclusiva en las áreas estratégicas, la prohibición es absoluta. Tampoco existe libre concurrencia, cuando estamos en presencia de actividades ilícitas, en donde el Estado no otorga derecho alguno para que los empresarios puedan iniciar una actividad de tal naturaleza, y por consiguiente, la competencia no existe jurídicamente. Estas actividades están señaladas básicamente en el Código Penal, como puede ser el tráfico de estupefacientes, el trato de blancas, etc. La ilicitud que impide la formación de libre competencia es de origen, sin que se confunda esta ilicitud con otro tipo de ilicitudes, en donde el Estado reconoce la iniciativa de empresa que, sin embargo, en el ejercicio de esa actividad pueda el empresario incurrir en conductas ilícitas, como puede ser la omisión en el pago de impuestos, la usurpación de una marca, etc.. La ilicitud a que nos referimos primeramente, es en su causa, que impide la formación de libre competencia; la segunda, presupone ésta, y que, como veremos en los siguientes capítulos, por diversos motivos se incurre en ilicitud.

2. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA

Decíamos que el principio de libertad de competencia en México no existe cuando estamos en presencia de las áreas estratégicas que el Estado ejerce de manera exclusiva ni las actividades ilícitas en su origen, la limitación es *juris et de jure*. "Los monopolios de Estado ... tienen su fundamento en razones vinculadas al abastecimiento interno, a la promoción industrial, a la balanza de pagos, a la seguridad, a la salud pública y, en general, a cualquier motivo o circunstancia en que se encuentre interesado el orden o interés general del país que, en ejercicio de su soberanía, las disponga mediante normas y regulaciones legales."¹⁴ Desde luego, la ilicitud en su origen tiene como finalidad el correcto desarrollo tanto individual como social, razón por lo cual se prohíbe la competencia.

Fuera de estas dos limitantes que niegan la libre competencia, la competencia es irrestricta, sin límite legal alguno. Ahora bien, de las múltiples actividades del empresario, este puede incurrir en actividades monopólicas, que si bien no están prohibidas *per se*, pueden originar dos situaciones restrictivas: la primera, que el Estado otorgue un derecho al empresario para explotar la situación monopólica, esto acontece cuando se otorgan privilegios a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorgan a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, estamos en el campo de las patentes, marcas, derechos de autor, etc; y, la segunda, que el Estado intervenga para impedir la continuación de la situación monopólica del empresario, esto acontece cuando se tiende al acaparamiento de productos básicos, al alza de precio, etc, es decir, es la materia que da sustento a la Ley Antimonopólica en México. Sin embargo, cabe hacer mención que "la legislación mexicana se inspira en el principio de la máxima libertad en el ejercicio del comercio, en cumplimiento de lo perzeptuado en el artículo 28 Constitucional (prohibición de

¹⁴ Pedro Fernández Lalanne, *Prácticas Restrictivas de Comercio, Competencia Desleal y "Dumping" en la Integración Económica Centroamericana*, "Revista Jurídica Latinoamericana, Derecho de la Integración", Vol. VIII, No. 20 (1976), pp.48 y 49.

monopolios). Pero, la regulación dada a este artículo en disposiciones complementarias, ha invertido radicalmente las características del mismo, de tal modo que lo que parecía una disposición de tipo no intervencionista, ha venido a servir de engarce a una legislación intervencionista, en el orden económico. La ley orgánica del artículo 28 constitucional, al través de la prohibición de monopolios, autoriza al Estado para que fije los precios máximos de determinados artículos, o las cuotas de prestación de determinados principios, para que imponga la obligación de venta de las existencias de artículos de servicios necesarios teniendo en cuenta las condiciones de las empresas y para que promueva y estimule el establecimiento de explotaciones de industrias similares..."¹⁵ "... el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a 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... En un caso se quiere asegurar el respeto a la competencia misma. En el otro se quiere asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia."¹⁶ En el presente capítulo hablamos del primer tipo de normas, más adelante hablaremos sobre el segundo tipo de normas a que hace mención dicho autor, que analizamos como restricciones al comercio.

La distinción anterior nos será útil para nuestra disciplina, ya que en el caso de que estemos en presencia de actividades reservadas para el Estado y de las actividades ilícitas en su origen, no podremos hablar en forma alguna de competencia y menos aún de normas reguladoras de la represión contra la competencia desleal. En el segundo caso, si es

¹⁵ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil* (Segunda Edición; México: Editorial Porrúa, S.A., 1952) Tomo I, pp. 439 y 440.

¹⁶ Pedro Fernández Lalanne, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

aplicable la disciplina de la represión contra la competencia desleal.

3. LA LIBERTAD DE COMERCIO

Decíamos que la libertad de competencia es un signo característico del sistema capitalista, aclarando que no necesariamente para que exista el comercio es necesario que exista la libre competencia, ya que los sistemas donde los medios de producción, precios, etc. son controlados por el Estado, el intercambio de bienes y la prestación de servicios se dan en el comercio.

Una vez estudiado la libertad de competencia, pasemos al estudio donde ésta se predica, que es en el comercio.

La libertad de comercio no es una libertad absoluta que permita al empresario usar todos los medios a su alcance para lograr sus objetivos. "La libertad de comercio... no es una facultad irrestricta, un privilegio absoluto o una libertad natural que permita al empresario acudir a todos los medios de lucha con sus competidores para imponerse a ellos, dominar el mercado y manejar a su antojo a la clientela. Es por el contrario, una libertad jurídica, o sea, una facultad ordenada a ciertas finalidades, limitada por el respeto que debe darse a los derechos de tercero y restringida en cuanto suponga un abuso que pueda ocasionar daño a la colectividad... La libre competencia ... está restringida por principios de orden público que imponen, tanto la protección de los consumidores como de las mismas empresas competidoras...dichas dos prohibiciones, en definitiva, protegen la competencia, ya que

tanto las maniobras y los procedimientos francamente monopolistas, como los actos de concurrencia ilícita o desleal, se practican por el empresario con el fin de adueñarse del mercado y desplazar al concurrente, con lo que se logra evitar o anular la competencia."¹⁷

Referirse al concepto de libertad de comercio, implica la sujeción de esa actividad en el campo del derecho, "... la libertad... desde el punto de vista jurídico no significa sino la previsión normativa... El derecho mira directamente a las conductas. Su campo de realización es cabalmente el actuar de los individuos... El comercio, como una expresión más del conducirse dentro de la sociedad, no es concebible sin el derecho, y ello implica una regulación que a la vez que estructura el contenido de su relación interna da los límites o alcances de la restricción normativa... El comercio definido por la ley [pública o estatal] como la actividad de intermediación en el fenómeno de la producción y el consumo con ánimo de lucro, es una actividad enteramente regulada. Ese fenómeno de traslado, conservación distribución y expendio o dotación de bienes y servicios está contemplado por la ley, como un conjunto de actividades que han de delimitarse para hacer factible su práctica, la conservación de su profesionalidad. De ahí que el comercio venga a ser una actividad legal, una ocupación reglamentada tanto en lo que mira a su contenido como en lo que atañe a su extensión... la pregunta acerca de la libertad de comercio ha de ser respondida en dos sentidos: en cuanto al contenido y respecto a sus límites... La libertad de comercio se refiere a la posibilidad jurídica de efectuar la intermediación lucrativa. Ni toda operación económica está permitida, ni el comerciante puede extralimitar su intervención... con los términos libertad de comercio, no se alude a una incierta posibilidad de participación en la circulación de los bienes y servicios, sino a la efectiva participación profesional en la totalidad del campo mercantil..."¹⁸; por lo tanto, el comercio es una actividad regulada y

¹⁷ Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p.393.

¹⁸ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.* pp. 626 y ss.

protegida por el derecho.

Abundando en el tema, "La competencia está en razón directa de la libertad profesional y decrece en la proporción en que se reduce el campo económicamente especulativo... la competencia exige equidad o sea, igualdad de posibilidades legales. Es obvio que la tecnología, las oportunidades de mercado, las eventualidades subjetivas y demás factores contingentes determinan una desigualdad de recursos y medios útiles para cada empresa, pero al existir la misma apertura normativa para todos los interesados en la profesión comercial, la competencia legal ha quedado propiciada... El principio o directriz que caracterizan a la competencia legítima, se concreta en la igualdad de tratamiento normativo. Naturalmente, la libre competencia trasciende la idea de competencia legítima, porque se limita al tratamiento equitativo, mientras que la primera alude al círculo de bienes y servicios susceptibles de comercialización." ¹⁹ Nosotros definimos a la primera como libertad de comercio y el tratamiento equitativo como libre competencia. "Por tanto, reconocida la libertad jurídica como la no sujeción normativa, la irrestricción de la conducta humana, se sigue inmediatamente la libertad de comercio como la posibilidad jurídica de intervenir en la competencia del mercado. De ahí se continúa hacia la competencia legítima que ofrece una regulación equitativa para los miembros de la profesión mercantil ... Si de acuerdo con el régimen jurídico existente, cualquier individuo puede realizar alguna, varias o todas las actividades consideradas antes, se estará en libertad de comercio, siempre que, además, los bienes y objetos requeridos para el cumplimiento del ciclo económico, también se encuentren a disposición de los sujetos... Se infiere de ello que la libertad total de comercio, supone la posibilidad jurídica de operar en todas y cada una de las relaciones señaladas y con todos y cada uno de los objetos utilizados en la circulación económica de los bienes... La competencia legal, ... (es) la igualdad de posibilidades jurídicas para ejercer la profesión

¹⁹ Loc. Cit.

mercantil."20

La libertad de comercio tiene como supuesto, la libertad de competencia, es decir, la iniciativa del individuo de emprender cualquier actividad económica con un reconocimiento del derecho de igualdad frente a los demás sujetos que inicien una actividad igual o similar. Esta iniciativa se refleja en el tráfico jurídico, es decir, esa posibilidad de competir se da en el comercio, en el mercado, siendo la libertad de comercio las normas de derecho que fijan los causes legales dentro de los cuales es admisible la competencia, es decir, dictando normas que permitan que la competencia se desarrolle; con las dos únicas limitantes en términos de la Constitución en el sentido de que no se ataquen los derechos de tercero, o no se ofendan los derechos de la sociedad.

Nuestra Constitución en su artículo 5º consagra la libertad de comercio al establecer que: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad."

Jorge Barrera Graf comenta que: "El problema de fijar los límites de la concurrencia, es, en México de delicada solución, atento a lo dispuesto en los artículos 4º, 5º y 28 constitucionales. Estos artículos, aparentemente, conceden una libertad para el ejercicio del comercio, sólo restringida por la constitución de monopolios que la Carta Magna prohíbe. El

20 *Loc. cit.*

párrafo 4º (actualmente el 6º párrafo) del artículo 5º, sobre todo, parece prohibir la validez de cualquier pacto que restrinja la competencia, al decir que: "Tampoco puede limitarse convenio en que el hombre ... renuncie temporal o parcialmente a ejercer determinada profesión, industria o comercio". La interpretación lógica y jurídica de la norma, así como el estudio de sus antecedentes en el Congreso Constituyente de Querétaro, nos llevó a la convicción de que lo que el párrafo transcrito contiene, es una garantía individual, y, en consecuencia, lo que prohíbe es que las limitaciones al ejercicio del comercio constituyan un ataque a la libertad jurídica del hombre; pero que de ninguna manera ampara el ejercicio de actividades ilícitas, ni impide los pactos y convenios de limitación a la competencia, cuando ellos no se hagan con propósito de monopolio. Sin embargo, en contra de la anterior interpretación puede darse otra, que llevaría a soluciones opuestas. Lo que el párrafo 4º del artículo 5º contendría, de acuerdo con este segundo criterio, sería un principio del más puro liberalismo. No cabe acudir, en contra de esta postura, que el Constituyente del 17 formuló un ordenamiento más apegado a las doctrinas de tipo socialista que a la tendencia liberal, como lo prueban el artículo 27 y, sobre todo, el 123, porque, si esto es cierto, también es cierto que el elenco de las garantías de los primeros artículos de nuestra Carta Magna, claramente indica la adopción de la doctrina liberal individualista, que ciertamente prevaleció en México, por lo menos, durante los primeros años de este siglo.²¹

4. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMERCIO

Jorge Barrera Graf, nos dice que: "Las restricciones de orden público a la libertad de comercio... están reconocidas expresamente en el ... artículo 5º constitucional. Consisten los "ataques a los derechos de tercero" en las maniobras desteales dirigidas contra el

²¹ Jorge Barrera Graf, Estudios de Derecho Mercantil, Bancario e Industrial, (México: Editorial Porrúa, S.A., 1968), p. 282.

competidor y existe ofensa a los derechos de la sociedad cada vez que se intenta o que se logra constituir una situación de monopolio que redunde en perjuicio del público consumidor."²² Estas dos limitantes al libre ejercicio del comercio, resultan verdaderas prohibiciones. Sin embargo la Corte ha interpretado en forma mas amplia la ofensa de la sociedad al establecer la siguiente ejecutoria: "COMERCIO. LIBERTAD DE, LA CONSTITUCION AUTORIZA SU RESTRICCION EN BENEFICIO DE LA COLECTIVIDAD. La libertad de comercio contenida en el artículo 4° (ahora 5°) de la Constitución y la prohibición de monopolios, relacionada con ésta, comprendida en el Art. 28, tienen por objeto regular el comercio en función de la sociedad en que se practica, para beneficio de toda la colectividad, y no únicamente de los comerciantes en perjuicio de aquélla. De esta manera, nuestra máxima Ley, entiende la libertad de comercio en función de la sociedad pues autoriza que se limite en beneficio de la colectividad, y así, cuando ésta se pueda perjudicar con su uso indebido, la misma debe restringirse hasta que cese el perjuicio, y la restricción puede realizarse no únicamente prohibiendo monopolios, sino de cualquier forma."²³

Los límites a la libertad de comercio tienen su fundamento en "propósitos de política económica... disciplinar la iniciativa privada, para que resulte conforme a los superiores intereses nacionales... el legislador ... que con fines de policía y control [empresas bancarias, de seguros y de fianzas], de salubridad [industria de la alimentación, productos medicinales], por razones de soberanía [empresas de comunicación, industria, minera, etc.], de protección al patrimonio nacional [industria forestal, pesquera, etc.] establece una serie de condiciones para el ejercicio de las actividades industriales, comerciales y económicas en

²² Jorge Barrera Graf, *Tratado*, op. cit., pp. 393 y 396.

²³ *Tesis: Séptima Época, Primera Parte: Vol. 54, Pág. 54. A.R. 2990/56. Manuel Pesa. Unanimidad de 17 votos.*

general. De todos estas limitaciones y reglamentaciones surgen diversas manifestaciones de lo lícito, en cuanto a la libertad de comercio e industria que consagra la Constitución.²⁴ Las restricciones al comercio vienen a regular las relaciones entre los empresarios, ya que si bien tienen la libertad de competir, el campo de la libertad de comercio está sujeto a las disposiciones que el orden público dicte para un mejor desarrollo en el mercado.

Humberto Briseño Sierra²⁵ establece tres formas de regulación de la competencia: la precisión del contenido de las relaciones comerciales; los límites de la comercialidad; y, las que llama condicionalidades. La primera está regulada y garantizada por el Régimen Estatal a través del derecho mercantil, que de un modo u otro establece el acto mercantil. Los límites pueden ser las restricciones a ciertos sujetos, como son al corredor, albacea, etc; también hay limitación al comercio con los bienes llamados sacros, el patrimonio familiar, los ejidos, bienes del dominio público, en fin "según la ideología de cada régimen político, se podrán descubrir restricciones en cuanto a los bienes a los servicios ... baste al caso recordar que el trabajo ... se ha excluido del comercio."²⁶ Las reglas condicionantes se refieren a las normas que establecen tiempo, lugar, forma y las modalidades de los actos, como lo son el horario, ciertos actos requieren escritura pública, requisitos de distancia, uso de suelo, etc. Asimismo, entran las modalidades, permisos, licencias, concesiones, etc. De lo anterior se desprende que dependiendo de la actividad a iniciar, la regulación normativa es múltiple y muy variada, que precisamente le da cauce a la libertad de comercio. Nuestra Constitución no prohíbe la reglamentación en el ejercicio del comercio, únicamente lo prohíbe, como decíamos anteriormente, cuando se ataque derechos de tercero o cuando se

²⁴ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, pp. 439 y 440.

²⁵ *op. cit.*, pp. 633 y ss.

²⁶ *Loc. cit.*

ofendan los derechos de la sociedad.

CAPITULO SEGUNDO

LA COMPETENCIA ILICITA

1. CONCEPTO

En el capítulo anterior veíamos que la competencia ilícita está prohibida por nuestra Constitución en términos de los artículos 5° y 28 constitucionales; asimismo, afirmamos que hay que diferenciar cuando la competencia está prohibida por que es ilícita, como es el caso del "comercio" de estupefacientes, de la que hablaremos en el presente capítulo, que parte de la base de que la competencia sí está reconocida; sin embargo, por diferentes causas puede ser ilícita, como veremos a continuación.

Aún cuando no es materia del presente trabajo hacer un estudio del término ilícito, es conveniente precisar el concepto en términos generales. Dice Burgoa, al comentar la palabra ilícito contenida en el artículo 5° constitucional que: "La ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres o a las

normas de orden público. En el primer caso, la ilicitud tiene un contenido inmoral, esto es, se refiere a una contraposición con la moralidad social que en un tiempo y espacio determinados exista; en el segundo caso, la ilicitud se ostenta como una disconformidad, como una inadecuación entre un hecho o un objeto y una ley de orden público.²⁷ En contra de esta postura están Frisch y Mancebo al establecer: "... la ilicitud de referencia en el artículo 4º (ahora 5º), se entienda en el sentido de una contravención a normas legales, a las normas reglamentarias y a las buenas costumbres. La limitación a las buenas costumbres y a las normas de orden público nos parece demasiado estrecha, máxime que el orden público se integra sólo por normas y principios fundamentales que forman la base de los conceptos políticos, sociales, económicos y éticos dominantes en determinado país... Si nos limitáramos a las buenas costumbres y a las normas de orden público, la primera excepción carecería de base suficiente debido a que en tal caso no se permitiría que el legislador ordinario califique la actividad empresarial de ilícita si ésta no contraviniera al orden público"²⁸. No estamos de acuerdo con esta última opinión, ya que si bien es cierto que dicho concepto de lo ilícito definido por Burgoa, es en términos generales el ilícito civil y el régimen de la competencia desleal rebasa dicho concepto, nos parece que los autores confunden las normas constitucionales con las de orden público, el hecho de que sean normas de orden público no impide que el legislador ordinario pueda dictar normas de tal carácter. Basta recordar que el artículo 6º del Código Civil establece que las normas de orden público son aquellas que no pueden ser renunciadas por los particulares, y no "el orden público se integra sólo por normas y principios fundamentales que forman la base de los conceptos políticos, sociales, económicos y éticos dominantes en determinado país", ya que revisten ese carácter precisamente las normas de índole constitucional.²⁹ Sin embargo,

²⁷ Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, (Decimouevena Edición; México: Editorial Porrúa, S.A., 1985), p. 312.

²⁸ Walter Frisch Philipp y Gerardo Mancebo Muriel, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

²⁹ *cf.* Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, (Trigésima Segunda Edición; México: Editorial Porrúa, S.A., 1980), pp. 80 y ss.

pensamos que dicho concepto de ilícito civil no es suficiente para el estudio de nuestra disciplina, ya que si bien es cierto que las normas de orden público se encuentran en diferentes disposiciones legislativas, éstas se circunscriben únicamente al derecho positivo, dejando fuera los Principios Generales de Derecho, los convenios privados, las normas que aún cuando son renunciables por los particulares, éstos se someten a ellas, etc. Por lo que el término ilícito, para nuestro estudio, debe conformarse por cualquier contravención a las fuentes de derecho reconocidas por nuestro derecho positivo, como lo son las legislativas, las consuetudinarias, los Principios Generales de Derecho, la moral, las buenas costumbres. "En este sentido se entenderá por competencia ilícita toda la que en el ámbito de los negocios y actividades mercantiles se realice con infracción de cualquiera de las reglas, sean las que sean, que limiten de algún modo la libertad comercial."³⁰ La competencia ilícita, por tanto en sentido general, contraviene las disposiciones de orden público, las buenas costumbres, los Principios Generales del Derecho, los pactos entre los comerciantes, y en general, la violación a un deber de hacer o de no hacer, sea por disposición de la Ley o por pacto entre particulares, aclarando que "... el concepto del acto ilícito... y del delito civil es insuficiente para reprimir todas las variadísimas formas de competencia desleal. El elemento inexcusable de la injuria (quod non jure fit) es difícil de encontrar cuando el concurrente no infringe ningún precepto positivo, ni dirige su acción contra una determinada persona o empresa."³¹ "Existen otras conductas cuya naturaleza contraria a los usos honrados del comercio no es suficientemente clara, muchas veces es discutible y, por tanto, su carácter desleal está sujeto a comprobación, pues la ley no las prohíbe expresamente. Estos casos son los que, sin poder calificar a priori de ilícitos, deben considerarse de competencia desleal."³²

³⁰ Ignacio Casco y Romero (Director), Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. A-F. (1950) p. 1017.

³¹ Joaquín Garrigues. *op. cit.*, p. 240.

³² Arturo Díaz Bravo, "Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal". Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística. No. 7 (1966) p. 31.

2. CLASIFICACION

La competencia ilícita en el sentido genérico a que nos referimos anteriormente, tiene dos especies: la primera, conformada por la competencia prohibida; la segunda, es la competencia desleal.

"Competencia prohibida, la consistente en la infracción, bien de reglas contractuales, como el <pacto de no concurrencia> frecuentemente celebrado entre comerciantes e industriales, individuales o colectivos, bien de determinadas prohibiciones extracontractuales de concurrencia establecidas por la ley en ciertos casos concretos y en relación con algunas personas o empresas... Competencia desleal, la que una persona o empresa practica contra otra y otras, no con infracción de ninguna prohibición contractual o legal expresa, sino con abuso de la libertad de competencia de que gozan"³³, o con mayor precisión, "la actuación competitiva se realiza utilizando medios repudiados por la ética profesional por considerarlos desleales"³⁴ La ilicitud en la competencia desleal depende del punto de vista que sustenta cada autor, así se dice que contraviene los usos honestos en materia comercial, o las buenas costumbres, o bien se abusa del derecho, o va en detrimento del público consumidor, etc.

De la distinción anterior, aclaramos al lector que las limitaciones en este campo no son

³³ Ignacio Casco y Romero, *op. cit.*, p. 1017.

³⁴ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 237.

exactas, ya que en términos generales desleal puede ser la competencia prohibida, y a la inversa, sin querer decir con ésto, que toda competencia prohibida sea desleal. Cabe hacer también la aclaración que el régimen jurídico aplicables para unas y otras es diferente, siendo la competencia prohibida la que tiene sus sanciones muy particulares, "su finalidad resulta del contenido específico de las mismas, que pueden prohibir, por ejemplo, la realización de cualesquiera actos de competencia en cierto campo mercantil, sin que para la prohibición se considere relevante, si la competencia se sirvió de medios leales o desleales."³⁵ Sobre las sanciones por incurrir en competencia desleal, las estudiaremos en el último capítulo, sin embargo pensamos que las sanciones a la competencia prohibida pueden ampliarse a la luz de las normas de competencia desleal, que con el carácter de subsidiarias o mejor dicho, complementarias, puede llegar a reprimir una conducta lesiva al derecho del comerciante que, aplicando normas de la competencia prohibida puedan resultar insuficientes en el campo de la libertad de competencia.

a) COMPETENCIA PROHIBIDA

La competencia prohibida puede fundarse en un contrato (pacto de no concurrencia, pacto de exclusiva, etc.) o en la ley.

A) COMPETENCIA PROHIBIDA LEGAL

El legislador al querer limitar la competencia, impone ciertas prohibiciones a la actividad de

³⁵ Walter Frisch Philipp y Gerardo Manabeo Mariel, *op. cit.*, p. 29.

los empresarios. Estas prohibiciones tienen diversas razones, como lo es " el deseo de proteger el interés privado del titular de una industria mercantil contra la competencia de personas ligadas a ella en vínculo de sociedad o dependencia. Unas veces la ley quiere proteger a la empresa contra las que por conocer íntimamente la organización del negocio, podrían, a costa de poco trabajo, obtener una posición favorable en la competencia... otras veces, la ley... quiere evitar que el dependiente vuelva a disponer de la actividad mercantil que quedó vinculada definitivamente al negocio de su principal."³⁶ Dependerá del interés de la sociedad y de los fines económicos que se persigan, para imponer prohibiciones a la competencia.

Pasemos ahora a analizar las principales prohibiciones legales que restringen la libertad de competencia, haciendo notar que en estos casos, aún cuando existe competencia y el ejercicio del comercio está permitido, la ley por diversas razones limita esa competencia. Asimismo, no se entra al estudio de todas las prohibiciones, toda vez que existen numerosas disposiciones administrativas cuyo análisis no es materia del presente estudio y, que además, por lo extenso de las normas que en todos los campos del tráfico jurídico existen, el examen del mismo rebasa las finalidades del presente estudio. Cabe hacer presente, sin embargo, que con estas referencias se desprende lo disperso de las disposiciones que a continuación comentamos, sin que exista un ordenamiento único al respecto.

A. PROHIBICIONES EN DERECHO MERCANTIL

³⁶ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

a) INCOMPATIBILIDADES

La única incompatibilidad que establece nuestra legislación es la contenida en el artículo 69 del Código de Comercio que en sus fracciones I y II, prohíbe a los corredores comerciar por cuenta propia, ser comisionistas, así como tener el carácter de factor o dependiente de un comerciante. "La razón de esta limitación estriba en el deseo de salvaguardar la imparcialidad de que debe estar revestido el corredor, y, sobre todo, evitar conflictos de intereses, en los que los del cliente se subordinarían o sufrirían mengua frente a los propios del corredor."³⁷ La sanción a esta violación implica la cancelación de su habilitación, en caso de que ejerzan el comercio no podrán hacer cesión de sus bienes y la quiebra se reputa fraudulenta. (artículos 70 y 71 del Código de Comercio).

b) PROHIBICIONES

Existe prohibición para ejercer el comercio, a los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión. Además también a los corredores les está prohibido ejercer el Comercio (artículo 12 fracción I del Código de Comercio).

El artículo 312 del Código de Comercio establece que los factores no podrán traficar o interesarse en negociaciones del mismo género de las que hicieren en nombre de sus

³⁷ Jorge Barrera Graf, op. cit., Tratado, pp. 410 y 411.

principales, salvo pacto en contrario y en los términos pactados. "Es una restricción que va dirigida, verdadera y propiamente, a impedir la competencia en contra de la empresa en la que el factor trabaje, y que comprende el tráfico, es decir, la realización ocasional o habitual de actos de comercio, así como el interesarse en negociaciones ajenas, del mismo género o de uno similar, ya sea en concepto de socio, asociado, o a su vez de administrador general o gerente... la ratio legis de la prohibición de la competencia, como bien dice RODRIGUEZ RODRIGUEZ estriba en la obligación del factor de dedicar sus energías al servicio de su principal, al mismo tiempo que impedir la concurrencia desleal que resultaría si utilizase en beneficio propio los datos, informaciones y referencias que hubieren llegado a su conocimiento por su calidad de factor."³⁸ Esta prohibición de hacer competencia al principal, también recae en los apoderados generales de una negociación para actos de dominio y administración, ya que están autorizados para contratar respecto a los negocios de sus principales, en términos del artículo 309 del Código de Comercio. "La sanción del incumplimiento de la obligación de no concurrencia a cargo del factor, consiste en la rescisión del contrato y en el pago de los daños y perjuicios, tanto si la relación que lo liga con el principal fuera de naturaleza civil [art. 1949 del C. Civ.] como si fuese laboral."³⁹

Los dependientes tienen una prohibición similar a la anterior, pero aún más amplia, ya que no pueden hacer ninguna operación de comercio por cuenta propia, sin autorización de su principal, como lo dispone el artículo 330 fracción II del Código de Comercio. La sanción será la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, en términos del artículo citado y del artículo 327 del mismo ordenamiento.

³⁸ *Ibid.*, p. 411.

³⁹ *Loc. Cit.*

Por su parte la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 35 prohíbe a los socios de una sociedad en nombre colectivo, a dedicarse a negocios del mismo género de los que constituye el objeto social de la sociedad, ni ser socios de sociedades que lo realicen, salvo que todos los socios lo consientan. "Esta prohibición se justifica, en primer lugar, por el hecho de que aquéllos son administradores natos de la sociedad, en cuya función corresponde un *deber de fidelidad*, hacia el ente que vendría a menos al utilizar -o poder utilizar- la experiencia de la Compañía y los datos y documentos, en negocios personales; en segundo lugar, la responsabilidad ilimitada de los socios, que en cierto grado los convierte en co-empresarios de la gestión social, que los vincula e interesa en la consecución de una finalidad común, exigen de los socios el no competir con la persona moral, aun cuando de la competencia no se acarrearán daños a ésta. La interdicción de la norma comprende, por un lado, los negocios efectivamente realizados por el socio, que sean iguales o afines a aquellos comprendidos en el objeto de la sociedad, aunque éstos no sean ejecutados por ella y, por otro lado, el ejercicio habitual o el ocasional de los negocios del mismo género; asimismo, deben quedar comprendidos los negocios de un género similar, es decir, todos aquellos que puedan impedir o restringir el logro del fin de la sociedad."⁴⁰ Esta prohibición también se aplica a los socios en la comandita simple (Artículo 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y a los socios comanditados en la comandita por acciones (Artículo 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) "Ninguna razón existe para someter a tratamiento distinto a estos dos tipos de sociedades, que son tan semejantes, y de ninguna manera se justifica que dicha prohibición se imponga a los socios comanditarios de la S. en C. que no participan en la administración de la sociedad [art.54] y cuya responsabilidad es limitada [art.71]"⁴¹. La sanción, en términos del artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, consiste en la exclusión del infractor y en la pérdida de los beneficios o utilidades, además del pago de daños y perjuicios.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 413.

⁴¹ *Ibid.*, p. 414.

B. PROHIBICIONES EN MATERIA PENAL

El artículo 253 tipifica como delito: todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio; y, b) todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados. Creemos que "... en rigor no constituye problema de competencia desleal, sino, por el contrario, asunto relativo a la protección de la libre empresa, pero ... con la finalidad de amparar al público consumidor evitando la constitución de monopolios ilícitos..."⁴² Esta norma comentada, hace entrar en el ámbito penal la hipótesis normativa del artículo 28 Constitucional.

C. PROHIBICIONES EN MATERIA LABORAL

El artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, en su fracción II, dispone que son causas de rescisión del contrato la falta de probidad u honradez del trabajador. "La interpretación de nuestra doctrina y jurisprudencia han dado de dicha norma, permite afirmar la imposibilidad de mantener la relación de trabajo cuando "un obrero haga competencia a su patrón estableciendo una industria o negociación idéntica a la de éste, o prestando sus servicios a otra industria o negociación de la misma naturaleza". Consecuentemente, la cláusula y el pacto de no concurrencia en un contrato de trabajo son plenamente válidos en nuestro

⁴² *Ibid.*, p. 407.

derecho, y como claramente resulta de nuestra jurisprudencia, dicho pacto no tiene que ser expreso, puesto que constituye un efecto normal de la relación de laboral.”⁴³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado la obligación del trabajador de actuar con honradez o probidad como una prohibición a hacer competencia al principal, citamos a continuación la jurisprudencia firme de nuestro mas Alto Tribunal, bajo el siguiente rubro: “FALTA DE PROBIDAD DEL TRABAJADOR. LA CONCURRENCIA DESLEAL AL PATRON LA IMPLICA. La circunstancia de que uno obrero haga competencia a su patrón, estableciendo sus servicios en otra industria o negociación de la misma naturaleza, significa una falta de probidad que hace imposible la prosecución de la relación obreropatronal, basada en la confianza.”⁴⁴

B) COMPETENCIA PROHIBIDA CONVENCIONAL

Nos referimos en este aspecto a los convenios entre empresarios por virtud de los cuales, se prohíbe al que enajene una negociación hacer competencia respecto al giro mercantil de la empresa enajenada, así como a los pactos de exclusiva.

A. CONVENCIONES RELATIVAS A LA VENTA DE EMPRESAS

⁴³ Loc. Cit.

⁴⁴ Quinta Epoca. Tomo XLIV. Pág. 204. R. 108/54. Quiroz Carlos y Congs. Unanimidad de 4 votos. Tomo LXXV. Pág. 7432. A.D. 77/42. Quiroz Carlos y Congs. Unanimidad de 4 votos. Tomo LXXX. Pág. 294. A.D. 2995/45. Bonicho Arturo. 5 votos. Tomo LXXX. Pág. 1127. A.D. 1581/44. Pimentel Carlos. Unanimidad de 4 votos. Tomo LXXXIII. Pág. 2290. A.D. 7660/44. Nuria Miguel. Mayoría de 4 votos.

El comerciante al vender su establecimiento, conviene con la parte compradora, en que el vendedor no formará una empresa similar o igual a la vendida, las razones de dicho pacto son diversas. "Tales pactos representan, en ocasiones, el aspecto negativo de la obligación positiva de transmitir la clientela, aneja como elemento económico esencial a la transmisión de una empresa... otras veces nace el pacto con motivo de la separación de un socio de un dependiente de la empresa, a quienes se impone la abstención de concurrir con la empresa a que pertenecieron. Otras veces... se trata de convenio entre empresas dedicadas al mismo género de comercio y que tienden a evitar entre ellas la competencia [cártels]. En todos estos casos nace una obligación de no hacer.

Sobre este tema cabe establecer, en general, las siguientes afirmaciones: 1.- Las prohibiciones de competir que constituyen consecuencia implícita en la propia naturaleza de negocios jurídicos lícitos son admisibles, siempre que tales prohibiciones no excedan de los límites justificados por el contenido del negocio jurídico que las fundamenta. Ejemplo típico... la venta de una empresa; 2.- Las restantes prohibiciones contractuales de competir son indudablemente nulas, en cuanto puedan significar una limitación de la competencia con trascendencia en todo o parte del mercado nacional..."⁴⁵ y esto debe ser así, por que de otra forma se caería en el grave problema de dejar a la voluntad de los competidores el restringir o limitar la competencia sin ningún fundamento.

En el derecho extranjero estas cláusulas son reconocidas por el ordenamiento jurídico, y la doctrina reconoce "... tres categorías de restricciones y la convención es nula si no contiene alguna de ellas: 1º) Restricción en el tiempo. La cláusula no puede imponer una prohibición

⁴⁵ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 237 y 238.

perpetua... después de cierto tiempo la clientela cambie y el nuevo competidor no podrá ya hacer suya la antigua clientela de la otra casa comercial; 2º) Restricción en el espacio.- La clientela es en general una clientela local. En este caso poco importa que el vendedor del fondo o el antiguo empleado abra un comercio similar en otra ciudad o en otro barrio... 3º) Restricción en el género de comercio. El vendedor o el empleador pueden prever únicamente la creación de un comercio semejante al suyo sin lo cual no existiría un caso de competencia."⁴⁶ Estos tres requisitos deben estar siempre presentes en el pacto de no competir para su validez.

Sin embargo, en nuestro derecho la validez de tales pactos son muy discutidos. "Un comerciante, al vender su empresa o establecimiento, se compromete a no ejercer la misma actividad comercial en una zona determinada para no competir con su sucesor al frente de la empresa o establecimiento enajenados. La licitud de estos pactos en el derecho extranjero es indiscutible; pero en México, es muy dudosa, pues el artículo 5º de la Constitución Federal, en su párrafo tercero, (hoy sexto) establece que "tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio"... Desde luego la declaración constitucional no afecta para nada a los pactos entre sociedades, puesto que establece una garantía del hombre físico, del individuo. Pero aún con relación con este, parece que el propósito constitucional se refiere al que renuncia al comercio a determinada profesión o industria; pero no al que, en zona geográfica delimitada, se obliga a abstenerse de realizar actos de competencia con su contratante. Libre será de ejercer ese comercio o industria en el resto del país, pero no en la zona concretamente fijada como prohibida."⁴⁷ La interpretación que hace este autor, "salva" la prohibición temporal o permanente, es

⁴⁶ Georges Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial* (Traducción de la Segunda Edición de Felipe Solá Cúñezares, con la colaboración de Pedro G. San Martín; Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), Tomo I. p. 316.

⁴⁷ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 442.

decir, que el pacto debe referirse exclusivamente a una zona geográfica delimitada, y no que el pacto sea en el sentido de limitar absolutamente la competencia, que es lo que prohíbe la Constitución. Siguiendo las ideas de Barrera Graf, con las cuales estamos de acuerdo, este autor nos indica que con base en el artículo 1796 del Código Civil que establece que los contratos se perfeccionan, obligan a los contratantes no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley, y "es indudable que el establecimiento por el enajenante de una empresa similar a la cedida, que pueda atraer la clientela de ésta, es un acto contrario a los usos y a la buena fe, en todos aquellos casos en los que el adquirente no consintiera la concurrencia de su contraparte. Sin embargo, la garantía individual de la libertad de comercio... consagrada en el artículo 4°(ahora 5°) constitucional en forma demasiado amplia, parece que impide la aplicación del citado artículo 1796 ... *De jure condendo*, debemos afirmar que el pacto es lícito, que no afecta directamente el interés público ni perjudica derechos de tercero, como indica un principio general de derecho acogido por el artículo 6° del C. Civ., sino también porque la garantía de la libertad de comercio reconocida como principio cardinal en nuestra Carta Magna implica ... ciertas limitaciones y requiere de una interpretación jurídica que lleve a admitir que no se atenta contra ella, sino por el contrario, se le afirma y complementa cuando se impiden ciertos actos del tráfico por ser contrarios a la buena fe y a la moral."⁴⁸ En resumen, creemos que el pacto de no concurrencia es perfectamente válido en nuestro derecho, siempre y cuando reúna dicho pacto las características para su validez que hemos comentado anteriormente.

B. CONVENCIONES DE EXCLUSIVA

⁴⁸ Jorgo Barrera Graf, *Tratado*, op. cit., p. 418.

En este caso nos referimos a las convenciones en que "el concedente vende mercancías al concesionario para su reventa, o permite que éste preste servicios que son propios y exclusivos de la organización de aquél, obligándose el concedente, en uno u otro caso, a no vender productos idénticos o similares o prestar servicios iguales o semejantes en la zona concedida en exclusiva, si no es por conducto del concesionario o distribuidor exclusivo, quien, a su vez, suele obligarse a adquirir una cantidad periódica mínima de los productos relativos, o a prestar servicios a cierto cliente de los adquiridos en exclusiva; ocasionalmente, también se compromete a no traficar con mercancías o servicios que compitan con los del concedente."⁴⁹

Estas convenciones de exclusiva no presentan el mismo problema que para la venta de empresas, en este caso el productor o industrial quiere reservarse el derecho de ser el proveedor exclusivo del comerciante. "... Nunca la validez de tales restricciones ha sido negada o siquiera cuestionada, y por el contrario, su violación e incumplimiento conceden un derecho clarísimo a la rescisión y al pago de daños y perjuicios. La finalidad evidente de tales convenciones es la de limitar la competencia, tanto respecto al concedente, que ofrece la exclusiva, como respecto al concesionario o distribuidor, que se obliga a no vender objetos iguales o afines o a no prestar servicios semejantes. Consecuentemente, la violación del pacto por cualquiera de las partes atribuiría al perjudicado una acción de competencia desleal, que incluso pudiera ser ejercitada en contra de un tercero de mala fe a quien el concedente vendedor entregara para su reventa las mercancías objeto de la exclusiva."⁵⁰ "Los usos comerciales, fuente integrativa del derecho mercantil en general... y concretamente de la materia de competencia desleal, según la fracción II del artículo 10 de la Convención de París, establecen otras, las principales de las cuales están constituidas

⁴⁹ *Ibid.*, p. 416.

⁵⁰ *Loc. Cit.*

por convenios y pactos de exclusiva. Juzgados estas limitaciones y prohibiciones a la luz del artículo 4º (ahora 5º) constitucional, es indudable que serían contrarias a él, pero que dicho texto va más allá de lo que su interpretación y los antecedentes históricos indican ... el hecho por otra parte, de que dichos usos subsistan, y de que, por tanto, las prácticas relativas hayan podido repetirse hasta devenir obligatorias, muestra clara e irrefutablemente, por un lado, la excesiva amplitud del texto constitucional, y por otro, como a pesar de que dicha norma parece conceder un derecho amplísimo de la libertad de comercio y de concurrencia, las necesidades mercantiles y la honestidad del tráfico han impuesto ciertas restricciones como necesarias y convenientes, por estar basadas en principios de orden público."⁵¹

"Creemos que una interpretación lógica del artículo 5º nos lleva a afirmar la validez de los siguientes actos: a) De pactos y convenios [y con mayor razón de cláusulas o estipulaciones de ellos] cuyo objeto o fin no atente contra la libertad del hombre, sino que, respetando ésta y fundándose en ella, se proponga algo distinto, a saber, la exclusión de la competencia, en actividades limitadas y durante un término fijo; b) De aquellos contratos de trabajo en que se estipule la renuncia de un derecho que no sea político o civil; c) De aquellos convenios en que se renuncia al ejercicio de una determinada actividad económica... que, de realizarse, acarrearía una violación de la ley, de los usos o de las buenas costumbres. Es cierto que este último precepto constitucional... prohíbe en general, los convenios en que se "renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio", sin que excluya las actividades ilícitas o inmorales; pero dicha exclusión, que es obvia, deriva de todo el sistema normativo. El texto de este párrafo debe interpretarse de una manera lógica y congruente, porque, como decía VALLARTA en el seno del constituyente de 1857, a propósito del artículo 28 contrario a los monopolios, sus palabras van más lejos que la

⁵¹ *Ibid.*, p. 415.

disposición debe contener, porque la vaguedad de su concepto da margen a amplísimas interpretaciones, y éstas pueden expresar, o bien un absurdo o bien la sentencia de muerte de nuestra industria."⁵²

Sin embargo el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, prohíbe los pactos de distribución en exclusiva, sea de bienes y de mercados, siempre y cuando dichos pactos tengan por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, y además que se reúnan los requisitos de "poder substancial" e influencia en el "mercado relevante", conceptos que analizaremos a continuación.

C. PRACTICAS COLUSORIAS

En términos generales se prohíben, aunque admitiendo excepciones, las prácticas realizadas coordinadamente por varios empresarios con el fin de limitar, restringir o falsear la libre competencia [prácticas colusorias]. Por otra parte, se prohíben los abusos que puedan cometer las empresas que ocupan una posición de dominio en el mercado [prácticas abusivas]. "La expresión *"práctica colusoria"* hace referencia a una idea que matiza esencialmente a este tipo de prácticas. En efecto, el adjetivo "colusoria" expresa idea de un pacto celebrado entre dos personas en perjuicio de un tercero. Alude, por tanto, al origen convencional o concertado, consensual, en definitiva, de tales prácticas."⁵³ Estas practicas deben ser reprimidas por el derecho, ya que lesionan la competencia.

⁵² *Ibid.*, pp. 397 y 398.

⁵³ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 224 y 226.

La Ley Federal de Competencia Económica, reglamentaria del artículo 28 Constitucional, prohíbe estas prácticas, por considerarlas que atentan contra la libertad de competencia.

El artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica, prohíbe dichos pactos entre empresas, entendiendo dichas concertaciones como toda manifestación de voluntad, bilaterales o multilaterales, en las que tengan por objeto:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios en el mercado, o intercambiar información con el mismo objeto, es decir, imponer los precios en el mercado;
- b) El pacto que establezca la obligación de no producir, procesar o distribuir o comercializar bienes y servicios, sino sólo en cantidad restringida;
- c) Repartición de los mercados, áreas territoriales; y,
- d) Acordar posturas o la abstención de éstas en licitaciones, subastas, concursos, etc;

La Ley sanciona estos procedimientos dejando sin efecto jurídico alguno dichos pactos y los contratantes serán acreedores de las sanciones que establece la Ley.

En su artículo 10 sanciona los pactos entre las empresas que tienen por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) Los pactos de distribución en exclusiva, sea de bienes y de mercados, así como los pactos de no fabricar o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado o determinable.
- b) La imposición de precios o demás condiciones a los distribuidores o proveedores.
- c) La venta sujeta a condición de adquirir otro bien o servicio adicional, normalmente distinto, o sobre bases de reciprocidad.
- d) Condicionar la venta a no comprar ningún bien o producto a otra empresa.
- e) La negativa a vender bienes o servicios disponibles y ofrecidos a terceros, es decir las prácticas discriminatorias.
- f) Las presiones contra clientes o proveedores con el fin de persuadirlo de cierta conducta o bien, a forzarlo a actuar en determinado sentido. y,
- g) En general todo acto que dañe o impida la libre concurrencia.

Estos pactos entre las empresas son prohibidos siempre que reúna la característica de poder substancial e influencia en el mercado relevante.

Por mercado relevante la ley establece los siguiente criterios para su distinción (art. 12), que son: la posibilidad de sustitución por otros del bien o servicio de que se trate; los costos de distribución de dichos bienes o servicios; los costos y las probabilidades de los consumidores para acudir a otros mercados; y, las prohibiciones legales que limiten el acceso de los consumidores a otros mercados.

Para determinar el poder substancial, la ley establece como criterios: la posibilidad de establecer precios en forma unilateral, o restringir el abasto, sin que sus competidores puedan contrarrestar dicha actuación; la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competidores; las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos; su comportamiento reciente; y los demás que establezca el reglamento de la ley que comentamos.

En su artículo 16 prohíbe la concentración, entendida como la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos, cuyo objeto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. La ley considera como indicios a éstas actividades prohibidas: el que en virtud de la concentración, se fijen precios unilateralmente, al abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder; tenga por objeto desplazar a impedir el acceso a los mercados a los competidores; tenga por objeto a los miembros de la concentración practicas monopólicas. Asimismo, la ley contempla que para ser sancionado, se debe tomar en cuenta el mercado relevante, el poder de la concentración y los demás criterios que establezca el reglamento (art. 18). La Comisión puede, en estos casos, fijar las condiciones en que la concentración opere o bien, ordenar la desconcentración parcial o total o la supresión de los actos. Se deberá notificar a La Comisión las concentraciones que reúnan los requisitos señalados en el artículo 20, que básicamente se refieren al capital de las concentraciones. Por último cabe aclarar que la concentración, per se, no está prohibida, sino cuando incurra en las actividades prohibidas por la Ley.

b) COMPETENCIA DESLEAL

A. CONCEPTOS GENERALES

Hay múltiples medios que los comerciantes usan para atraer a la clientela, no todos ellos son ilícitos, lo serán aquellos medios contrarios a los usos honestos en materia comercial, medios repudiados por el derecho, que son los actos de competencia desleal.

La infinidad de actos en que puede incurrir un competidor en forma desleal, dependerá del ingenio humano, es por ello, que no se puede hacer una clasificación a priori, de las conductas desleales, para mencionar algunas de estas conductas, tenemos los anuncios falsos, la publicidad engañosa, la usurpación de marcas, la fijación de precios, la imitación de productos, venta sistemática de mercancías con precio inferior al costo, anuncio de una rebaja bajo el falso pretexto de una liquidación, falsas indicaciones de origen, etc.

No toda competencia que tenga la finalidad de atraer a la clientela y con ello, desplazar a su competidor es desleal, para ello se necesita medios repudiados por el derecho. "La competencia es *desleal*, solamente cuando se valga de medios que, por su cualidad y eficiencia, vayan más allá de la finalidad de "batir" a la empresa, o a las empresas, en competición, con las armas de la superioridad técnica, o con el más bajo costo de producción [y, por consiguiente, de venta]; y lesionen el derecho del competidor, afectándolo

con tal competencia."⁵⁴ El Derecho no puede proteger este tipo de actos, debe reprimirlos.

Cuando hablamos de competencia desleal, no nos referimos a la competencia resultante de la infracción de una cláusula legal o contractual que prohíba la competencia, que son los casos que hemos estudiado anteriormente, es decir, las prohibiciones. Nos referimos precisamente al caso de competencia entre dos empresas no ligadas ni limitadas contractualmente por ningún pacto de no concurrencia, ni limitadas en su actuación por ninguna prohibición legal de la misma clase. "La falta de limitación legal a la libre concurrencia [salvo los casos antes mencionados de competencia prohibida] ha traído en los tiempos modernos el abuso en la competencia, es decir la competencia desleal. Si un determinado acto de competencia es o no desleal depende exclusivamente de la legislación positiva..."⁵⁵ Pensamos que el acto de competencia desleal tiene como origen las fuentes de derecho mexicano y no exclusivamente a la legislación positiva.

Pasemos a transcribir algunas definiciones que se han dado en nuestra disciplina.

Para Pedro Estasen, por "Concurrencia desleal se entienden aquellos actos que tienen por objeto desviar y atraer en provecho de su autor la clientela de un establecimiento industrial o comercial similar. La concurrencia desleal implica la existencia de un perjuicio o daño causado y el uso de medios reprobados."⁵⁶ No estamos de acuerdo en que necesariamente

⁵⁴ Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial (Traducción Santiago Sentís Melendo; Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979) Tomo VI, pág. 575.

⁵⁵ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 239 y 240.

⁵⁶ Pedro Estasen, Instituciones de Derecho Mercantil (Tercera Edición; Madrid: Editorial Reus, S.A., 1926), Tomo VI, p. 1075.

para que haya competencia desleal, exista un daño causado. Más adelante no referiremos a este concepto. Tampoco estamos de acuerdo en la vaguedad del término "medios reprobados", ya que el autor no precisa quién reprueba dichos actos ¿ la sociedad, el Estado, los comerciantes, los mismos consumidores ?

Para Guillermo Cabanellas, la competencia desleal es la "abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocas, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesta."⁵⁷ Este autor parte de la base de la teoría del abuso del derecho, teoría con la cual no estamos de acuerdo, la cual analizaremos en el capítulo siguiente. Además, este autor parece limitar la competencia desleal a la publicidad engañosa, siendo ésta una forma de expresión de la competencia desleal, pero no es la única; por lo tanto, no estamos de acuerdo con la definición anterior.

Pedro E. Fernández Lalanne, la define como "Los actos de competencia desleal o ilícita consisten, substancialmente, en la violación de los principios de corrección que han de caracterizar y presidir las relaciones comerciales. Entre ellos, distinguimos la imitación servil de los productos de la competencia, las ventas favorecidas con primas y la desacreditación de la industria o del comercio de los terceros competidores. La legislación que rige en esta materia, al igual que las que tienen por objeto las otras categorías de prácticas restrictivas, tutelan intereses públicos y privados."⁵⁸ Este autor al usar la conjunción "o" equipara a la competencia ilícita a la desleal, con lo que no estamos de acuerdo. Insistimos en nuestra clasificación que hacemos en el presente capítulo, por lo que no toda competencia ilícita es

⁵⁷ Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. (1976) p. 436.

⁵⁸ Pedro E. Fernández Lalanne, *op. cit.*, p. 62.

desleal. Es importante destacar que este autor ya no hace referencia al competidor ni al mercado, sino que refiere la competencia desleal al uso de medios contrarios a los principios de corrección profesional.

Henri Capitant en su Vocabulario Jurídico define a la competencia desleal como: "delito civil, a veces coincidente con un delito penal y que consiste en que una persona cuya profesión suponga tener clientela (comerciante, industrial, médico, etc.), quite a otra de la misma profesión todo o parte de su clientela, mediante actos lesivos de los principios de honestidad que son ley de la profesión."⁵⁹ Decíamos con anterioridad, que el delito civil no es suficientemente amplio para encuadrar todas las conductas de competencia desleal.

Nos parece interesante la descripción que maneja Alberto Alonso Ureba, al hablar de la competencia desleal en el mercado común, introduciendo un nuevo elemento que las anteriores definiciones no contienen y es el público consumidor, al decir que: "impedir uno de los medios capaces de falsear la competencia dentro del mercado común y de influir en la libre circulación de mercancías y servicios; de otra parte, se destaca su inserción dentro de una política de <protección y de información de los consumidores>".⁶⁰

"La represión de la concurrencia ilícita debe verse desde dos puntos de vista: a) desde el gremio de los comerciantes, para proteger los derechos de los miembros de la corporación frente a los establecimientos rivales y b) desde el punto de vista estatal, para garantizar a

⁵⁹ Henri Capitant, *Vocabulario Jurídico*, (1986) p. 152.

⁶⁰ Alberto Alonso Ureba, "La Competencia" *Revista de Derecho Mercantil*, No. 161-162, Julio-Diciembre. (1981), p. 577.

los particulares consumidores que no serán víctimas de engaños ni de fraudes." ha dicho Cesar Sepúlveda.⁶¹ Es importante señalar que este autor señala no al público consumidor, sino el interés del Estado en tutelar el honesto actuar de los comerciantes para evitar perjuicios en el público consumidor.

"En resumen, todos los actos contrarios a la concurrencia honrada en materia industrial o comercial, son de competencia desleal e ilícitos, lato sensu; pero stricto sensu, son ilícitos los encuadrados en una expresa norma prohibitiva legal o contractual, esto es, desde el primer momento son violatorios de la ley o del pacto; por el contrario, los de competencia desleal, no atentan contra disposición legal o pacto expreso, sino contra usos o prácticas comerciales o industriales cuya existencia está sujeta a demostración."⁶²

La existencia de una prohibición general de realizar cualquier acto de competencia desleal, tanto aquellos actos expresamente previstos, como también los no regulados, puede desprenderse de dos principios generales de Derecho, a saber: "aquel que prohíbe la realización de actos ilícitos, y el que ordena no causar daño a persona alguna (neminem laedere). Ahora bien, que los actos de competencia desleal, o sea aquellos contrarios a los usos honrados en materia industrial y comercial... son actos ilícitos... contrarios a derecho; son actos ilícitos los comprendidos en tal norma, no sólo por ser contrarios a una obligación legal de proceder honrada, leal y correctamente en materia de competencia comercial, obligación que constituye una disposición de derecho objetivo, sino también por contrariar un derecho subjetivo del concurrente que se manifiesta en su interés [potestad de querer] de

⁶¹ Cesar Sepúlveda, El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial. (Segunda Edición; México: Editorial Porrúa, S.A., 1981), p. 235.

⁶² Arturo Díaz Bravo. *op. cit.*, p. 32.

que todos los terceros actúen honrada y lealmente al competir con él en el mercado."⁶³

Por último, cabe precisar que los autores hablan indistintamente de concurrencia o competencia desleal, siendo que ambas palabras tienen significados distintos. El Diccionario de la Lengua Española define a la competencia como "Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa"⁶⁴; y por concurrencia. "Junta de varias personas en un lugar. Acaecimiento o concurso de varios sucesos o cosas en un mismo tiempo."⁶⁵ y por concurrir. "Juntarse en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas. Contribuir con una cantidad para determinado fin."⁶⁶ Por desleal, "que obra sin lealtad"⁶⁷ y, por lealtad "Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. Legalidad, verdad, realidad."⁶⁸ De las anteriores definiciones, pensamos que el término puede emplearse indistintamente, ya que en principio, el usar la palabra competencia, trae implícito el "juntarse en el mismo lugar": *el mercado*; sin embargo, se puede concurrir en el mercado sin competir y realizar actos desleales, por ejemplo, el caso de dos comerciantes que vendan productos diferentes, concurren en el mercado mas no compiten entre sí, pero ambos usan la misma palabra, uno para anunciar su producto, el otro, para crear confusión, usa la misma palabra para pretender identificar su nombre comercial y con ello, atraer así a la clientela del otro que hace publicidad a su producto.

⁶³ Jorge Barrera Graf. Tratado, op. cit., p. 428.

⁶⁴ Diccionario de la Lengua Española, Tomo II. p.335.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 339.

⁶⁶ *Loc. Cit.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 458.

⁶⁸ Diccionario de la Lengua Española, Tomo IV. p.797.

B. FUENTES FORMALES DE REPRESION A LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal puede proceder de tres fuentes. La primera es la legislación, la segunda la función administrativa y la tercera la actividad de los mismos particulares. "Leyes inequitativas, aplicación desviada, abusiva o excesiva de la normatividad y la práctica privada indebida. La ley inequitativa lo puede ser por desigualdad en el tratamiento o en la condicionalidad ...[órgano incompetente, retroactiva o imposible cumplir en su sentido literal] No hay inequidad (términos para inversión extranjera, privilegios como patentes, marcas etc.) porque la ley protege a uno frente al resto considerando el trabajo, inversión y hasta el talento del sujeto, extremos todos que bien pudieran corresponder a la totalidad de la población, pero que se dan en la individualidad de los gobernados. En cambio, hay inequidad, cuando la ley discriminando reglas diferentes y hasta contrarias para las relaciones de las mismas conductas... (también) cuando se imponen condiciones que de antemano se sabe sólo alguno o algunos pueden satisfacer... [raza, color, religión] (estas normas provocan la competencia desleal). Tal vez la más discutible o censurable inequidad se encuentre en las leyes que crean condiciones singulares para que una o ciertas empresas dejen de correr riesgos, frente al resto del comercio organizado que lo sigue resistiendo [empresas públicas vía gasto público, subsidios, franquicias etc.] La inequidad en el ámbito de la autoridad administrativa, lamentablemente se presenta a través de disposiciones generales tanto como particulares y aun individuales... los mandatos, ya sean generales o particulares, resultan medios susceptibles de establecer situaciones inequitativas... la jurisprudencia ha establecido tres rubros ... (de) irregularidades de la función administrativa... el desvío, el exceso, y el abuso de poder (los tres son distintos y la vía de control también: el abuso da lugar a la sanción disciplinaria o penal; el exceso, la

nulidad absoluta vgr. licencia expedida por órgano judicial; el desvío, inadecuación del motivo y la fundamentación vgr. permitir el comercio a alguien en particular sin pagar contribuciones).

"La competencia desleal por obra de los particulares mismos, casi siempre lleva consigo una conducta transgresora de la normatividad. Se puede hablar de delitos en los casos de contrabando o evasión de impuestos, pero también cabe la infracción a los reglamentos administrativos... La competencia desleal por obra del gobernado puede conducir a diversas situaciones, todas prohibidas por la normatividad vigente... se puede hablar de monopolio, del estanco mercantil, de la concentración o acaparamiento en una o pocas manos de ciertos artículos, de los acuerdos para obtener el alza de los precios, de los procedimientos de mercado que eviten o tiendan a evitar la libre concurrencia y, en fin, de acuerdos o combinaciones de cualquiera índole efectuados entre comerciantes y empresarios de servicios para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados. En general, como lo expresan las disposiciones constitucionales, todo lo que conceda una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas, con perjuicio del público en general o de la misma clase profesional, significa competencia desleal."⁶⁹

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 1967, contiene, en su artículo 10 bis la disposición legislativa en

⁶⁹ Humberto Briceño Sierra, *op. cit.*, pp. 655 a 658.

nuestro país, que reprime la competencia desleal. Dicho artículo establece:

1. Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2. Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3. En particular deberán prohibirse:

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

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

3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiere inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Cabe hacer los siguientes comentarios a la norma antes aludida:

1.- El problema que nos plantea esta norma es que los países signantes, deben dictar normas que prohíban aquellas conductas desleales. Para Barrera Graf esta obligación que "no es ejecutiva por sí misma, por estar subordinada al cumplimiento de la condición impuesta, o sea, la promulgación de leyes internas cuyo contenido coincida con el de la

norma internacional, ha sido cumplida por nuestro país, cuya legislación prohíbe expresamente los actos y hechos enumerados [art. 263 L.P.I.].⁷⁰ Compartimos la opinión de Horacio Rangel Ortiz, que opina en forma diversa al autor antes mencionado. Después de un análisis prolijo de normas autoejecutiva y autoaplicativas, de citar varias ejecutorias y de hacer un análisis del artículo 133 Constitucional, forma su convicción de que el artículo que comentamos, sí tiene aplicación en nuestro derecho, sin que sea necesario el requisito de expedir normas en nuestro derecho para la aplicación del artículo 10 de la Convención. Se basa para ello en el segundo párrafo del artículo 25 del Convenio, en el que se establece que se entiende que en el momento en que un país depositó un instrumento de ratificación o de adhesión, se halla en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del presente Convenio. "de modo que si como en el presente caso, el Convenio de París se celebra y se ha celebrado por el Presidente de la República con aprobación del Senado se estará naturalmente adoptando la posibilidad repetitiva y obvia que trata el artículo 25 para adoptar de *conformidad con nuestra Constitución* las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente convenio. Nótese que el artículo 25 se refiere a una obligación, a un compromiso por parte de los Estados miembros en el sentido de adoptar las *medidas necesarias para asegurar la aplicación* del Convenio, y que dicho dispositivo *no exige* en momento alguno que tales medidas deban ser necesariamente legislativas, pues éstas podrán ser administrativas, judiciales o también legislativas, todo ello se insiste, de conformidad con nuestra Constitución. (art. 133)."⁷¹ Citaremos parte de la jurisprudencia dictada en el "caso tipo Singer", en el juicio de amparo 834/63, juzgado primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, en el que se estableció: "Deben considerarse violados los artículos 10 bis y 10 ter del Convenio de la Unión de París... estos preceptos deben considerarse que forman parte de la ley suprema de toda la

⁷⁰ Jorge Barrera Graf, *Tratado*, op. cit., p. 406.

⁷¹ Horacio Rangel Ortiz, "Conceptos Fundamentales de la Competencia Decretal en Materia de Propiedad Industrial", *Revista Mexicana de Justicia*, Volumen II. No. 4 Octubre-Diciembre, (1984) p. 304.

Unión, por disposición del artículo 133 Constitucional y por lo tanto, las autoridades se encuentran obligadas a acatarlos."⁷² Este fallo confirma la teoría que compartimos, sin que se entrara en la discusión planteada, por el contrario se resolvió el problema de fondo.

2. El artículo menciona como cláusula general todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, sobre este particular abundaremos en el próximo tema.

3. Los casos particulares deben interpretarse no limitativamente sino ejemplificativamente, estos actos son de confusión, falsas aseveraciones, descrédito y la inducción del público a error.

Los actos capaces de crear confusión respecto del establecimiento, productos, actividad industrial o comercial de un competidor, son actos cuyo objetivo es inducir al público en error, para atraer a la clientela. La norma contempla en este caso, los actos de un competidor que se aprovecha, mediante la confusión, de las ventajas leales obtenidas por otro competidor, como es el caso de imitar al grado de confusión una marca. Estos actos no deben confundirse con las indicaciones que inducen al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, ya que en este supuesto el sujeto no se vale de medios utilizados por otro competidor para provocar el error, sino que mediante indicaciones o aseveraciones generalmente inexactas o ambiguas induce al error. El primer acto calificado de desleal se refiere al supuesto de dos comerciantes, uno se aprovecha indebidamente de los medios

⁷² Ver Revista de la Propiedad Industrial y Artística. tomo 2 pág. 340 y ss.

utilizados por su competidor, y en el segundo caso, se refiere a un sólo comerciante. El tercer caso, son las aseveraciones falsas cuyo objetivo es el desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. Sin embargo, creemos que las aseveraciones falsas que desacredita a otro a través de una alusión sobre su nacionalidad, origen, vida privada o buena fama, la que apele a la sensación de miedo o incite a la discriminación racial o religiosa, debe considerarse desleal, y debe ser reprimida.

4. "Cuando se habla de propiedad industrial es común encontrar la disciplina de la competencia desleal incluida entre los institutos que la integran. Ello se debe en una gran parte al hecho que el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial desde la Conferencia de Revisión de Bruselas en 1900, introdujo disposiciones relativas a la represión de la competencia desleal, que a lo largo de este siglo se han ido perfeccionando en las diferentes Revisiones del Convenio. La inclusión de disposiciones orientadas a la represión de la competencia desleal en el Convenio de París no es accidental pues la relación existente entre los signos distintivos y las creaciones nuevas por un lado y la competencia desleal por otro, así lo han recomendado. Sin embargo, no deben confundirse los derechos de exclusividad reconocidos por la propiedad industrial... con los objetivos de protección regulados por las normas sobre competencia desleal."⁷³ "Es evidente que donde mejor cabrían las reglas de represión de la competencia desleal es en la Ley de Invenciones y Marcas, ya que desde los primeros tiempos de la propiedad industrial las reglas de la competencia deshonesto se han incluido, por afinidad, en ese cuerpo de leyes puesto que de esa manera puede conseguirse mayor efectividad en la tutela de la leal y honesta competencia, en vista que la autoridad respectiva tiene a su alcance, además de una larga experiencia en tratar problemas similares, todo un aparato de inspección y sanción. En otras palabras, es preferible que la represión de la competencia desleal figure en una ley

⁷³ Horacio Raugel Ortiz, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

administrativa y no en un Código de Comercio, que obligaría a recurrir a los tribunales del orden común. Por otra parte, no puede dejarse de lado que el artículo 1 de la Ley de Inversiones y Marcas acepta que la autoridad administrativa puede entenderse con la represión de la competencia desleal, aunque limita ésta a la que se hace "con los derechos que dicha ley otorga". En una evolución natural, podrán incluirse en dicha Ley las otras figuras de competencia deshonestas, o por lo menos algunas de ellas."⁷⁴ Hemos tocado este punto, que creemos de suma importancia, ya que no estudiaremos todas las formas de competencia desleal que se dan en el mercado, sino únicamente las que se refieren a la propiedad industrial, ya que la expresión cabal del empresario en la venta de mercancías o en la prestación de servicios, se da precisamente a través de los elementos que conforman la propiedad industrial.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial en su artículo 2° fracción VI regula también la represión de la competencia desleal, al establecer que: "Esta ley tiene por objeto... Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos. En su artículo 213, fracción primera, considera infracciones administrativas: "Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que implique competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta Ley regula." Hay que hacer notar que la norma en comento, es más extensa que el artículo 10 bis, ya que incluye además de los usos comerciales a las costumbres.

Siguiendo los lineamientos generales del artículo 10 bis., clasificamos los actos de competencia desleal a que hace referencia el artículo 213 en sus diversas fracciones:

⁷⁴ César Sepúlveda, *op. cit.*, p. 231 y 232.

A) Los actos que crean confusión:

1.1. Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada. (fracción IV.)

1.2. Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada como elemento de un nombre comercial o de una denominación o razón social, o viceversa, siempre que dichos nombres estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca. (fracción V)

1.3. Usar, dentro de una zona geográfica de la clientela efectiva o en cualquier parte de la República, en el caso previsto por el artículo 105 de la Ley, un nombre comercial idéntico o semejante en grado de confusión, con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicio, del mismo o similar giro. (fracción VI.)

El artículo 105 dispone que será objeto de protección el nombre comercial, si en toda la República existe difusión masiva y constante a nivel nacional del mismo.

1.4 Usar como marcas las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, iguales o semejantes a una marca que la Secretaría estime notoriamente conocida en México, para

ser aplicada a cualquier producto o servicio. (fracción VII)

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

- a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero; b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero; y,
- c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero. (fracción IX)

1.6. Usar una marca previamente registrada como denominación o razón social o como partes de estas, de una persona moral cuya actividad sea la producción, importación o comercializaciones de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada, sin el consentimiento, manifestado por escrito, del titular del registro de marca o de la persona a quien éste haya concedido licencia. (fracción VIII)

B) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pueden inducir al público a error:

2.1. Hacer aparecer como productos patentados aquellos que no lo estén. Si la patente ha caducado o fue declarada nula, se incurrirá en la infracción después de un año de la fecha de caducidad o, en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración de nulidad. Aún cuando estos actos también pueden crear confusión o inducir a error, no es necesario esos elementos, con la simple aseveración falsa es suficiente para reprimir el acto desleal. (fracción II)

2.2. Poner a la venta o en circulación productos u ofrecer servicios, indicando que están protegidos por una marca registrada sin que lo estén. Si el registro de un marca ha caducado o ha sido declarado nulo o cancelado, se incurrirá en infracción después de un año de la fecha de caducidad o en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración correspondiente. (fracción III)

2.3. Usar como marcas escudos, banderas o emblemas o que los imiten, de cualquier país, estado, municipio o divisiones políticas similares, así como las denominaciones y siglas de organizaciones internacionales, gubernamentales o de cualquier organización reconocida oficialmente, sin la previa autorización; las que imiten signos oficiales de control y garantía adoptados por un Estado, sin la previa autorización; las que imiten monedas o billetes de banco o las monedas conmemorativas; las que reproduzcan o imiten condecoraciones, medallas y otros premios reconocidos oficialmente, los nombres, seudónimos, firmas, sellos y retratos de personas, sin su consentimiento o del consentimiento de su representante; los títulos de obras literarias, artísticas o científicas y los personajes ficticios o simbólicos, salvo previo consentimiento; Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, susceptibles de engañar al público o inducir a error, entendiéndose por tales las que constituyan falsas indicaciones sobre la naturaleza, componentes o cualidades de los productos o servicios que pretenda amparar. (fracción VII)

C) El descrédito:

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

Nuestra legislación también reprime la competencia desleal en la Ley Federal de Protección al Consumidor, que en su fracción VII del artículo primero, establece como uno de los objetivos de esa Ley, el de proteger contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales. Antes de entrar al estudio de los artículos de esta ley, hacemos nuestras las siguientes consideraciones: "Una de las garantías consagradas en la Constitución es que los conflictos entre particulares deben ser dirimidos por tribunales jurisdiccionales. Sin embargo, en nuestro medio la Procuraduría Federal del Consumidor, sin legitimidad constitucional, mediante actos administrativos, termina en dos minutos conflictos entre particulares, generalmente mediante la coacción al proveedor, consistente en imponerle una crecida multa si no satisface la petición del consumidor; la mínima falta, v. gr. en una factura decir que se cobran intereses y no asentar que son intereses sobre saldos insolutos, es suficiente para la coacción. Esta autoridad es juez y parte. Juez, en cuanto interviene con imperio en el conflicto; parte, porque está para apoyar la buena o mala fe del consumidor; ha venido a ser el contraderecho en nuestra patria. En el Exp. 01319/80, Esperanza Quezada de Labra Vs. Aparatos del Hogar, S.A., levantó un embargo practicado por el C. Juez Décimo Sexto Civil de la ciudad de México y obligó a la proveedora a entregar los bienes secuestrados a cambio de la promesa verbal de la consumidora que pagaría el adeudo; los bienes se entregaron, pero la consumidora nunca pagó. La actitud vergonzante de dicha autoridad es que hace aparecer en las audiencias que las partes "convienen", cuando la realidad es que se impone por la intimidación de una fuerte multa si no se llega al

convenio. Con frecuencia rebasa su competencia, dicta órdenes ilegítimas, atropella la justicia. Esto socava la coexistencia, induce al incumplimiento de las obligaciones; con una publicidad masiva implícitamente invita a ello, ya que concita a la población a que cualquier supuesto agravio se convierta en conflicto y sea llevado ante ella. Debe desaparecer en bien de la sociedad o convertirse en órgano jurisdiccional."⁷⁵ Pensamos que esa institución está para resolver los conflictos entre los particulares, cuya función social nunca ha entendido, dada la manifiesta tendencia de imponer multas a los proveedores, sin atender al derecho ni a la justicia.

El artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud. Este caso lo encuadramos dentro de los actos que pueden inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. Es aplicable dicha norma también cuando silencie datos esenciales y por esta omisión provocase una falsa impresión o suscitase expectativas que el anunciante no pueda satisfacer. "El atribuir cualidades o méritos al propio producto, si no es siempre acto de competencia desleal, puede ser delito de fraude en comercio."⁷⁶ Sin embargo, hay que señalar que no siempre será fraude en comercio, ya que hay que tomar en cuenta la gravedad en cada caso particular y la influencia de dicha propaganda en el ánimo del consumidor para adquirir un producto o servicio.

⁷⁵ Manuel Moquel Caballero, Las Responsabilidades Civil Extracontractual del Estado, de los Organismos Públicos y de los Servidores de la Nación (México: Editorial Nuevas Ideas Jurídicas, 1987) fascículo 1, pág. 14.

⁷⁶ Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 576.

Es importante destacar que la Procuraduría puede hacer referencia a productos, marcas, servicios o empresas en forma específica, como resultado de investigaciones permanentes, técnicas y objetivas, a efecto de orientar y proteger el interés de los consumidores y publicar periódicamente dichos resultados para conocimiento de los propios consumidores.

Los principales actos que causan daño a la empresa rival, o que desvíen su clientela que no están especialmente previstos por la legislación son los siguientes: "a) Las actividades encausadas a evitar o dificultar el acceso de la clientela al establecimiento del competidor. b) El soborno de los empleados de otro empresario para que ahuyenten a su clientela; así como la provocación de paros y huelgas en la empresa del competidor, e incluir a ésta en listas negras o "boicotarlo" en alguna forma. c) El sonsacar empleados de una empresa."⁷⁷ En nuestra opinión los casos contenidos en la Ley Federal de Competencia Económica, también son casos que se pueden aplicar para reprimir conductas desleales, aún cuando no se reúnan todas las características que la ley señala, como por ejemplo el poder substancial del competidor o el de la influencia en el mercado relevante.

Hay que tener presente que "no deben confundirse los derechos de exclusividad reconocidos por la propiedad industrial... con los objetivos de protección regulados por las normas sobre competencia desleal. Es pertinente intentar precisar el contexto en el que se emplea el concepto de competencia desleal en materia de propiedad industrial y referirse a su contenido y alcance... en su acepción gramatical el concepto "competencia desleal" puede llegar a abarcar actos que lesionan o tienden a lesionar derechos previamente inscritos ante una oficina gubernamental, cuya exclusividad está en principio asegurada como motivo de la previa inscripción... también... las actividades empresariales perniciosas

⁷⁷ Jorge Barrera Graf, Tratado, op. cit., pp. 427 y 428.

que lesionan o tienden a lesionar derechos que no han sido objeto de una previa inscripción o registro. Literalmente hablando ...(ambos) constituyen manifestaciones desleales de la competencia... pues tan desleal resulta en términos competitivos que un comerciante utilice sin autorización la marca registrada de su competidor como el hecho que el dicho comerciante utilice la marca ajena aun no estando registrada. En términos generales ... ambas conductas podrían ser consideradas como formas de competencia desleal, más no desde un punto de vista técnico jurídico. En el primer caso... se estaría más bien ante la violación de un derecho exclusivo... en vista de que las leyes de propiedad industrial contienen disposiciones expresas que prohíben y sancionan conductas específicas en materia de violación a los signos distintivos debidamente registrados procederá entonces la acción que la ley... consagra. Sin embargo, ocurre que los comerciantes e industriales pueden verse perjudicados tanto por violaciones a los derechos exclusivos... como a través de actos múltiples por parte de la competencia al grado que resultaría ocioso e inútil el procurar una enumeración de conductas, más grave- y menos práctico- resultaría el proponer que una empresa contara con un registro o inscripción de la *totalidad* de sus bienes intangibles para poder accionar en contra de un tercero...El procedimiento de inscripción o registro de signos distintivos constituye un sistema peculiar de defender de un modo más efectivo e intenso los supuestos de "competencia desleal" en que la tutela jurídica cuenta con el dato preconstituido -que proporciona seguridad, fijeza y publicidad a la protección- de la previa inscripción del signo mercantil... Carecería de sentido que el titular de un signo registrado, que tiene a su favor el sistema protector de la propiedad industrial quiera defender su derecho a través de medios "menos eficaces" ofrecidos por la disciplina de la competencia desleal. Sin embargo... puede haber aspectos y sectores en que la defensa del interés del titular requiera la utilización conjunta de ambos instrumentos jurídicos. Es el caso de la etiqueta en que figura la marca registrada, pero, que se caracteriza además por otros rasgos distintivos, denominativos o gráficos que no han sido objeto de inscripción especial. En estos casos el ejercicio de los dos tipos de acciones cubre

suficientemente ambos aspectos... la doctrina habla de la función defensiva de carácter subsidiario y aun complementario de la disciplina de la competencia desleal. Por todo lo anterior, se dice que la noción de competencia desleal constituye el complemento indispensable de toda la regulación sobre los derechos de propiedad industrial."⁷⁸

C. ELEMENTOS DE LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. EL COMERCIANTE O INDUSTRIAL. Toda vez que la competencia se realiza entre comerciantes e industriales, es necesario que por lo menos uno de los sujetos, tenga tal carácter, aunque sea transitoriamente, pero que tenga aptitud real de concurrir en el mercado.

2. EL MERCADO. El mercado es el punto donde se ofrecen las mercancías o los servicios, y es ahí donde se manifiesta plenamente la competencia, aclarando que para que exista la competencia desleal no necesariamente debe haber competencia. Basta que se esté en el mercado ofreciendo bienes o servicios para que pueda haber actos de competencia desleal, es decir, que se concorra en el mercado. Insistiendo, aún sin competir con otro al ofrecer iguales o similares bienes o servicios. "Que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales, en este sentido se presume la *finalidad concurrencial* de todo acto económico... cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones, bienes o servicios propios de un tercero... queda superada la antigua

⁷⁸ Horacio Rangel Ortiz, op. cit., pp. 285 y ss.

concepción... (de que) era necesaria una *efectiva competencia* entre el infractor y la víctima... bastando con el hecho de que el acto que infringe la buena fe se realice en cualquier acto aislado, sin otro acto idéntico o análogo de un competidor, puede ser pues, un acto de competencia desleal, si aquél se introduce en el mercado, aunque ello sea sin competir con nadie.⁷⁹ Podemos citar como ejemplo el descrédito, o las marcas que tiendan a ridiculizar ideas o personas, que en si mismo no implican competencia, pero que es un acto desleal.

3. QUE EL ACTO SEA CONTRARIO A LOS USOS HONESTOS O A LAS BUENAS COSTUMBRES. Que el acto o actividad sea objetivamente contrario a los usos honestos o a las buenas costumbres. Los comerciantes e industriales que actúan en el mercado deben competir en el mismo respetando ciertas reglas de fidelidad, de crédito, de creencia, de confianza etc. Sin embargo, determinar cuanto la actuación de un empresario en el mercado infringe estos principios es tarea de los Tribunales en cada caso concreto. Sobre este particular hablaremos más adelante al estudiar las diversas teorías sobre el bien jurídicamente protegido en la represión de la competencia desleal.

4. AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL ACTO. Para que el acto de competencia desleal sea reprochado, no es necesario la intención de quien comete el acto, ni siquiera que esté conciente de que la conducta sea desleal. Basta que exista una conducta que objetivamente incurra en alguno de los supuestos tipificados por la Ley o, más genéricamente, que sea contraria a los usos honestos o a las buenas costumbres, para que exista el acto de competencia desleal. "... se puede advertir que la deslealtad de la competencia no está necesariamente ligada a un presupuesto subjetivo que se concrete en el dolo o en la culpa

⁷⁹ Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 152.

del agente; sin embargo, puesto que la calificación de "desleal" debería implicar igualmente un elemento subjetivo, deberá decirse que un acto de competencia no-doloso o no-culposo es desleal por razones objetivas, o sea, por la sustancia de que consta, o por la materia en la cual se ejercita."⁸⁰ La idea del dolo, culpa o negligencia no es pues elemento, necesario para calificar la deslealtad de la actuación.

Para ilustrar que no es necesario los elementos de dolo, culpa o inclusive negligencia citaremos los siguiente supuestos: "La dificultad es que algunos actos de competencia no son dirigidos contra una persona determinada sino contra el conjunto de comercios similares. El comerciante actúa contrariamente a los usos profesionales y se crea de este modo una clientela en perjuicio de los otros. Es entonces difícil establecer la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio ... Es por el contrario difícil saber si hay competencia desleal en el hecho de un comerciante que explote su propio comercio en condiciones contrarias a los usos profesionales y en forma que obtenga una clientela en razón de ventajas que consiente. (practicadas como)... venta sistemática de mercancías con precio inferior al de costo,... anuncio de una rebaja bajo el falso pretexto de una liquidación,... inscribir con precio menor mercaderías cuyo precio había sido *previamente aumentado* a ese efecto,... entrega gratuita a la clientela de primas en especie o en sellos. Cabe preguntar si tales prácticas constituyen hechos de competencia desleal susceptibles de motivar una acción en daños y perjuicios por parte de los comerciantes que vendiesen artículos parecidos y perjudicados en sus intereses. Porque aquí la acción en competencia desleal desborda el terreno de la acción por responsabilidad civil. No existe culpa del comerciante, puesto que en la hipótesis nada realiza que sea prohibido por la ley. La pretendida violación de los usos profesionales es en realidad únicamente una práctica

⁸⁰ Franco *Messineo*, op. cit., p. 573 y 574.

juzgada contraria a la lealtad, pues no existe ningún uso prohibiendo las ventas con primas o con rebajas. Por otra parte, tampoco se ha demostrado que estas prácticas perjudiquen los intereses materiales de un determinado comerciante competidor. El vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio con frecuencia no puede establecerse. Incluso, el perjuicio muchas veces no existe... Es preciso en todas estas hipótesis admitir la acción en competencia desleal únicamente si se establece la deslealtad, es decir, si el comerciante *ha obrado con la intención de desviar* una clientela que normalmente habría acudido a otros comerciantes. La deslealtad es una noción moral. El juez encuentra una falta contra la moralidad en el ejercicio de la profesión. El perjuicio invocado por el autor tiene un carácter más moral que material. En cambio no pueden considerarse como actos de competencia desleal todos los que realice un comerciante para dar una reputación a su explotación ni las expresiones que use en elogio de la misma o de sus productos aunque la propaganda sea exagerada."⁸¹ De lo anteriormente expuesto, afirmamos que hasta por la culpa leve se responde por los actos de competencia desleal.

6. LA POTENCIALIDAD DE CAUSAR UN DAÑO. Establece el artículo 2108 del Código Civil que se entiende por daño, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. "Es necesario que exista un daño, al menos potencial; de lo contrario, faltaría la razón para reprimir la competencia desleal."⁸² Lo anterior se explica ya que se está protegiendo una conducta que puede afectar derechos de terceros, que es susceptible de causar un perjuicio. "El acto desleal es considerado como tal, desde el momento en que es potencialmente idóneo para producir daño. Como afirma ASCARELLI, la idoneidad potencial de un acto económico para causar un perjuicio es suficiente para calificarlo de ilícito y para justificar su represión a través de la sanción

⁸¹ Georges Ripert, *op. cit.*, pp. 311 y ss.

⁸² Francesco Messineo, *op. cit.*, pp. 573 y 574.

correspondiente,... sin que para que exista la competencia desleal se exija que el infractor produzca un daño concreto efectivo a la víctima.⁸³ Es importante destacar la potencialidad de causar el daño, en virtud de que es por esta razón que se pueden prevenir los actos de competencia desleal, como lo puede ser la suspensión de determinado acto desleal o bien, la clausura de un establecimiento. Sin este concepto de potencialidad del acto, todos los actos tendrían necesariamente que causar el daño y el derecho estaría sometido a sancionar consecuencias y no a prevenirlas.

D. CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Comentaremos brevemente algunas de las clasificaciones en relación a los actos que reprime la competencia desleal.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, hace la siguiente clasificación.

"I) Actos desviatorios realizados frente al público en general, en perjuicio de todos los demás concurrentes. En este grupo debemos mencionar especialmente las falsas indicaciones de origen o de calidad y la mención de falsos honores y condecoraciones.

"II) Actos desviatorios frente a un comerciante determinado, aunque sin infringir pactos

⁸³ Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 152.

establecidos con el mismo. Serían estos los relativos a uso indebido de nombres, marcas, avisos y patentes. También, las injurias, la difamación y la calumnia, la denigración del producto de un comerciante. Del mismo tipo es el apoderamiento de secretos de fabricación.

"III) Actos desviatorios realizados contra un comerciante determinado con infracción de pactos establecidos con el mismo. A) Violación de los pactos de no competencia... son los casos de... venta de una empresa, limitación a socios factores y dependientes."⁸⁴

Pedro Estasen nos dice que "los autores distinguen varios actos....1° los que tienden a establecer confusión entre los establecimientos. 2° Los que tienden a crear confusión entre los productos. 3° Los que tienen por objeto desviar la clientela sin crear confusión entre los establecimientos ni entre los productos; y 4°. Los actos de concurrencia desleal que resultan de la violación de un contrato."⁸⁵

Manuel Broseta Pont, comentando la ley española, clasifica a los actos desleales en cuanto que "perjudican fundamentalmente a los empresarios competidores en: 1) *Los actos de denigración* que son aquellos en los que se intenta captar la clientela del contrario mediante la difusión de manifestaciones aptas para menoscabar su crédito y buena fama en el mercado."⁸⁶ Este autor afirma que no se considera denigración el hecho de que las afirmaciones sean exactas, verdaderas, aunque sean peyorativas. Sin embargo, considera

⁸⁴ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, pp. 441 y 442.

⁸⁵ Pedro Estasen, *op. cit.*, p. 1075.

⁸⁶ Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

que no será leal, una afirmación que se refiera al ámbito privado del competidor -al margen de su actividad mercantil- que le denigra. Continúa este autor con su clasificación en: "2) *Los actos de imitación...* porque pueden generar confusión. Sólo se consideran... desleales aquellos que violan derechos de exclusiva reconocidos por la ley [signos distintivos]. A *sensu contrario*, la imitación de prestaciones e indicativas empresariales [estrategia, marketing] es libre y, por tanto, no son susceptibles de ser una actuación desleal. 3) *La explotación de la reputación ajena ...* cuando un competidor se aprovecha de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado [good will]. 4) *La violación de secretos industriales* ya que es desleal divulgar o explotar sin autorización de su titular secretos industriales o de cualquiera otra especie a los que, además se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva. 5) *La inducción a la ruptura contractual...* cuando se captan empleados o clientes... o a través de maniobras incorrectas [... soborno]."⁸⁷ El autor que estamos comentando, clasifica las prácticas que atentan contra el consumidor en: "1) *Los actos de confusión...* aquellas situaciones idóneas para crearla en relación con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno... <idóneo>... comportamientos que le están creando, como todos los potencialmente susceptibles de crear confusión. 2) *Los actos de engaño...* utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas... omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige... 3) *Los obsequios, primas y regalos...* cuando por las circunstancias en que se realicen pongan al consumidor en la actitud de contratar la prestación principal para conseguir los obsequios, primas o regalos. 4) *Las actuaciones discriminatorias*, tanto en materia de precios como en otras condiciones de venta que se reputarán desleales, excepto si media causa justificada."⁸⁸ Continuando con la clasificación que hace Broseta, también distingue los que protegen el *interés general* dirigido a potenciar el buen funcionamiento del mercado, que clasifica en: "1) *Las actuaciones con*

⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸ Loc. cit.

violación de normas, es el caso de prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de la leyes, siempre que la ventaja sea significativa. 2) *La venta a pérdidas* que sólo se reputará desleal si es susceptible de inducir a error, desacredita la imagen de un producto o establecimiento ajenos o cuando forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. 3) La explotación de situaciones de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad económica."⁸⁹

Jorge Barrera Graf clasifica los actos de competencia desleal con referencia al derecho Mexicano. Los divide desde el punto de vista de su origen y de la manera en que se manifiestan en legales, consuetudinarios y convencionales. "Los primeros derivan del derecho positivo (artículos 4, 5, 8 de la Convención de la Unión de París); los segundos, de los usos (convenios y pactos de exclusiva), y los últimos, de un pacto o de una estipulación contractual (convenios de distribución exclusiva y pacto de no concurrencia en contratos de prestación de servicios). Desde el punto de vista teleológico, o sea, tomando en cuenta el fin próximo o remoto perseguido por el sujeto que realiza la competencia desleal, podemos clasificar los actos relativos en tres grupos: Primero. Los actos tendientes a desacreditar la empresa, los productos o los servicios de un competidor; Segundo. los actos tendientes a producir confusión en la clientela respecto al establecimiento, los productos o los servicios de un competidor, y Tercero. Los actos tendientes a desviar la clientela de un competidor. La característica común de estos tres grupos consiste en que los actos o maniobras respectivas van dirigidas a lesionar el aviamiento de la hacienda y a atraer la clientela hacia la empresa que ejecuta los actos desleales; para lo cual, en alguno casos el titular de la empresa trata de establecer un monopolio, acaparamiento o concentración; en otros, realiza

⁸⁹ Loc. cit.

actos en violación de un derecho de exclusiva sobre secretos industriales o sobre la propiedad inmaterial de un concurrente; o bien, se atribuye derechos, bienes, cualidades de sus mercaderías que no corresponden a la realidad y que plantean situaciones de preeminencia injustificada en el mercado; en ocasiones, ejerce actividades comerciales que le están vedadas; o también trata de disminuir el prestigio de otras empresas mediante imitaciones, calumnias, informaciones contrarias a la ética comercial, etc."⁹⁰

Las anteriores clasificaciones encuadran dentro de los diversos supuestos que hemos visto en el presente capítulo.

⁹⁰ Jorge Borrero Graf, Tratado, op. cit., pp. 424 y ss.

CAPITULO TERCERO

TEORIAS SOBRE EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO EN LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Algunas teorías sostienen que el bien jurídicamente protegido por la norma general de la represión de la competencia desleal, se encuentra en un derecho subjetivo absoluto. Estas teorías no difieren substancialmente, sino que se fundan o parten de una misma idea consistente en la construcción de un derecho subjetivo absoluto de carácter patrimonial; o bien, la búsqueda del bien jurídicamente protegido se circunscribe a los derechos de la personalidad, cuya lesión provoca la represión de la competencia desleal. Así se dice que el derecho subjetivo lesionado se manifiesta a través de la clientela, del aviamiento, del abuso del derecho, etc. Otras teorías pretenden establecer que el bien jurídicamente tutelado son las buenas costumbres, los usos honrados en materia comercial. Otras fundan el bien jurídico protegido en el interés de la sociedad en que dichos actos sean reprimidos.

A continuación expondremos las diversas teorías que existen al respecto.

1. PROTECCION DE LA CLIENTELA, A TRAVES DEL AVIAMIENTO O DE LA HACIENDA COMERCIAL

Son numerosos los autores que sustentan esta teoría. Los partidarios de esta teoría sostienen que las normas de competencia desleal protegen a la clientela. En efecto: "La acción en competencia desleal protege un derecho definido y este derecho es la propiedad del fondo de comercio... se analiza como el derecho a conservar una clientela por el empleo de ciertos elementos y de ahí que los procedimientos empleados para desviar esta clientela consistan en una violación del derecho en la medida en que destruyan algún elemento del fondo. La decisión prohibitiva se comprende entonces fácilmente, pues no se trata solamente de reparar un perjuicio sino de proteger un derecho."⁹¹ No estamos de acuerdo en que la protección sea a un derecho absoluto de los comerciantes, este derecho no puede ser el fondo del comercio, puesto que este es un elemento de hecho que conforma a la empresa. Los comerciantes no tienen un derecho absoluto sobre la clientela, por el contrario lo que tienen es la posibilidad de hacerse de una clientela, siendo esta última la que decidirá con quien recurrir para adquirir bienes o servicios.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, también comparte esta postura, cuyos argumentos son los siguientes: "Decir que las buenas costumbres son las infringidas cuando se habla de

⁹¹ Georges Ripert, op. cit., p. 310. Este autor comenta lo siguiente: "FONDO DE COMERCIO. Se trata de una propiedad; pero no comprende ningún objeto material... es una de las propiedades incorporales, y el hábito de referirse a la idea de propiedad literaria, artística y de patentes y marcas. Esta propiedad es en realidad un derecho exclusivo de explotación de una clientela... pero de hecho conserva los elementos que le permiten acudir en el mantenimiento de una clientela, y eventualmente en el aumento de la misma, haciéndole, pues, conservar o transmitir estos elementos para mantener o ceder la clientela." p. 310.

competencia desleal, es insuficiente, porque las buenas costumbres lo que hacen es proteger algo y ese algo es el derecho cuya protección constituye la médula del sistema de la competencia desleal. Parece que ese derecho no es otra cosa que el aviamiento. No se comprendería la competencia desleal si no se piensa en la armonía de los diversos elementos que han sido coordinados para el cumplimiento de un fin; la competencia desleal lo es porque infringe el derecho del propietario al aviamiento. "La protección contra los actos de competencia protegen el interés del titular de la hacienda a lo que puede llamarse su cohesión o compacidad"[Carneluti]. En este sentido, puede decirse que la competencia desleal supone necesariamente un acto desviatorio de la clientela, pues es en el público que acude a obtener mercancía o servicios de una empresa donde claramente se exterioriza el aviamiento. Así se ha podido decirse que la competencia desleal supone actos de concurrencia desviatorios de la clientela y que estos son los que "de un modo o de otro hacen que la demanda afluya hacia un concurrente distinto de aquel al que acudiría según las tendencias naturales" [Ghiron]. Estas tendencias naturales no son otras que las de adquirir productos o servicios en las mejores condiciones por cuanto a su precio o calidad. Es evidente que no todo acto desviatorio de competencia es desleal, sino aquellos que suponen una intención fraudulenta o que van más allá de lo que el sentido medio moral consiente o autoriza."⁹² No estamos de acuerdo con esta postura, por las razones antes expuestas. Sin embargo, es cierto que la finalidad primordial de los actos de competencia desleal tienden a conseguir a un mayor número de consumidores, para desde luego, obtener mayores ganancias; sin embargo, insistimos en que la clientela no es un derecho de los competidores. Las normas de competencia deleal "... tienden a proteger al comerciante honorable, en ningún caso tienen por objeto directo la protección del posible comprador, si bien a menudo la competencia desleal redundando también en perjuicio del público, no siempre sucede así, y no ha sido esta razón, en todo caso, el punto de vista decisivo que ha

⁹² Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 441.

Inspirado las normas de competencia desleal.⁹³

Joaquín Garrigues también es partidario del aviamiento como el bien jurídico tutelado por la represión de la competencia desleal, sin embargo, tiene un punto de vista distinto a las anteriores concepciones. Dice este autor: "La empresa... no constituye una unidad jurídica susceptible de ser protegida por normas jurídicas semejantes a las que protegen el derecho de propiedad sobre cosas muebles. La empresa es un conjunto de actividades y bienes patrimoniales de relaciones de hecho. Las normas sobre competencia ilícita protegen directamente la clientela de la empresa como elemento de valor económico decisivo. Pero están dictadas no sólo en favor de la clientela, sino también en favor del comerciante. No protegen la clientela como cosa ni como derecho, puesto que no es lo uno ni lo otro. Tienden a impedir, sencillamente, la sustracción de la clientela por medio de la competencia ilícita, con el consiguiente daño patrimonial del comerciante, que ve disminuidas sus posibilidades de venta."⁹⁴ Esta teoría esta acorde con lo que expusimos anteriormente, en el sentido de que los actos desleales tienden a conseguir a un mayor número de clientes, sin embargo, este autor no define con claridad porque se protege "la sustracción de la clientela por medio de la competencia ilícita".

"Queriendo intentar unificar en una fórmula comprensiva, las categorías singulares de los actos de competencia desleal, puede decirse que los mismos determinan la desviación de la actual clientela, o impiden [o hacen difícil] que se forme una clientela, o que se conserve o se desarrolle: con el resultado de sustraer organización y funcionamiento [aviamiento] o sea, posibilidad de negocios, y - en definitiva- de disminuir ilegalmente los beneficios del

⁹³ Karl Heinsheimer, Derecho Mercantil (Tercera Edición, Traducido y anotado por Agustín Vicente Gella; Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1955), p. 56.

⁹⁴ Joaquín Garrigues, op. cit., pp. 241 y 242.

competidor: en esto se concreta el daño. Es indiferente si, de hecho, de los negocios sustraídos a la empresa [competidora] perjudicada, se beneficia el competidor perjudicante, o bien un tercero, o el competidor o también el tercero"⁹⁵, el autor establece que se quiere tutelar, no genéricamente la actividad del empresario sino el constituirse o el conservarse, de una organización y funcionamiento, y la obtención de beneficios, y continúa diciendo: "El derecho lesionado por los actos de competencia desleal, y el daño inferido, son por tanto, de naturaleza esencialmente patrimonial [puesto que patrimonial es el interés que constituye su sustrato] Aun cuando, en alguna hipótesis [descrédito del competidor], pueda concurrir un daño a la persona, el mismo se toma en consideración en cuanto se refleja en un daño patrimonial; por consiguiente, todo orden de ideas que mire a hacer entrar esta materia en la órbita de los derechos de la personalidad, o del daño inmaterial, en opinión de quien escribe, debe ser netamente rechazado... Se puede, quizá, pensar en un deber de abstención de los actos de competencia desleal, como lado pasivo de un correspondiente derecho subjetivo del empresario a obtener de su empresa todo el resultado útil que la misma puede dar, cuando no se haya perturbado o desconocido, su organización y funcionamiento".⁹⁶ Hacemos a esta teoría las mismas críticas que hemos hecho a las anteriores.

2. TEORIA DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Siguiendo con las teorías que fundan el bien jurídicamente tutelado en la represión de la competencia desleal en un derecho absoluto, exponemos la que se funda en el derecho de la personalidad. La teoría se expone de la siguiente forma: "La ley atribuye a cada

⁹⁵ Francesco Messineo, *op. cit.*, pp. 577 y 578.

⁹⁶ *Loc. Cit.*

empresario competidor un derecho subjetivo a la abstención por parte de los concurrentes de llevar a cabo actos calificados de desleales, cuyo contenido positivo sería asegurar una <<probabilidad de ganancia>>. <<Es un derecho de la personalidad... precisamente porque no requiere ningún particular supuesto de hecho constitutivo (pues se vincula) directamente a la existencia del sujeto, que de por sí goza a su vez de la posibilidad de ejercer una actividad empresarial>> de ello, además, derivan ciertas características como pueden ser su <<no comercialidad>>, su <<irrenunciabilidad>> etc."⁹⁷ Los derechos de la personalidad son el nombre, la capacidad, el domicilio, etc., elementos que pensamos no tienen relación alguna con la represión de la competencia desleal. Las características de irrenunciabilidad y de comercialidad no relación alguna con la protección de actos desleales. La probabilidad de una ganancia es una expectativa que tiene el comerciante al iniciar una actividad mercantil, más no por ello el derecho protege esa "expectativa", por el contrario, al permitir que cualquier individuo inicie una actividad lícita, está implícitamente reconociendo y protegiendo la probabilidad de ganancia, pero nunca protege esta expectativa como derecho de la personalidad.

Partiendo de la base de que si la competencia desleal fuera un derecho ajeno, allí se establece el límite de la libre competencia. Siguiendo con la teoría del derecho subjetivo, se precisa *definir* cual es el *derecho ajeno* y no que tipos de actos constituyen competencia desleal. "Será todo acto que viole tal derecho, lo que ciertamente es más claro que hablar de prácticas honestas o deshonestas que varían con los cambios de las costumbres. Lo que es protegido por el derecho no puede ser violado y nos parece exagerado centralizar tal objetivo de la protección jurídica en la clientela, que está constituida de personas libres, que no son objeto de apropiación y, muy por el contrario, objeto directo de la libre competencia

⁹⁷ Cándido Paz-Arta, "Constitución Económica y Competencia Desleal", Anuario de Derecho Civil, XXXIV, fascículo IV oct.-dic. (1981) p. 956.

comercial... esa lucha por la clientela es fuente de mejoramiento y de enriquecimiento de las naciones y redundan en beneficio de los consumidores. Los actos de competencia desleal son, por tanto, los que lesionan derechos del autor, del inventor, del industrial y del comerciante, y pueden ser divididos en dos clases: a) derecho de la personalidad, como la honra, la reputación, el derecho a la propia imagen, al respeto de la vida privada, incluyendo por extensión, como sujetos de derecho, a las personas jurídicas o colectivas, y b) derechos de propiedad inmaterial, es decir, derechos sobre los frutos del trabajo libre o de naturaleza creadora, a saber, las invenciones, las obras artísticas, los modelos de fábrica, el propio establecimiento o hacienda en su aviamiento y los signos por los cuales son identificados."⁹⁸ Si bien estamos de acuerdo con este autor en cuanto a la crítica que se hace a los que fundan sus teorías en la clientela, no lo estamos en cuanto a la división que propone. En cuanto a los derechos de la personalidad, las leyes que reprimen los actos que menciona el autor, están perfectamente establecidos en diversas leyes que lo protegen como derecho y no como normas de competencia desleal, por ejemplo, el derecho a la propia imagen está perfectamente regulado por los derechos de autor y no como acto de competencia desleal; asimismo, la segunda clasificación es precisamente materia y protección de la propiedad industrial, lo que no debe confundirse con el tema de competencia desleal.

En resumen, la crítica que se hacen a las teorías anteriormente desarrolladas, que fundan su objeto en los derechos subjetivos, consisten en que si fueran absolutamente ciertas, "las normas represivas de la competencia desleal deberían tutelar el *aviamiento*, la clientela o la *azienda* contra cualquier acto de competencia que acarree un *damnum*, fuese este acto leal o desleal; si estas tesis estuviesen en lo cierto, la disciplina de la competencia haría

⁹⁸ Newton Silveira. "Competencia Desleal y Propiedad Inmaterial". *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. No. 35-34 (1979) pp. 192 y 195.

surgir verdaderos *derechos de monopolio* como sucede con otros bienes inmateriales [piénsese en las marcas o en las patentes]. Y es claro -nadie lo pone en duda- que el derecho de la deslealtad no impone ningún deber absoluto de abstención... Desde este punto de vista... semejantes planteamientos introducen claras fracturas en el sistema tanto desde el punto de vista político-jurídico... porque afirmando la existencia de derechos subjetivos absolutos [aún con excepciones: la competencia leal], se daría ingreso en el sistema a nuevos derechos de *monopolio* que, en principio, son inadmisibles. Se concebiría la competencia como regla y la leal como excepción, con el resultado final de atribuir un papel marginal al principio constitucional de la libertad de competencia. Además... se llevaría hasta sus últimas consecuencias la tutela individual del empresario, precluyendo la posibilidad normativa de cualquier tipo de protección social [consumidores, pequeña empresa, etc.] Desde el punto de vista *técnico-jurídico*, la tesis arrastraría también disfunciones en el sistema, haciendo extremadamente difícil la distinción entre actos de competencia desleal y aquellos otros que acostumbran a calificarse de competencia ilícita... es decir, violaciones de derechos de monopolio o de limitaciones legales o contractuales a la libre competición... El reconocimiento de un derecho subjetivo no ofrece ninguna pauta para delimitar la competencia desleal de la leal"⁹⁹

3. TEORIA DE LA LEALTAD DE CONCURRENCIA

Esta teoría es esencialmente igual a la que sustenta los partidarios de los usos honestos en materia comercial. No busca esta teoría un derecho subjetivo del comerciante, como se ha visto en las anteriores teorías, sino que busca encontrar el fundamento jurídico en las reglas del juego, es decir, en las normas que regulan la competencia.

⁹⁹ Cándido Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 932 y 933.

"Como titulares de los derechos a la propiedad y a ejercer libremente sus comercios e industrias, con arreglo a las leyes que lo reglamentan, los comerciantes e industriales tienen, por añadidura, un interés jurídico en que en el ámbito donde desarrollan sus actividades, se observen y garanticen las condiciones de mutuo respeto, lealtad y corrección profesionales entre quienes compiten en un mismo ramo. Los empresarios tienen, entonces, derechos subjetivos a la lealtad de la concurrencia. ¿Cuáles son los actos y prácticas que infringen esos derechos subjetivos? Respondemos diciendo que revisten esa condición los actos de competencia contrarios a los usos honestos en las materias industriales y comerciales."¹⁰⁰ "Opinaba ASCARELLI... (que no se podía) tutelar directamente a la clientela [porque ésta no puede ser objeto de protección al permitirse su detracción a consecuencia de la libertad de competencia], sino que tutelaba *al bien en sí mismo que en el mercado constituye la lealtad en la competencia*, así como a la probabilidad de lucro o de beneficio que corresponde a quien ejercita una actividad económica de forma leal y lícita... se debe exigir y proteger la existencia de la competencia leal en el tráfico mercantil, porque es necesario tener en cuenta los intereses de los consumidores y de la colectividad en general, que la deslealtad puede dañar... la prohibición de competencia desleal no sólo protege interprofesionalmente a los empresarios, sino que también protege a los consumidores, que pueden verse afectados por muchas de estas actuaciones.... esta protección se plasma fundamentalmente en el reconocimiento de la legitimación activa a favor de los consumidores... Esta moderna orientación de los intereses protegidos... es un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, ya que regula la participación de todos los sujetos que inciden en el mismo y no sólo de los empresarios. De esta manera... (se) presta atención no sólo a los intereses concretos de competidores y consumidores, sino de forma general y extensa al interés público, al proteger también el

¹⁰⁰ Pedro E. Fernández Lalanne, op. cit., p. 67.

Interés de la colectividad en evitar conductas desleales que perturben *el correcto funcionamiento del tráfico económico y del mercado.*"¹⁰¹ Sobre esta teoría, abundaremos al estudiar la teoría de los usos honrados, difieren ambas en su exposición, pero en el fondo son iguales. Pensamos que al consumidor se le protege de manera indirecta al reprimir los actos de competencia desleal, es decir, es consecuencia de la protección del empresario que el consumidor se ve beneficiado, pero no es motivo de regulación el consumidor, salvo el caso de la publicidad engañosa, en que se le da acción, en los demás casos de competencia desleal no se le otorga al consumidor acción alguna.

4. TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

Esta teoría, parte de la base de que los competidores tienen un derecho a la libre competencia, o bien, a la regulación establecida por la competencia, consistente en la buena fe, o usos honrados, y que el abuso de esta libertad constituye el sustrato de la represión de la competencia desleal, sin que sea para ello necesario la violación de un derecho subjetivo. "La teoría del abuso del derecho significa que las buenas costumbres, determinadas por la conciencia media de la nación, está formada, en muchos campos, por ideas sociales y económicas, constituyen aún sin una norma explícita, el límite de los derechos subjetivos, de posiciones jurídicas, de las libertades. De ahí, por un lado, que no parezca justificado distinguir entre el valor social y el moral de una acción, y, por el otro, que sea idéntico el fundamento jurídico de la teoría del abuso del derecho, en sentido estricto, y el de la teoría del uso excesivo de la libertad civil, por lo cual conviene hablar de una sola teoría en vez de dos distintas. Son siempre las opiniones culturales dominantes en una colectividad las que

¹⁰¹ Manuel Brosca Pont, *op. cit.*, pp. 133 y 154.

determinan el carácter abusivo del fin perseguido o de los medios usados para un fin legítimo y las que establecen, en primer caso, si se debe considerar como abusivo sólo el ejercicio del derecho con la única intención de perjudicar, o, con arreglo a otra doctrina, si tal ejercicio se realiza fuera de los límites del interés protegido."¹⁰² Más adelante, este autor manifiesta: "Para fundar la competencia desleal, no resulta necesario ver en ella la violación a un derecho inmaterial o de un derecho de la personalidad del concurrente, sino que se trata de un límite inmanente a la libertad de la competencia."¹⁰³ No creemos en la teoría del abuso del derecho, ya que esta parte de dos principios indisolubles, que se abuse o se ejercite en forma excesiva de un derecho subjetivo y, la otra, que sea con el único objeto de perjudicar. En los actos de competencia desleal, no se abusa de un derecho, caemos en las mismas situaciones que las anteriores teorías, en última instancia cuál sería ese derecho. Por otro lado, el derecho no se usa sólo para perjudicar sin obtener beneficio, por el contrario, lo que se pretende es obtener un beneficio a costa del competidor.

5. TEORIA DE LOS USOS Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES

Establece nuestro derecho como norma general, como acto de competencia desleal, todo acto de competencia contrario a los usos honestos o a las buenas costumbres en materia industrial o comercial. Esta teoría es la que compartimos.

Los partidarios de esta teoría sostienen que "La reprobación general que hace la L.I.M.

¹⁰² Roberto Goldsmith, Hacienda comercial y Competencia Desleal. Dos Contribuciones para su Estudio, (Argentina: Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1960), pp. 66 y 66.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 60.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA, BIBLIOTECA**

[ahora Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial] de la realización de actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios. ha sido criticada por considerarse que la ley se apoya en un criterio ambiguo, abstracto y subjetivo para la tipificación de una infracción. Sin embargo, aquí cualquier criterio de valor queda sustituido por una remisión a la costumbre; aunque los juicios valorativos no pueden evitarse, ni en ese caso, porque la referencia se hace, no a cualquier clase de costumbres, sino precisamente, a las buenas costumbres, es decir, a las costumbres honestas, honradas. La fórmula elástica y amplia de que para competir lealmente hay que atenerse a lo que se acostumbra a lo que vienen haciendo todos *con la aprobación social* encierra uno de los elementos esenciales de la institución, consistente en la obligación implícita en toda actividad concurrencial, de utilizar medios corrientes y habituales, aquellos que todos se conciertan para usar; y no medios excepcionales y desacostumbrados cuyo empleo forzosamente coloca a los demás competidores en una situación de desigualdad e inferioridad, contraria a la esencia misma de toda licitación. Lo que no es admisible es que cualquier competidor acuda a servirse de formas o modalidades de actuación a los que implícitamente han renunciado otros por ir contra lo que se acostumbra estimar como permisible y honesto. Al prohibir la deslealtad, en realidad se sancionaría la conducta del competidor que juega con ventaja podría decirse, puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado acostumbra utilizar; procedimientos que, el uso social rechaza, como contrarios a la probidad mercantil. En definitiva, en fin, el juicio sobre la lealtad o deslealtad de la conducta de un competidor se convierte, en esta clase de fórmulas, en una verificación de realidades sociales -las costumbres que rigen y se aplican-; pero no por eso deja de utilizar conceptos de valor. Buenas costumbres quiere decir, costumbres honradas, honestas, quiere decir las costumbres establecidas y aplicadas por los buenos, no por los malos comerciantes. Resulta importante mencionar que si en la práctica continúan los actos desleales, no podrán transformarse en leales a causa de su continuidad. Un juez debe

enfrentarlos y no conformarse con su realidad fáctica."¹⁰⁴ Estos medios habituales no son caprichosos de los comerciantes. Son los habituales, los que reiteradamente usan los comerciantes en sus transacciones, en sus operaciones diarias. Debe ser labor de los tribunales, por medio de la resolución de los casos concretos, el conformar esta disciplina.

Frisch y Mancebo establecen que: "la contravención de las buenas costumbres puede ser calificada con base en la conciencia ética de quienes piensan en forma equitativa y justa... (es) contraventor de las buenas costumbres, si resulta incompatible con una situación deseable desde el punto de vista social y ético... Como las concepciones éticas no son iguales para todas las personas que se encuentran sometidas a un mismo orden jurídico, la fórmula mencionada no nos parece suficientemente precisa para su aplicación práctica, ya que se refiere a la conciencia ética general del pueblo. Debido a lo anterior, se precisó el principio considerándose relevantes los criterios dominantes, observados por la mayoría de personas pertenecientes a una determinada esfera, que ofrezca pertinencia para el caso concreto; así, por ejemplo, en el campo de la competencia, los criterios dominantes son los de la mayoría de los comerciantes, profesionales o industriales. Resulta importante mencionar que si en la práctica continúan los actos desleales, no podrán transformarse en leales a causa de su continuidad... las buenas costumbres, no solamente puede estar integrada por bases éticas sino que, según el criterio positivista, también puede ser por deducciones de normas jurídicas positivas; es decir, por medio de una extensión o ampliación del texto de las normas legales, contenidas en un determinado orden jurídico a través de la aplicación de postulados y tendencias "subyacentes" al orden jurídico, siempre y cuando sean concebibles para su interpretación. La aplicación del concepto de las buenas costumbres en el ámbito de la competencia desleal, puede ser referida al sentimiento ético de los competidores y a los usos existentes en los sectores del comercio e industria... sin

¹⁰⁴ Horacio Rangel Ortiz, *op. cit.*, pp. 300 y 301.

embargo, un acto expresamente admitido por una norma legal, jamás puede ser calificado como contraventor de las buenas costumbres por normas existentes en ciertos círculos. Así, se demuestra la subordinación de criterios éticos al contenido del Derecho Positivo. Un acto que se encuentre en contradicción con una meta del legislador, debe ser considerado una contravención de las buenas costumbres. Tal criterio no solamente es aplicable en el caso de que se consideren éstas como expresión de un sentimiento ético, sino también cuando las buenas costumbres sean consideradas como resultado de deducciones tomadas de un orden jurídico positivo, debido a que, en el primero, se puede identificar un sentimiento ético con el espíritu de un orden jurídico; en el segundo resulta, a causa de la definición de las buenas costumbres, que la contravención del fin de las leyes debe ser calificada como contravención de las primeras. Lo mismo vale en los casos de prohibiciones legales."¹⁰⁵

En resumen, los criterios para determinar si un determinado acto es de competencia desleal, se debe ver a la luz de los usos y de las buenas costumbres que imperen en un momento determinado, ya que el comercio evoluciona constantemente. Es al juez a quien le toca, a través de los casos particulares que se le sometan, desarrollar nuestra disciplina. El fundamento está contenido en el artículo 5 y 28 Constitucionales, en las leyes de propiedad industrial, por lo que debe resolver, desde luego, utilizando la hermenéutica jurídica. No debe perderse de vista que en el fondo la disciplina tiene un gran contenido económico, por lo tanto, el juez debe analizar las políticas económicas dictadas por el Estado para resolver las controversias en esta materia.

¹⁰⁵ Philipp Frisch Walter y Gerardo Mancho Muriel, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

CAPITULO CUARTO

ACCIONES PARA REPRIMIR LA COMPETENCIA DESLEAL

Decíamos, en el capítulo segundo, que tres son las fuentes de donde puede proceder la competencia desleal. La primera es la legislación, la segunda, la función administrativa y, la tercera, la actividad de los mismos particulares.

Nuestra legislación no contiene una disposición específica para reprimir la competencia desleal proveniente de los dos primeros; por lo tanto, dependiendo de la norma vigente, sea de derecho público o privado, sea formal o materialmente legislativa, se deberán promover los recursos que las leyes prevean o, a falta de éstos, el juicio de amparo, para lograr que se repriman esos actos de competencia desleal provocados por la legislación o por la función administrativa.

De los actos de competencia desleal cuya fuente son los actos de los particulares, veamos

en el capítulo segundo de este trabajo, que las normas que contienen hipótesis de competencia desleal están dispersas en varios cuerpos de leyes, sin que exista, por esa razón, un cuerpo único que regule la disciplina en estudio. Las acciones que se pueden presentar son de dos tipos: la primera, la de responsabilidad civil y, la segunda, la denuncia de actos de competencia desleal ante la autoridad administrativa, siendo necesario en este último caso para reclamar los daños y perjuicios, el de seguir la primera de las acciones mencionadas.

1. ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La acción general que en nuestro derecho se puede aplicar para reprimir los actos de competencia desleal, está contenida en el artículo 1910 del Código Civil, que trata de la responsabilidad extracontractual o la llamada responsabilidad Aquiliana.

El mencionado artículo 1910 establece que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, debe repararlo, al menos que demuestre que el daño se produjo por culpa inexcusable de la víctima. En forma somera, pasemos a analizar el precepto en comento.

Los elementos característicos de esta acción son: el ilícito, la causación de un daño y la reparación del mismo.

El concepto ilícito se puede ver "Desde el punto de vista de la norma, o sea, desde un punto de vista lógico-formal, podemos decir que es una norma de orden público (artículo 1830 del Código Civil), protectora de derechos absolutos y que impone (una responsabilidad de reparar el daño o la afectación moral causada) a quien, por acción u omisión voluntaria la transgrede y cause un daño o una afectación moral, o ambas cosas, a otra persona. Desde el punto de vista del delito, o sea, desde el punto de vista ontológico, se define: Una conducta voluntaria, de acción o de omisión, violatoria de una norma protectora de derechos absolutos, que causa un daño o una afectación moral o ambas a la vez, en el patrimonio o en la persona de otro, y que tiene la obligación de reparar o de satisfacer."¹⁰⁶

"El precepto no hace referencia al elemento culposo, pero la doctrina conoce esta responsabilidad como la fundada en culpa directa; no es una intervención física, corpórea, sino un actuar doloso o culposo."¹⁰⁷ "No es correcto hablar de simple intervención personal del demandado para hacerlo responsable; podría intervenir involuntariamente, como instrumento, y así no sufrir las consecuencias reparadoras; hay que examinar el acto humano para saber si hubo dolo o culpa en la producción del daño; es necesario recurrir a la culpabilidad para saber si queda sujeto a las consecuencias impuestas por la ley. En este sentido se habla de responsabilidad directa: Quien culposamente produjo el daño, lo repare... La culpa es más amplia en su concepción que el dolo: éste abarca únicamente los actos y resultados pensados y queridos respecto a un resultado dañoso; aquella, la conducta humana que produce daño sin intención... el daño es exigido por la ley para la responsabilidad del demandado, si el actor no probare en juicio su existencia, el reo será

¹⁰⁶ Manuel Miguel Caballero, Apuntes de su cátedra de Teoría General de las Obligaciones, (1992).

¹⁰⁷ Manuel Miguel Caballero, La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado, de los Organismos Públicos y de los Servidores de la Nación, op. cit., p. 25.

absuelto... la afectación puede ser material, corporal y moral."¹⁰⁸ Según el artículo 1915 del mismo ordenamiento, la reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ella sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Esta acción aquiliana, en principio, rompe con los elementos característicos de nuestra disciplina, (vide supra pág. 60) ya que se requiere para que prospere esta acción, la comprobación de la culpa y el daño y la relación entre ambos. Por lo tanto, el problema que presenta esta norma es que el concepto de delito civil no es suficiente para abarcar todos los actos de competencia desleal. Decíamos que el ilícito en nuestra disciplina es mucho más amplio (vide supra pág. 20), por lo tanto, si el acto de competencia desleal que se quiere reprimir no abarca el ilícito civil, la acción no prosperará. En consecuencia, es necesario la comprobación de la conducta culposa o dolosa del infractor y el daño causado, así como la relación entre ambos; recordando, como vemos anteriormente al estudiar los elementos de la represión de la competencia desleal, que el daño puede ser al menos potencial, por lo que la norma contenida en nuestro artículo 1910, es insuficiente para reprimir todos los actos de competencia desleal, ya que insistimos, para ejercer la acción contenida en el 1910 se deberá probar los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual fundada en culpa directa.

2. ACCIONES DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Son dos cuerpos legales que específicamente sancionan los actos de competencia desleal.

¹⁰⁸ Manuel Moguel Caballero, La Ley Aquiliana y los derechos de la Personalidad, (México: Editorial Tradición, S.A. 1983), pp. 20, 46, 63.

La Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, establece en su artículo primero que el objeto de la ley es promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, cuyos principios básicos en las relaciones de consumo, entre otras, es la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, (artículo 1° fracción VII).

El principio de esta norma tiene por objeto regular las relaciones entre consumidores y proveedores, y no regular otro tipo de relaciones en el mercado como podría ser entre proveedores; siendo la verdad de los hechos, que los únicos obligados al cumplimiento de dicha ley son los proveedores, a pesar de que el artículo 6° de la Ley, establece que están obligados al cumplimiento de la misma los proveedores y los consumidores, ya que todo el contenido de la Ley de Protección al Consumidor está imponiendo obligaciones a los proveedores; además, que por disposición del artículo 99 los únicos facultados para presentar reclamaciones por violación a la ley son los consumidores, sin que la Procuraduría resuelva controversias entre los proveedores.

Pensamos que la única acción que tienen los consumidores, en el campo de la competencia desleal, es la relacionada con la publicidad engañosa y abusiva, prevista en el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que establece que la información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras

descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud. (vide supra, pág. 55), sin que la Procuraduría pueda reprimir otros casos de competencia desleal que repercutan en el consumidor, ya que su función se limita a proteger los intereses de los consumidores relacionados con las disposiciones expresas de dicha ley, o dicho de otra forma, sólo por violación a cargo del proveedor a una norma específica de esa ley, la Procuraduría podrá ejercer sus facultades. No se hace extensiva esta facultad, pues esta Institución no es órgano jurisdiccional.

La Procuraduría puede actuar cuando tenga conocimiento de actos de competencia desleal, al hacer referencia a productos, marcas, servicios o empresas en forma específica, como resultado de investigaciones permanentes, técnicas y objetivas, a efecto de orientar y proteger el interés de los consumidores y publicar periódicamente dichos resultados para conocimiento de los propios consumidores.

La sanción por violación al artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, está prevista en el artículo 127 del mismo ordenamiento, consistente en multa hasta por el equivalente de una a mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia. Entendiéndose como reincidente, el proveedor que viole dicho precepto dos o más veces durante el transcurso de un año, contado a partir de que se cometió la primera infracción. Para determinar la sanción se deberán tomar en cuenta la condición económica del infractor, el carácter intencional de la infracción, la reincidencia, la gravedad de la infracción y el perjuicio causado al consumidor o a la sociedad en general.

La Ley Federal de Competencia Económica, que prevé distintas hipótesis para reprimir los actos monopólicos, establece dos limitaciones importantes para poder reprimir dichos actos: la influencia en el mercado relevante y el poder substancial. Recordando que por mercado relevante, la ley establece los siguientes criterios para su distinción: la posibilidad de sustitución por otros del bien o servicio de que se trate; los costos de distribución de dichos bienes o servicios; los costos y las probabilidades de los consumidores para acudir a otros mercados; y, las prohibiciones legales que limiten el acceso de los consumidores a otros mercados. Para determinar el poder substancial, la ley establece como criterios: la posibilidad de establecer precios en forma unilateral, o restringir el abasto, sin que sus competidores puedan contrarrestar dicha actuación; la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competidores; las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos; su comportamiento reciente; y los demás que establezca el reglamento de la ley que comentamos.

Los actos que señala esa ley económica como actos monopólicos, aún cuando el acto en sí mismo no reúna las características de poder substancial y la influencia en el mercado relevante, creemos que por analogía y dependiendo del caso concreto, pueden ser considerados como de competencia desleal, ya que más que regulaciones antimonopólicas, son normas tendientes a establecer una competencia leal, honesta, siendo dichos actos en rigor, de competencia desleal, vgr. los pactos de distribución en exclusiva, sea de bienes y de mercados, así como los pactos de no fabricar o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado o determinable, la imposición de precios o demás condiciones a los distribuidores o proveedores, la venta sujeta a condición de adquirir otro bien o servicio adicional, normalmente distinto, o sobre bases de reciprocidad, la negativa a vender bienes o servicios disponibles y ofrecidos a terceros, es decir las prácticas discriminatorias, las

presiones contra clientes o proveedores con el fin de persuadirlo de cierta conducta o bien, a forzarlo a actuar en determinado sentido, etc. Actos que pueden ser aplicados por analogía como de competencia desleal y, por lo tanto, pueden ser reprimidos como tales. Pensamos que la acción que se debe ejercer para reprimir esos actos como de competencia desleal, previstos en la Ley Federal de Competencia Económica, es a través del artículo 1910 del Código Civil.

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial reprime los actos de competencia desleal con multa, clausura o arresto. La multa será de diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, pudiendo incrementarse con quinientos días más del salario antes mencionado; la clausura temporal hasta por noventa días o podrá ser definitiva; y, el arresto administrativo hasta por 36 horas (artículo 214), pudiendo duplicarse las multas en caso de reincidencia. (artículo 218) Entendiendo la ley por reincidencia, la violación al mismo precepto dentro de un plazo de dos años, contados a partir de la resolución relativa a la infracción.

Estas sanciones se aplican después de la investigación que haga la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ya sea que actúe de oficio o a petición de la parte interesada, sin embargo, en términos del artículo 216, en los casos que no lo amerite, no habrá la inspección, sino que se oír a las partes en audiencia, como lo preve el artículo 14 Constitucional, y resolverá la Secretaría lo que en derecho proceda.

La Secretaría tiene la facultad, al practicar una visita de inspección, asegurar, en forma cautelar, la mercancía o productos con los cuales presumiblemente se comete la

competencia desleal, levantando un inventario de los bienes asegurados, dejando como depositario al encargado o al propietario del establecimiento, si es fijo, o en caso contrario en la Secretaría.

La clausura definitiva se impondrá cuando el establecimiento haya sido clausurado temporalmente por dos veces y dentro del lapso de dos años, si dentro del mismo se reincide en la infracción. (artículo 219).

Los criterios que debe seguir la Secretaría para imponer las sanciones son el carácter intencional de la acción y omisión, las condiciones económicas del infractor y la gravedad de la infracción en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios, así como el perjuicio ocasionado a la parte perjudicada. (artículo 220).

La ley remite a la legislación común para que el perjudicado ejercite la acción para el pago de daños y perjuicios.(artículo 221), siendo en este caso, que la sanción aplicada por la Secretaría no basta para ejercer la acción contenida en el 1910 del Código Civil, sino que el perjudicado deberá comprobar todos los elementos que hemos visto anteriormente, para que su acción prospere.

Como hemos estudiado anteriormente, la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial, puede tomar medidas severas como lo es la clausura definitiva para reprimir totalmente los actos de competencia desleal; sin embargo, se deberá recurrir a la acción contenida en el artículo 1910 del Código Civil para la reparación del daño.

Es importante que en la vía administrativa se repriman los actos de competencia desleal, ya que esta vía suele ser más rápida y efectiva, que la vía jurisdiccional. Pensamos que es positivo que la autoridad administrativa cuente con medios eficaces para reprimir los actos de competencia desleal en forma pronta, y no se deje al perjudicado a un juicio ante los Tribunales judiciales, que normalmente son muy largos, lo que vendría a resultar en un grave perjuicio en el patrimonio de aquel que sufre la competencia desleal hasta que se resuelva el juicio. El hecho de que después se pueda ir a reclamar los daños y perjuicios en la vía jurisdiccional, no es tan importante como el de suspender los actos desleales y que no se cause un perjuicio por el retardo en la impartición de justicia.

Pensamos que debe ejercitarse primeramente la denuncia prevista en la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, para evitar que se causen o se sigan causando daños al perjudicado, y después ejercer la acción aquiliana, para reclamar el pago de daños y perjuicios, para así lograr una efectiva represión de los actos de competencia desleal.

CONCLUSIONES

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

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

TERCERA. Las normas que reprimen los actos de competencia desleal, derivan de los artículos 5 y 28 Constitucionales, del Convenio de París y de la Ley de Propiedad Industrial. Los actos de competencia desleal puede ser muy variada y en múltiples campos del

derecho, sin embargo, la Ley de Propiedad Industrial es el mejor medio en que los actos desleales se pueden reprimir, ya que por lo general, los actos desleales tienen una estrecha relación con la propiedad industrial.

CUARTA. La represión de los actos de competencia desleal tiene su fundamento en que el infractor contraviene los usos honestos en materia comercial o las buenas costumbres, estos criterios deben verse a la luz de nuestro derecho y de la vida diaria en el comercio. Toca al juzgador ir moldeando esta disciplina, cuya base para resolver es a través de la hermenéutica jurídica.

QUINTA. Nuestra legislación, sanciona las conductas calificadas como de competencia desleal mediante normas represivas de carácter administrativo o jurisdiccional. Las primeras consistentes en multas y/o clausura del establecimiento del competidor desleal. La segunda, consiste en el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 1910 del Código Civil.

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

SEPTIMA. No somos partidarios de la idea de regular todas las situaciones fácticas

mediante leyes, creencia de nuestros legisladores, que han dado por resultado que estemos inmersos en un mundo de leyes y que la justicia muchas veces queda en el olvido. Es por ello que no sustentamos la idea de hacer un Código de Represión de la Competencia Desleal. Mas bien, sentimos que la disciplina en nuestro país puede desarrollarse a través de nuestra jurisprudencia, que vaya moldeando la disciplina. En todos los países avanzados jurídicamente, empezaron a regular esta disciplina -casuística y difícil- a través de sus tribunales. No vemos impedimento alguno para que en nuestro país se de dicha situación, en aras de fomentar la creatividad del empresario, en vez de propiciar el mimetismo y la corrupción en el competidor.

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

BIBLIOHEMEROGRAFIA

LIBROS

Barrera Graf, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial. Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.

_____, Tratado de Derecho Mercantil. Generalidades y Derecho Industrial. Vol. I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1957.

Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Segunda Edición. S.A., Madrid España, 1974.

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Decimonovena Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I, Quinta Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1976.

Casso y Romero de, Ignacio. (Director). Diccionario de Derecho Privado. Tomo I A-F, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1950.

Capitant, Henri. Director del Vocabulario Jurídico. Redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisperitos Franceses. Traducción al castellano por Aquiles Horacio Guaglianone. Novena Reimpresión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

Estasén, Pedro. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo VI. Derecho Industrial de España. Tercera Edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1926.

Frisch Philipp, Walter y Mancebo Muriel, Gerardo. La Competencia Desleal. Primera Edición, Editorial Trillas, S.A., México, 1975.

García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésima Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima Edición, revisada con la colaboración de Alberto Bécovitz, Segunda Reimpresión, Vol. I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

Goldsmith, Roberto. Hacienda Comercial y Competencia Desleal, Dos Contribuciones para su Estudio. Imprenta de la Universidad de Córdoba, Argentina, 1950.

Heinsheimer, Karl. Derecho Mercantil. Traducido y anotado por Agustín Vicente Galla. Editorial Labor, S.A., Tercera Edición, Barcelona, 1933.

Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo VI, Buenos Aires, 1979.

Moguel Caballero, Manuel. La Ley Aquilia y los derechos de la Personalidad. Editorial Tradición, S.A., México, 1983.

La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado, de los Organismos Públicos y de los Servidores de la Nación. fascículo 1, Editorial Nuevas Ideas Jurídicas, México, 1987.

Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Traducción de la Segunda Edición de Felipe Solá Cifñazares, con la colaboración de Pedro G. San Martín. Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Segunda Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1952.

Sepúlveda, César. El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

REVISTAS

Alonso Ureba, Alberto. "La Competencia", Revista de Derecho Mercantil. #161-162, Julio-Diciembre, Madrid, 1981.

Briseño Sierra, Humberto. "Competencia Desleal.- Libertad de Comercio, Competencia Desleal y las Cámaras de Comercio", Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXVIII. No. III, sept-dic, México, 1978.

Díaz Bravo, Arturo. "Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal", Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística. Nos. 7 y 8, México, 1966.

Fernández Lalanne, Pedro E. "Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y "dumping" en la integración económica centroamericana", Derecho de la Integración. Volumen VIII, No. 20, noviembre, 1975.

Moguel Caballero, Manuel.(inédito) Apuntes de su cátedra de Teoría General de las Obligaciones, 1992.

Páz-Arez, Cándido. "Constitución Económica y Competencia Desleal", Anuario de Derecho Civil. XXXIV, fascículo IV, oct-dic, 1981.

Rangel Ortíz, Horacio. "Conceptos Fundamentales de la Competencia Desleal en materia de Propiedad Industrial", Revista Mexicana de Justicia. #4, Volumen II, Octubre-Diciembre, México, 1984.

Silveira, Newton. "Competencia Desleal y Propiedad Inmaterial", Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística. No. 33-34, México, 1979.

LEYES Y CODIGOS

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1928.

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 al 13 de octubre de 1889.

Código Penal para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917.

Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de junio de 1991.

Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 1 de mayo de 1970.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de julio de 1976.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Real Lengua Española. Tomo II y IV. Decimonovena Edición. Madrid. 1970.