



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

***“La competencia desleal en las
marcas y la confusión que puede
originar a los consumidores la
publicidad desleal”***

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA
ANA KAREN FERNÁNDEZ GÓMEZ

TUTOR DE LA TESIS
IGNACIO EUGENIO OTERO MUÑOZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO D.F. MARZO 2012





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE PATENTES,
MARCAS Y DERECHOS DE
AUTOR.
OFICIO No. SPMDA/0018/III/2012

ASUNTO: TERMINO DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE
SERVICIOS ESCOLARES
P R E S E N T E.

La pasante de Derecho señora, C. ANA KAREN FERNÁNDEZ GÓMEZ
ha elaborado en este seminario bajo mi dirección, la tesis titulada.

**"LA COMPETENCIA DESLEAL EN LAS MARCAS Y LA CONFUSIÓN QUE
PUEDE ORIGINAR A LOS CONSUMIDORES LA PUBLICIDAD DESLEAL"**

En consecuencia y cubiertos los requisitos esenciales del Reglamento
de Exámenes Profesionales, solicitan a usted tenga a bien autorizar los
trámites para la realización de dicho examen.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F. a 08 de Marzo del 2012.


DR. CÉSAR BENEDICTO CALLEJAS HERNÁNDEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.



"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración de examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

CBCH*jrs

*Dedico este trabajo a mis tres grandes ángeles,
por su apoyo, consejos, paciencia, pero en especial
por la confianza que me han tenido, a lo largo
de este camino.*

*A mis amig@s, a los que aun sin imaginar que este sueño se iba a cumplir
siempre estuvieron apoyándome y creyendo en mí. Aquellos que estuvieron conmigo
a lo largo de estos cinco años, con sus consejos, alegrías, tristezas y sueños,
sin olvidar aquellos que en algún momento fueron parte de este sueño.*

Al Licenciado Ignacio Otero Muñoz, por creer en este trabajo y su paciencia.

A mi segunda casa la Facultad de Derecho.

Ana Karen Fernández Gómez

*Nuestra recompensa se encuentra en el esfuerzo
y no en el resultado. Un esfuerzo total es una victoria completa.*

Mahatma Gandhi

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
ANTECEDENTES	3
1.1.1.- Ley de Marcas de Fábrica de 28 de noviembre de 1889	5
1.1.2.- Ley de Marcas Industriales y Comercio de 25 de agosto de 1903.....	9
1.1.3.- Ley de Marcas, Avisos y Nombres Comerciales de 26 de julio de 1928	12
1.1.4.- Ley de la Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942	14
1.1.5.- Ley de Invenciones y Marcas de 30 de diciembre de 1975	15
1.1.6.- Ley de la Propiedad Industrial 27 de junio de 1991	18
1.2.- Evolución del Derecho de la Competencia Desleal	21
1.2.1.- Modelo paleoliberal.....	22
1.2.2.- Modelo profesional	22
1.2.3.- Modelo social.....	23
MARCAS	25
2.1.- Definición de las marcas, sus aspectos legales y su regulación.....	25
2.1.1.- Regulación de las marcas.....	28
2.1.2.- Clasificación de las marcas	32
2.2.3.-Funciones de las marcas	36
2.2.4.- Naturaleza jurídica de las marcas	40
2.2.-Marcas poderosas.....	42
2.3.-Marcas engañosas	44
2.4.-Actos de confusión	49
2.4.1.- Tipos de confusión	52
2.5.- Actos de imitación	57
2.6.-Actos de denigración	60
COMPETENCIA DESLEAL	64
3.1.-Definición de competencia, competencia económica y competencia desleal.....	64
3.1.1.- Competencia.....	64
3.1.2.- Competencia económica	65

3.1.3.- Competencia desleal.....	73
3.2.-Marco regulatorio de la competencia desleal en los diferentes ordenamientos jurídicos...	79
3.2.1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	80
3.2.2.-Código de Comercio.....	84
3.2.3.-Ley de la Propiedad Industrial	86
3.2.4.- Ley Federal de Competencia Económica	90
3.2.5.-Código Penal Federal	90
3.2.6.- Convenio de París	91
3.3.-Elementos concurrentes en todo acto de competencia desleal	91
3.4.- Clasificación de la competencia desleal	92
3.5.- Aspectos o categorías	95
3.6.- Competencia desleal en el derecho marcario	97
3.7.-Abuso de un derecho exclusivo y dominante.....	98
LA PUBLICIDAD Y EL CONSUMIDOR	103
4.1.- Función de protección de las marcas	104
4.2.- El consumidor y sus derechos.....	105
4.2.1.- Definición de consumidor.....	106
4.2.2.- Derechos de los consumidores.....	108
4.2.3.- Conductas anticompetitivas que afectan a los consumidores	110
4.3.-Publicidad	115
4.3.1.- Antecedentes de la publicidad	115
4.3.2.- Definición de publicidad	116
4.3.3.-Publicidad engañosa.....	122
4.3.4.- Publicidad comparativa	124
4.3.5.- Publicidad denigratoria.....	127
4.3.6.- Publicidad parasitaria (o adhesiva).....	129
4.3.7.- Publicidad encubierta	129
4.4.- Competencia, publicidad y consumidor	130
4.5.- Regulación de la publicidad.....	135

4.5.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	136
4.5.2.- Ley Federal de Protección al Consumidor	138
4.5.3.- Ley de Propiedad Industrial	139
4.5.4.- Ley Federal de Radio y Televisión.....	139
4.5.5.- <i>El Código de Ética Publicitaria</i>	140
CONCLUSIONES	142
BIBLIOGRAFÍA	148

INTRODUCCIÓN

A lo largo de nuestra vida nos encontramos rodeados de un sinnúmero de marcas, las empresas nos acercan a ellas a través de la publicidad, teniendo como objetivo principal manipular al consumidor, haciéndole creer que su marca es la mejor para satisfacer necesidades. Si bien es cierto que la publicidad es un elemento leal para poder atraer clientela y de esta manera aumentar la economía de la empresa, en ocasiones se usa de una manera errónea y cae en conductas desleales.

Conforme pasan los años y las marcas van creciendo y surgiendo nuevos competidores, se vuelve inevitable robustecer y seguir diferenciando la identidad de marca con todos los elementos que se puedan. Hace cien años, el contexto competitivo en general no ameritaba el esfuerzo, sin embargo, en los tiempos modernos es prácticamente indispensable contar con el respaldo de una marca.

Las marcas son los activos intangibles más importantes de las empresas y la clave del crecimiento y supervivencia en los mercados. Asimismo, dentro de las funciones de las marcas, encontramos la de proteger al consumidor de productos y/o servicios en contra de una imitación o falsificación, sin embargo, es algo que a los titulares de los signos marcarios se les olvida con frecuencia.

La publicidad comercial representa uno de las más importantes herramientas con que cuenta las empresas para llegar a los consumidores y por ende, para posicionar sus productos en el mercado y diferenciarse de sus competidores de manera exitosa

Para todos los involucrados en la construcción, posicionamiento, comunicación y crecimientos de las marcas, es indispensable que tengan acceso a información transparente sin maquillaje y sin vendas en los ojos, para que

INTRODUCCIÓN

puedan diseñar las estrategias y planificaciones de sus marcas apegadas a la vida cotidiana y real de sus consumidores.

Aun cuando en nuestros ordenamientos jurídicos existe una regulación de las marcas, publicidad y prácticas desleales, en el caso de esta última no son de todo específicas y claras, es por eso que en el presente trabajo estudiaremos en el primer capítulo “Antecedentes”, la evolución jurídica de las marcas, desde la primera ley autónoma hasta la Ley de Propiedad Industrial actual, sin olvidar los tres modelos que se han utilizado para poder llegar a establecer un concepto concreto de la competencia desleal.

En el segundo capítulo “Marcas” como bien lo dice su nombre analizaremos las marcas desde las diferentes doctrinas, la regulación de éstas dentro de la Ley de Propiedad Industrial, sus funciones en el contexto jurídico, cuándo se considera una marca poderosa, engañosa y aquellos de confusión, imitación y denigración.

En el tercer capítulo “Competencia desleal” abordaremos la competencia desde su concepción jurídica y económica hasta llegar a una definición de lo qué es la competencia desleal y las practicas ilícitas, estudiaremos también cuales son los elementos concurrentes de las practicas desleales que se dan en las marcas, su marca regulatorio, la clasificación de éstas dentro del derecho marcario y el abuso en el que puede llegar a caer el titular del signo marcario dentro de su derecho de exclusividad.

En el cuarto capítulo y último “Publicidad y Consumidor” empezaremos con estudiar al consumidor, cuáles son los derechos fundamentales con los que cuentan, hasta llegar con la definición de publicidad y su regulación en nuestro país.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES

1.1.- Las primeras leyes en México que reglamentaron a las marcas

“Los orígenes de las marcas o signos distintivos pueden encontrarse en épocas antiguas, ya sea como medio de indicación o como forma de autenticación del origen de los productos. En el mundo romano, posteriormente, eran utilizadas para distinguir tubos de estaño, ollas de cocina, piedras, ladrillos, materiales para la construcción, así como en las mercaderías más diversas, como quesos, vinos y colirios oculares”.¹

La marca se originó tiene su nacimiento hace mucho tiempo, en donde quizá, no se encuentra una regulación directa o indirecta, siendo la industria y el comercio, los factores determinantes del derecho marcario.

Sonia Mendieta, describe la evolución histórica de las marcas, vinculadas a la del comercio. Afirma que a principios del siglo XIX, el mundo comercial se transforma por completo y, al nacer la competencia surge la marca “como protectora del fabricante pues ampara y distingue sus productos” y añade que “el fabricante al hacerle propaganda a sus productos distinguidos con tal o cual marca, acostumbra al público a ellos”.²

En México se dieron diferentes legislaciones aisladas, que en sus orígenes regulaban el derecho marcario de manera deficiente, no muy concreta, dejando al descubierto y sin protección, la regulación referente a las marcas, una de las

¹Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuervas, “*Derecho de marcas: marcas, designaciones y nombres comerciales*”, Tomo I., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2003, pág. 127.

²Sonia Mendieta, “*Evolución histórica de las marcas, en la revista mexicana de la propiedad industrial y artística*”, N°1, México, enero-junio, 1963, pág. 67 a 72.

primeras legislaciones fue Las Ordenanzas de Bilbao del 2 de junio de 1814, pero la primera ley que se decretó fue el Código de Comercio del 16 de mayo de 1854 “Este código no reglamentaba ni en lo más mínimo las instituciones marcarias, sin embargo, escudriñando en apartados preceptos notamos que hace referencia a las marcas de las mercaderías; pero implícitamente reconoce la existencia y la función de las mismas en su aspecto esencial como es el distintivo”.³

Otra de las legislaciones que encontramos es el Código de Comercio de 1884, siendo está una legislación independiente, en donde prevé disposiciones en torno a la falsificación de marcas, en tan sólo seis artículos dentro de su libro cuarto llamado “Propiedad Mercantil”.

Paralelamente al Código de Comercio de 1884, surge el Código de Comercio de 1889, y con su aparición viene a derogar las leyes anteriores de comercio, este código conserva la obligación de inscribir en el registro de comercio, los títulos de las marcas de fábrica, estableciendo como novedad, así mismo, como sanción por falta de registro, que los documentos no podrán producir perjuicio contra terceros.⁴

Sin embargo, fue hasta la Ley de Marcas de Fábrica de 1889, cuando por primera vez se dio la reglamentación de las marcas en una legislación especial apartada de la legislación mercantil general, la cual constituye el primer cuerpo normativo especializado en la materia, asimismo con la Ley de Marcas Industriales y de Comercio de 25 de agosto de 1903; Ley de Marcas y Avisos y Nombres Comerciales de 26 de junio de 1928; Ley de Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942; Ley de Invenciones de Marcas de 30 de diciembre de 1975.

³David Rangel Medina, “*Tratado de derecho marcario, las marcas industriales y comerciales en México*”, Ed. Libros de México, México, 1960, pág. 13.

⁴*Ibidem*, pág. 19.

1.1.1.- Ley de Marcas de Fábrica de 28 de noviembre de 1889

Como ya lo mencionamos, con esta ley se plasma de manera autónoma la propiedad industrial como disciplina del derecho, aun cuando su regulación era apenas incipiente, no deja de tener suma importancia en el desarrollo de la propiedad industrial ya que la regulación de las marcas se traslada a una ley especial y ya no se deja dentro de la legislación mercantil como se había tratado durante años, rompiendo los clásicos modelos legislativos.

Esta legislación “Ley de Marcas de Fábrica” se estableció bajo la presidencia de Porfirio Díaz, entrando en vigor el 1° de enero de 1890, contando con 19 artículos, introduciendo importantes disposiciones en las que se ven reflejadas, el serio empeño que se tuvo para garantizar no sólo los intereses del productor, sino también el interés general y estuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 1903.

Siendo uno de sus principales objetivos de la ley, la protección a los industriales y comerciantes amparando los bienes fabricados o vendidos dentro del país, así como la prohibición de registrar aquellas marcas que fueran en contra de la moral.

Aun cuando no establecía una definición exacta de lo que es una marca dentro de su reglamentación la “Ley de Marcas de Fábrica” definía a la marca de fábrica:

“cualquier signo determinante de la especialidad para el comercio de un producto industrial”.(art. 1)

Asimismo establecía lo que no podía considerarse como una marca.

CAPITULO I. ANTECEDENTES

“No registraba aquellas formas, colores, locuciones o designaciones que no constituyan por sí solas el signo determinante de la especialidad del producto, debido a que se consideraría ser contrario a la moral”. (art. 3)

También estableció que tanto nacionales como extranjeros podrían ser sujetos del derecho de la marca siempre y cuando estos últimos residieran en el país y así adquirir el derecho exclusivo de la marca para aquellos nacionales y extranjeros que residan fuera del país, podrían registrar la marca en el país siempre y cuando estos tengan algún establecimiento, agencia industrial o mercantil para la venta de sus productos dentro del país.

Sin embargo, la ley era muy tajante al no registrar marcas de extranjeros cuando estos no las hubieran registrado con anterioridad en su país:

*“En aquellos casos que la marca industrial o mercantil que pertenezca a un extranjero no residente en la República, no podrá ser registrada en ésta, sino lo hubiera sido previa y regularmente en el país de su origen”.
(art. 7)*

Respecto a la posesión, cuando existiera alguna disputa sobre la propiedad de alguna marca, esta pertenecerá al primer poseedor en el caso que no pudiera comprobarse dicha posición, será para aquel que la hubiera solicitado.

La duración de las marcas era indefinida y tampoco se tenían que renovar como ahora lo establece nuestra Ley de la Propiedad Industrial.

“La duración de la propiedad de las marcas de fábrica es indefinida, pero se entenderá abandonada por la clausura o falta de producción por más de un año, del establecimiento, fábrica o negociaciones que la haya empleado (art. 12)”.

CAPITULO I. ANTECEDENTES

Ahora bien, también nos establece que se podía considerar como falsificación de marcas:

1. Cuando se usen marcas de fábrica que sean una reproducción exacta y completa de otra, cuya propiedad ya este reservada.
2. Cuando la imitación sea de tal naturaleza que, presentando una identidad caso absoluta en el conjunto, aunque no es cierto detalles, será susceptible la marca de confundirse con otra legalmente depositada (art. 16)

Esta ley mereció la mejor acogida del comercio y de la industria; las solicitudes de registro de marcas se multiplicaron; en numerosos casos litigiosos se han podido palpar las enormes ventajas del registro para dirimir contiendas privadas, así como su eficacia para reprimir el fraude industrial y comercial, y por último, aunque modestos, los productos del registro han venido a aumentar los ingresos del Erario.⁵

AÑOS FISCALES					
	1891-92	1892-93	1893-94	1894-95	1895-96
Marcas solicitadas	103	215	129	105	138
Marcas registradas	102	182	104	72	91
Marcas pendientes de pago	17	16	29
Marcas pendientes de requisitos	1	33	7	15	17
Marcas negadas	1	2	1

Movimientos de solicitudes y registro de marcas entre 1891 y 1896.

⁵Ley de ingresos y Presupuestos de Egresos del Erario Federal (periodo 1892-1896), pág. 53.

Asimismo, algunas de las marcas que se otorgaron al amparo de esta ley son las siguientes:

- a) Marca 229 “**Maizena**”, solicitada el 16 de octubre de 1891 por la empresa The National Starch Manufacturing Company registrada desde el año de 1892 en la Secretaría del Ramo, para distinguir una composición conocida con dicho nombre.
- b) Marca 348 “**Maizena**”, solicitada el 6 de julio de 1892 por The National Starch Manufacturing Company, usada en la preparación de harina de maíz, concedida en octubre de 1892.⁶

Aun cuando el nombre oficial de esta ley es “Ley de Marcas de fábrica”, ello no significa que se excluya la reglamentación de las comerciales, pues los textos que hemos extractado aluden indistintamente al fabricante o al comerciante, a mercancías fabricadas o a las ventas, al establecimiento industrial o a la casa comercial.⁷Fue la primera ley que se elaboró de modo específico y directo para regular los derechos sobre las marcas, marcando el paso de transición entre la reglamentación tan deficiente que estos bienes recibían de los Códigos de Comercios y Penales.

Conjuntamente con esta ley y de manera posterior se originaron diversos decretos y leyes referentes a las marcas de fábrica, algunos de los decretos más importantes fueron:

- Decreto de 30 de julio de 1896
- Decreto de 8 de febrero de 1897
- Decreto de 28 de mayo de 1903

⁶ Archivo de Marcas del IMPI, citado por Ignacio Otero Muñoz y Miguel ángel Ortiz Bahena, “*Propiedad Intelectual, Simetrías y Asimetrías entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, El caso de México*”, Ed. Porrúa, México, 2011, pág. 150.

⁷ David Rangel Mediana, “*La propiedad industrial en la legislación mercantil, presenta pasado futuro*” [en línea], Dirección URL: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr30.pdf>.

1.1.2.- Ley de Marcas Industriales y Comercio de 25 de agosto de 1903

Esta ley surge a través de las graves dificultades entre las relaciones industriales y comerciales de carácter internacional dado a las diferencias legislativas que existían en los países, debido a que consideraron que la Ley de Marcas de Fábrica de 1889 era una legislación imprecisa e incompleta tanto en su parte sustantiva ya que sólo incluía principios rudimentarios, así como en su parte adjetiva, que dejaba en el procedimiento mismo, grandes huecos al criterio personal de la autoridad.

Ante esta crítica la Secretaría de Fomento (la cual en esos tiempos se encargaba del registro de las marcas y de la regulación de estas) entregó una iniciativa a la Cámara de Diputados el 25 de abril de 1903, los principales puntos que se hicieron fueron:

- a) Las marcas de fábrica se registrarán sin examen previo de su novedad u originalidad, y las patentes de invención se expedirán sin examen previo, en cuanto a su novedad y utilidad, sin responsabilidad de ninguna especie para la Nación, ni para la autoridad, en cuyo nombre se expidan;
- b) La tramitación de las solicitudes será sencilla y rápida. Los derechos por la expedición de títulos, no excederán al gasto que aproximadamente originen. El impuesto, si lo hubiere, por el goce del monopolio, será progresivo;
- c) Se establecerá una penalidad especial para los delitos contra la propiedad industrial, modificando, si fuere necesario, las disposiciones del Código Penal.⁸

En esta ley se estableció de una manera más clara y precisa la definición de lo que era una marca:

⁸ Justo Nava Negrete, "*Derecho de las marcas*", Ed. Porrúa, México, 1996, págs. 61- 62.

“El signo o denominación característica y peculiar usada por el industrial, agricultor o comerciante en los artículos que produce o expende con el fin de singularizarlos y denotar su procedencia”. (art. 1)

Así como los elementos que podían constituir una marca: los nombres bajo una forma distintiva, las denominaciones, etiquetas o marbetes, cubiertas, envases o recipientes, timbres, sellos, viñetas, orillos, recamados, filigranas, grabados, escudos, emblemas, relieves, cifras, divisas, etc., entendiéndose que está en numerosos casos es puramente enunciativa y no limitativa.

Para poder tener el derecho exclusivo de una marca era necesario hacer el registro en la Oficina de Patentes y Marcas, llenando las formalidades que la ley establecía así como su Reglamento.

Uno de los modelos que se utilizaba en la Ley de Marcas y Comercio de 1903, para el registro de las marca es el que a continuación se muestra.

CAPITULO I. ANTECEDENTES

Marca núm. _____

Exp. núm. _____

Señor Director de la Oficina de Patentes y Marcas:

Deseando obtener el registro de la marca cuyo facsímil va adjunto, acompaño a esta solicitud los documentos y cliché a que se refiere el artículo 3° de la ley.

Nombre del propietario de la marca _____.

Domicilio del mismo _____.

Título de la marca _____.

Ubicación de la fábrica o establecimiento comercial _____.

Nombre de la misma _____.

Artículos a que se aplica la nueva marca _____.

Nombre del apoderado _____.

Domicilio del mismo _____.

Lugar para recibir notificaciones _____.

México ____ de _____ de 19 ____

(Firma del interesado o del apoderado)

Tanto los mexicanos como los extranjeros, podrían ser sujetos al derecho de las marcas e igual derecho tenían las sociedades, compañías y en general todas las personas morales.

La duración del registro de las marcas era indefinido, de la misma manera que estaba establecido en la Ley de Marcas de Fábrica pero a diferencia de esta en la Ley de Marcas Industriales y Comercio tenían que renovarse el registro cada veinte años. El retardo para hacer esa renovación no traerá consigo la pérdida de los derechos al uso exclusivo de la marca, pero hará incurrir al interesado en un recargo sobre los derechos fiscales que haya de pagar, y mientras no se lleva a cabo tal renovación, el mismo interesado no tendrá acción penal contra los que indebidamente usen o falsifiquen la marca.

Asimismo, obligaba a los titulares de los signos marcarios a colocar junto con la marca registrada las leyendas “M Ind Rgtrda” que significa “Marca Industrial Registrada”, en las marcas usadas por los fabricantes, industriales o agricultores “M de C Rgtrda” en las marcas que usaban los comerciantes o bien cuando las marcas consistían en nombres, denominaciones, leyendas, letras iniciales o abreviaturas, las cuales debían de llevar de manera ostensible el nombre del dueño de la industria, el nombre de la negociación o fábrica si lo tuviere y la ubicación de estas.

1.1.3.- Ley de Marcas, Avisos y Nombres Comerciales de 26 de julio de 1928

Esta ley se expidió bajo el nuevo orden constitucional “Constitución de 1917”, fue la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, la competente para aplicar la legislación promulgada en 1923, bajo el nombre de “Ley de Marcas y Avisos y Nombres Comerciales”, contribuyendo con ello a la confusión terminológica con respecto al concepto de marcas. Dicha ley ordenaba que se considerara como marca todo nombre bajo una forma distinta, y en general cualquier medio material que sea susceptible por sus características especiales, de hacer distinguibles a los objetos a que trata de aplicar, respecto de los de su misma especie o clase. Se comienza a distinguir el examen de forma y el llamado examen de fondo, con

respecto de las marcas, y comienza a aplicarse un término de protección de 10 años.⁹

Es evidente, que esta legislación “Propiedad Industrial supera a las legislaciones anteriores, pues hace acopio de las experiencias que en esta materia se plasmaron en las legislaciones marcarias de los diversos países, en el abundante y valioso material doctrinario y en la misma práctica de nuestra legislación anterior, tanto administrativamente como judicial; finalmente, en la orientación benéfica de las revisiones del Convenio de París, verificadas en Washington el 2 de junio de 1991 y en La Haya el 6 de diciembre de 1925; siendo México signatario de ambas revisiones.¹⁰

Con esta ley se deroga la renovación de marcas cada 20 años para sólo hacerlo cada 10 años de forma indefinida. Estos se contarán a partir de la hora y fecha de presentación de la solicitud y demás documentos relativos en el Departamento de la Propiedad Industrial.

Esta ley fue considerada la más importante en innovación con respecto a la derogada “Ley de Marcas Industriales y de Comercio”. Adopta el sistema mixto atributivo-declarativo, pues además de otorgar el derecho exclusivo al registrante de marca, también se reconoce el uso de marca como fuente de derechos de la misma. También por primera vez se faculta al Estado a declarar, cuando lo estime oportuno, el uso obligatorio de las marcas para aquellos artículos que por su origen, naturaleza o aplicación se relacionen íntimamente con la economía del país ya las necesidades públicas.

Con una mejor técnica legislativa, lo que podía constituir una marca en esta legislación es:

⁹El término *secondary meaning* hace referencia a la conexión mental que los consumidores hacen de dicho signo con sus productos en particular, más allá del significado ordinario o de diccionario.

¹⁰ David Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 61.

“Los nombres bajo una forma distintiva, las denominaciones y en general, cualquier medio materia que se susceptible, por sus caracteres especiales, de hacer distinguir a los objetos a que trata de aplicarse de los de su misma especie o clase; así como las razones sociales de los comerciantes y las leyendas, muestras o enseñas de sus establecimientos, aplicados a las mercancías que vendan”. (art. 2)

Para la persecución de los datos de falsificación, imitación o uso ilegal de una marca, se exigía una declaración administrativa del Departamento de la Propiedad Industrial, como requisito previo para el ejercicio de las acciones correspondientes, aunque la ley no establecía si dicha declaración prejuzgaba sobre otras acciones, como sería la civil o penal.

1.1.4.- Ley de la Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942

Esta ley se caracteriza desde el punto de vista formal, en que codifica todas las disposiciones relativas a patentes de invención, marcas, avisos comerciales, nombres comerciales y competencia desleal. Conservando en general los sistemas y principios fundamentales de las demás leyes, asimismo toma los principios de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.

Se establecen reglas para impedir el registro de marcas que engañen al público sobre la procedencia de los artículos o que constituyan falsas indicaciones sobre la naturaleza o calidad de los mismos. De igual manera, prohíbe el registro como marca de: palabras o lenguas vivas o extranjeras cuando se traten de aplicar a productos que se elaboren en México, o en cualquier otro país de habla hispana.¹¹

¹¹David Rangel Medina, *op. cit* , pág. 41.

Era considerado como un dispositivo legal muy moderno, que conoce una protección muy amplia a los titulares de derechos. Esta influencia por la revisión de Londres, hecha en 1934 al Convenio de Unión de París. Sin embargo, contiene deficiencias, nociones impropias y defectos notorios de técnica legislativa.¹²

Concedía una protección tal vez demasiado extensa y por ello andando el tiempo provocó una reacción en su contra.

La declaración de falsificación se hacía de manera administrativa y se publicará en la gaceta de la Propiedad Industrial, comunicándose a la Procuraduría General de la República la nulidad o extinción, también se hacía en el ámbito administrativo de oficio o a petición de parte.

1.1.5.- Ley de Invenciones y Marcas de 30 de diciembre de 1975

La Ley de Invenciones y Marcas entró en vigor a partir del 11 de febrero de 1976, surgió como proyecto a través del nombre “Ley que regula los derechos de los inventores y el uso de los signos marcarios” pero al ser aprobada por el Congreso el nombre se cambió por “Ley de Invenciones y Marcas”, a pesar del título no sólo se limita a reglamentar derechos de inventores y de los propietarios de marcas. Sino también, regula todas las instituciones conocidas bajo el rubro de propiedad industrial, tales como certificados de invenciones, dibujos y modelos industriales, denominaciones de origen, nombres comerciales, avisos comerciales, y represión de la competencia desleal. Se estableció en el gobierno del presidente Luis Echeverría Álvarez, constituido por 237 artículos.

Este ordenamiento reconoce a las marcas como instrumentos importantes que involucran el traspaso tecnológico, de donde resulta la justificación o razón de ser de tales facultades que la experiencia recogió y consideró como necesarias para contemplar la regulación jurídica de la transparencia de los comerciantes y la

¹²Cesar Sepúlveda, “*El sistema mexicano de propiedad industrial*”, Ed. Porrúa, 2ª Edición, México, 1981, pág. 3.

tecnología. Debido a que unos de los pilares indispensables de todo país en proceso de desarrollo, se encuentra la transparencia de la tecnología.

Ahora bien, como mencionamos, entre las figuras más importantes que involucran el traspaso tecnológico se encuentran las patentes y las marcas, por lo que la comunidad internacional reconoció que era necesario revisar los ordenamientos jurídicos que regulaban estos derechos conocidos con el nombre genérico de propiedad intelectual.

Jaime Álvarez Soberanis, nos dice que la Ley de Invenciones y Marcas se inspiró fundamentalmente en los siguientes ordenamientos:

1. En la Propiedad Industrial vigente hasta el 10 de febrero de 1976, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de las marcas;
2. En la Ley Tipo sobre Invenciones para los países en vías de desarrollo del año 1965;
3. El Convenio Centro-Americano sobre Propiedad Industrial.

La Ley de Invenciones y Marcas tífica como infracciones administrativas, una serie de actos violatorios de sus disposiciones, algunos de los cuales en la ley anterior, se tipificaban como delito, entre los que destacan los siguientes:

- a) La realización de actos relacionados con la materia, esta ley regula contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio, y servicios que implique competencia desleal.
- b) Usar una marca parecida en grado de confusión o una registrada, si dicha confusión ha sido declarada por la Secretaría de Industria y Comercio, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada.
- c) Usar sin consentimiento de su titular, una marca registrada como elementos de un nombre comercial o de una denominación social,

- siempre que dichos nombres estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca.
- d) Poner en venta o en circulación productos u ofrecer servicios, indicando que están protegidos por una marca registrada sin que lo estén.
 - e) Intentar o lograr el propósito de desacreditar los productos, los servicios o el establecimiento de otro.
 - f) Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error, engaño por hacer creer o suponer infundadamente.

Estas infracciones administrativas se sancionaban de la siguiente manera:

- 1. Multa de cien a cien mil pesos;
- 2. Clausura temporal hasta 60 días;
- 3. Clausura definitiva;
- 4. Arresto administrativo hasta por 36 días y
- 5. En casos de reincidencia se duplicará la multa, sin exceder de trescientos mil pesos.

La ley de Invenciones y Marcas hizo una diferencia entre las marcas de productos y servicios:

“Las marcas de productos se constituyen por los signos que distinguen a los artículos o productos de otros de su misma especie o clase. Las marcas de servicios por los signos que distinguen un servicio de otros de su misma clase o especie (art. 87)”.

Lo que puede constituir una marca:

- I. Las denominaciones y signos visibles, suficientemente distintivos y cualquier otro medio susceptible de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase.*
- II. Los nombres comerciales y las razones sociales o denominaciones sociales, siempre que no queden comprendidos en las prohibiciones... (art. 90).*

La vigencia de las marcas era de 5 años, aun cuando se podían renovar por periodos de la misma cantidad, nos podemos dar cuenta que la vigencia era inferior a lo establecido en las leyes anteriores.

1.1.6.- Ley de la Propiedad Industrial 27 de junio de 1991

A raíz del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, promovido por el Presidente Constitucional Carlos Salinas de Gortari, la modernización tecnológica del país se promovió mediante el fortalecimiento de acervos de información tecnológica, de la asistencia y consultoría de alta calidad de instituciones públicas y del fomento a la agilidad y transparencia en los procedimientos para registrar y proteger a las patentes, garantizando los derechos de propiedad inherentes a los avances y modernización antes señaladas.

La modernización del sistema de propiedad industrial en México se inició con la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial promulgada el 27 de junio de 1991, misma que sustituyó a la anterior Ley de Invenciones y Marcas de 1976. Esta ley contempla en su artículo 7°. la creación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), el cual se instituyó por Decreto Presidencial el día 10 de diciembre de 1993, con el objeto inicial de ofrecer apoyo técnico a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI).

Con esta ley se buscaba mejorar la inserción de la economía mexicana en la internacional, ya que la mejor seguridad jurídica para los derechos de propiedad industrial propicia la inversión extranjera y la transparencia tecnológica.¹³

Posteriormente, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial es reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de agosto de 1994, cambiando su nombre a Ley de la Propiedad Industrial.

Como resultado de esta reforma, el IMPI se convierte en la autoridad para administrar el sistema de propiedad industrial en nuestro país. El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), es un Organismo Público Descentralizado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y tiene por objeto brindar apoyo técnico y profesional a la autoridad administrativa y proporcionar servicio de orientación y asesoría a los particulares para un mejor aprovechamiento del sistema de propiedad industrial en nuestro país, mediante la aplicación de la Ley de la Propiedad Industrial, su reglamento y demás disposiciones aplicables a la materia.

En la exposición de motivos de la iniciativa de la ley encontramos cuales van a ser los derechos relativos a las indicaciones comerciales respecto a las marcas:

¹³Ley de fomento y protección de la propiedad industrial

CAPITULO I. ANTECEDENTES

Categoría	Definición	Titulo o certificado que se expide	Condiciones que deben satisfacer	Vigencia del derecho exclusivo de utilización a partir de la solicitud
Marca	Cualquier signo visible (por ejemplo, una palabra, figura, una forma tridimensional, razón social o el nombre propio de una persona) que sirva para distinguir los productos o servicios a los que se aplica, respecto de otros de su misma especie, en el mercado.	Registro de marca	<p>Entre las principales</p> <p>I. La marca debe permitir que el público distinga los productos o servicios de otros de su clase (no se admiten nombres genéricos o formas del dominio público).</p> <p>II. La marca no debe de ser igual a otras registradas antes o que sean notoriamente conocidas, para los mismos o similares productos o servicios, ni confundirse con éstas.</p> <p>III. La marca no debe de ser igual a un nombre comercial previamente publicado y que corresponda a un establecimiento cuyo giro principal sea la fabricación o venta de los mismos productos o servicios.</p> <p>IV. La marca no debe describir las cualidades de los productos o servicios</p> <p>V. La marca no debe conducir al público a error respecto a los productos o servicios.</p>	10 años (renovables indefinidamente).

CAPITULO I. ANTECEDENTES

Marca colectiva	Cualquier marca (según la definición previa) que sea utilizada por el conjunto de miembros de una asociación de productores, comerciantes o prestadores de servicios	Registro de marca colectiva	Igual que las marcas	Igual que las marcas
------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------	----------------------	----------------------

Asimismo, en esta ley se establece un mejor sistema para sancionar las violaciones a los derechos de Propiedad Industrial. Pretende garantizar una efectiva protección y defensa de los derechos exclusivos que la ley otorga a los titulares, considerándolas como infracciones administrativas y no como delitos como se tipificaron en las leyes anteriores.

1.2.- Evolución del Derecho de la Competencia Desleal

La competencia deshonesta que los comerciantes practican para obtener provechos indebidos no se encuentra regulada sistemáticamente en nuestro País, esto puede deberse a que no se ha encontrado un buen lugar dentro de los ordenamientos legales. Las leyes mercantiles y las leyes de la propiedad industrial sólo recogen algunas de las figuras de la competencia desleal o deshonesta que se practican con signos de propiedad industrial.

La competencia desleal se persigue para salvaguardar un mínimo de moralidad en las transacciones mercantiles y de igualdad en la competencia de los comerciantes. Las reglas de la competencia deshonesto se fundan precisamente en las normas derivadas de los usos honrados del comercio.

La libertad de comercio y su correlativo, libertad de concurrencia, siempre se han manifestado como un efecto de la posición de poder público, asume frente al problema de la oferta de artículos destinados a la satisfacciones de necesidades económicas de los ciudadanos.

A lo largo de la historia sólo se recuerdan tres modelos que ha regularizado la competencia desleal.

1.2.1.- Modelo paleoliberal

Fue un modelo utilizado durante el siglo XIX, caracterizado por la ausencia de normatividad en la materia y por una disciplina de competencia desleal notablemente fragmentaria y de naturaleza penal.¹⁴

“La base de la competencia desleal se asienta en el denominado principio de especialidad, adjetivizado por su carácter fragmentado (en cuanto no exista una regulación de carácter general de las conductas concurrencia desleales), por su tipicidad (en cuanto tan sólo se reprimirán las conductas que expresa y taxativamente vengan determinadas por ley) y por su carácter de tutela penal”.¹⁵

1.2.2.- Modelo profesional

Se da un corte general y privado que sustituyó a la tendencia penal y fragmentaria del período anterior inmediato. Inicia a principios del siglo XX, caracterizado por una normativa jurídica de carácter fundamentalmente privado, cuya aspiración fue tutelar conforme a patrones de valoración corporativos, las posiciones adquiridas por las empresas en el mercado.

En este modelo la publicidad comparativa fue criticada entendiendo a la publicidad comparativa como una herramienta al alcance de los empresarios que

¹⁴David Kahan Cimet, “*La publicidad comparativa en México*”, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 108

¹⁵Silvia Barona Vilar, “*Competencia desleal Tirant lo blllanch*”, Valencia, 1999, 2 edición, pág.16

el sistema jurídico-económico debe incentivar, no sólo porque otorga más información a los consumidores, sino sobre todo porque en un ambiente de competencia, dicha información será mejor.¹⁶ A través de argumentos marcadamente individualistas que hacen hincapié en el derecho de los empresarios a que los competidores no se entrometan en su actividad empresarial, mediante alusiones publicitarias a la misma. Consideran que la vida económica debe de regirse por los mismos principios aplicables a la esfera privada, por lo que es contrario a los buenos usos para este modelo, el hecho de que una persona intente situarse en primer plano a través de la comparación con la capacidad y actividades aparentemente inferiores de otra persona.¹⁷

1.2.3.- Modelo social

Trae consigo un cambio de orientación de la disciplina en lo referente a su objeto de protección; las nuevas concepciones sociales, económicas, y jurídicas provocaron el paso de una concepción concentrada en los intereses individuales de los competidores, a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

Por tanto, quien participa en la competencia económica, abandona el ámbito de la esfera privada para situarse ante el público.

La apertura del derecho de la competencia desleal, conlleva una doble circunstancia:

1. La crítica de aquellos argumentos basados con carácter exclusivo en la protección de los intereses del empresario (intereses individualistas);

¹⁶Fernando García Sais, “*Derecho de los consumidores a la información*”, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 59

¹⁷David Kahan Cimet, “*La publicidad comparativa en México*”, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 109.

2. La irrupción en el debate de nuevos argumentos que destaca los efectos de la publicidad comparativa tanto para consumidores como para el mercado mismo.

Elementos integrantes del concepto jurídico de la competencia son:

- a) Competidor: tiene la intención de fomentar su actividad en detrimento de otros miembros de la competencia. No puede pretenderse, como supuesto para la existencia de una competencia, que la actividad de los competidores se desarrolle en campos completamente idénticos ya que es suficiente que estos coincidan hasta cierto grado.

Walter Firsh Philipp: el sujeto, persona, física o moral, que realiza una actividad económica independiente frente a otro sujeto que también realiza una actividad económica independiente, en relación tal, que pueda beneficiar su propia actividad o la de un tercero en detrimento de la actividad del segundo.

- b) Clientela: se integra por los consumidores potenciales de mercancías o servicios ofrecidos por los competidores.
- c) Mercancía: el bien o la actividad que los competidores ofrecen, prestan o anuncian a la clientela.

CAPÍTULO II

MARCAS

2.1.- Definición de las marcas, sus aspectos legales y su regulación

Las marcas desde el punto de vista jurídico, según lo ha expresado Yves Saint Gal “es un signo distintivo que permite a su titular (fabricante o comerciante) distinguir sus productos o sus servicios de los de la competencia” y en un sentido económico “un signo que tiende a proporcionar a la clientela una mercancía o un servicio cubierto públicamente con su garantía”.¹⁸

Las marcas en el aspecto económico, sirven para distinguir un producto o un servicio de otros. Es un instrumento indispensable en la distribución de las mercancías y de la promoción de ventas, realiza una función de reclame o de publicidad importante, de tal suerte que en la economía mundial, la importancia de las marcas coincide con el desarrollo de publicidad y por consiguiente de una cierta concurrencia, en efecto, la marca representa el vehículo ideal para penetrar en los mercados extranjeros.

Son parte del proceso de comercialización las marcas, consecuentemente repercuten en la generación y expansión de la demanda, así como en general en su evolución. La marca es el vehículo que utilizan las empresas para capturar la clientela (good-will, según la llaman los autores norteamericanos) y dominar los mercados, desempeñan un papel primordial en la comercialización de la mercancías y servicios.¹⁹ Es decir, con el good-will llevan consigo la clientela, el

¹⁸Yves Saint Gal, “Política general de una empresa para la protección y defensa de sus marcas en el extranjero”, Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, N° 15-16, Año VIII, México, enero-diciembre, 1970, págs. 74 y 75.

¹⁹Jaime Álvarez Soberanis, “Regulación jurídica de la transferencia tecnología, marcas y patentes”, Ed. Porrúa, México, 1980, pág. 53.

sector de aquellos consumidores que prefieren habitualmente un determinado producto marcado, representado cierto valor económico.²⁰

Richards establece que una marca “es un merchandising short-cut que induce al comprador a seleccionar lo que quiere, o lo que ha sido convencido a creer que quiere. El dueño de una marca explota esta propensión humana, haciendo todo esfuerzo para impregnar la atmósfera del mercado con el poder de convicción implícito en el símbolo. Cualquiera que sean los medios empleados, el propósito es el mismo: transmitir a las mentes de los consumidores potenciales, a través de la marca, la deseabilidad del bien sobre el que aparece”.²¹

René Fruit, “la marca otorga a su titular una ventaja permanente, pero no un monopolio propiamente dicho, ya que cuando menos existen productos similares que pueden competir con el que ostenta la marca”.²²

De acuerdo con la American Marketing Association (AMA), una marca es un “nombre, término, signo, símbolo o diseño, o una combinación de éstos, cuyo fin es identificar los bienes y servicios de un vendedor o grupo de vendedores para diferenciarlos de la competencia”.²³ En términos técnicos, siempre que un mercadólogo genera un nombre, logotipo o símbolo para un nuevo producto, está creando una marca.

La marca es un recurso que permite diferenciar los productos o servicios unos de los otros y son ofrecidos por diferentes empresas como bien lo establecen los autores anteriormente citados. Ligada a la identificación y a la propiedad. Son los medios por los cuales los comerciantes distinguen sus productos o servicios de los que ofrecen otros.

²⁰ *Ibidem*, pág. 54.

²¹ Thomaz Thedim Lobo, “*La empresa y la marca, trabajo mimeografiado inédito*”, Río de Janeiro, Brasil, 1974, pág. 14.

²² René Fruit, “*Aspectos económicos de la propiedad industrial, en la Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*”, Año IV, N° 8, México, julio-diciembre, 1966, pág. 357.

²³ Kelvin Lane Keller, “*Administración Estratégica de la Marca*”, Ed. Pearson, México, 2008, pág. 2.

Además, estas proporcionan una posición ventajosa en el mercado a aquellas empresas que por su tamaño económico relativo pueden absorber los enormes gastos de las campañas publicitarias. El consumidor es manipulado a la adquisición y a veces engañado. No goza de libertad en el sentido clásico de la expresión, al estar presionado por los medios masivos de comunicación.²⁴

Como ya lo habíamos mencionado en el capítulo de “Antecedentes”, la marca se origina históricamente para identificar el origen de los productos, es decir, la persona misma del fabricante o productor o sea que aparece fundamentalmente como un indicador de proveniencia. Operando en la actualidad como un agente de ventas, más que como un signo de identificar el establecimiento productivo del bien o del servicio. Por ejemplo, la propaganda que se hace en la televisión, se dirige fundamentalmente a identificar los productos o servicios a través de sus marcas y en mucho menor medida se refiere a las negociaciones productoras.²⁵

El comerciante o el industrial, dueños de una marca deben protegerla y vigilarla en su origen y crianza, defenderla y promoverla en su desarrollo, consolidar su prestigio con la consistente calidad y reputación del producto o servicio al cual la aplican”.²⁶

“La necesidad de distinguir productos con una marca, obedece al hecho de que en nuestra época actual es raro encontrar productos “únicos” ya que en algún otro sitio, seguramente existe un competidor ofreciendo un producto similar”.²⁷

²⁴ Jaime Álvarez Soberanis, *op. cit.*, pág. 61.

²⁵ *Ibidem*, pág. 61.

²⁶ Barbat & Cikato, “A sus marcas. Humor sobre un tema serio. Las marcas en el mundo moderno”, Campaña publicitaria realizada por la firma de abogados Barbat & Cikato, Ed. Búsqueda octubre de 1994, Montevideo, Uruguay, pág. 171.

²⁷ Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Ortiz Bahena, *op cit.*, pág. 423.

Entre otras definiciones doctrinales de la marca, podemos encontrar la de Joaquín Garrigues: “es un signo diferenciador de las mercaderías que se fabrican o se venden o de los servicios que se prestan por una empresa”.²⁸

Asimismo, David Rangel Medina define a la marca como el signo de que se valen los industriales, comerciantes y prestadores de servicios para diferenciar sus mercancías o servicios de los de sus competidores.²⁹

Hacer uso de las marcas puede proporcionar ciertas ventajas para cualquier empresa:

- Ayuda a que las personas identifiquen productos y por lo tanto, les facilite en ocasiones la decisión de compra.
- Reducen la comparación de precios de dos artículos de diferentes marcas, ya que la marca por si misma crea una diferencia entre ellos.
- Protege contra la imitación las características del producto.
- Algunas marcas se asocian con el estatus, y otras más con calidad, lo que atrae a los compradores que buscan en un producto esos valores psicológicos y simbólicos.
- Protege a los consumidores asegurándoles una calidad consistente, esto estimula a las personas para repetir esa compra.
- Desarrolla una lealtad a la marca.

2.1.1.- Regulación de las marcas

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos la regulación de las marcas dentro de la Ley de la Propiedad Industrial en Título “De las Marcas, y de los

²⁸ David Arturo Reyes Lomelí, “*La Protección de la marca registrada mediante acciones civiles*”, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 5.

²⁹ David Rangel Medina, “*Derecho Intelectual*”, Ed. McGraw-Hill, México, 1998, pág. 62.

Avisos Comerciales y Nombres Comerciales” capítulo “De las Marcas”, definiendo a las marcas en su artículo 88 como:

Artículo 88.- *Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros, de su misma especie o clase en el mercado.*

Asimismo, la jurisprudencia nos da un concepto de lo que podemos considerar como marca y cuáles son las funciones de estas:

Novena Época

Registro: 170489

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, Enero de 2008

Materia(s): Administrativa

Tesis: I.4o.A.609 A

Página: 2793

MARCA COMERCIAL SU CONCEPTO Y FUNCIONES.

Del artículo 88 de la Ley de la Propiedad Industrial que establece: "Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.", se colige que marca es el signo, denominativo, gráfico o mixto, que requiere materializarse en un envase, producto o expresión publicitaria, y vincula psicológicamente a una idea, concepto de un producto o prestación de un servicio, evocando en el consumidor las características, procedencia empresarial, nivel de calidad o reputación. Es así que la información derivada de la marca es aprehendida por el consumidor y desencadena representaciones en su mente, lo que evoca el aspecto dinámico e ingrediente psicológico del signo marcarío. En este orden de ideas, la marca comercial debe ser susceptible de distinguir, por sí, productos o

servicios respecto de otros de su misma especie o clase, determinando y constituyendo así su valor económico, en cuanto permite y es un instrumento para que el comerciante los ofrezca y logre venderlos, aunado al beneficio de que éstos tengan demanda y aceptación entre los consumidores. Así, a partir de las peculiaridades referidas, se tiene que, como funciones de una marca, están las de indicar la procedencia empresarial del producto o servicio, su calidad y publicitar su eventual reputación e implicar en los consumidores una distintividad inherente o adquirida respecto de significados secundarios que se asocian a la marca.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 239/2007. Arturo Feldman Stark. 24 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

La OMPI establece que la marca es un signo distintivo que indica que ciertos bienes o servicios han sido producidos o proporcionados por una persona o empresa determinada. Su origen se remonta a la antigüedad, cuando los artesanos reproducían sus firmas o "marcas" en sus productos utilitarios o artísticos. A lo largo de los años, estas marcas han evolucionado hasta configurar el actual sistema de registro y protección de marcas. El sistema ayuda a los consumidores a identificar y comprar un producto o servicio, que por su carácter y calidad, indicados por su marca única, se adecua a sus necesidades.³⁰

En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte define a la marca en su artículo 1708.1 como:

³⁰Página online Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Dirección de URL: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm [consulta 24 de noviembre de 2011].

Artículo 1708.1...marca es cualquier signo o cualquier combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de la otra, inclusive nombres de personas, diseños, letra, números, colores, elementos figurativos o la forma de los bienes o del empaque. Las marcas incluirán las de los servicios y las colectivas y podrán incluir las marcas de certificación...

Además, dentro de la regulación de la Ley de la Propiedad Industrial nos establece un catálogo de lo que puede constituir una marca en el artículo 89:

Artículo 89.- Pueden constituir una marca los siguientes signos:

- I. Las denominaciones y figuras visibles, suficientemente distintivas, susceptibles de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase;
- II. Las formas tridimensionales;
- III. Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales, siempre que no queden comprendidos en el artículo siguiente, y
- IV. El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado.

Como podemos apreciar, de la transcripción del artículo quedan exentas o fuera de poder registrar las marcas sonoras y olfativas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, debemos entender que como marcas tridimensionales comprenden los envoltorios, empaques, la forma o presentación de productos las cuales serán explicadas con mayor detalle dentro del tema clasificación de marcas.

El nombre de las personas físicas, incluyendo sus apellidos, también se podrá registrar como marca, siempre y cuando no se confunda con una marca previamente registrada o con un nombre comercial previamente publicado.

“La marca no es el simple nombre del producto, sino que aporta en si el incentivo para una calidad progresiva y estable. Promueve el camino de una mayor calidad de producción”.³¹

Se ha dicho que la reputación de la calidad simbolizada por una marca, aporta al consumidor medios basados en la confianza de la propia marca, para elegir entre los productos que compiten en el mercado. Tal reputación representa para el fabricante un elemento esencial del valor más importante para él, el cual es mantener o mejorar sus productos.

2.1.2.- Clasificación de las marcas

- *De acuerdo a su composición las marcas se clasifican en:*

1. Marcas nominativas

Las marcas nominativas o denominadas, son aquellas donde la marca o signo como tal, lo constituye una o más palabras, que se pueden pronunciar, escuchar, escribir y por ende leer. Su importancia radica en que se deben de distinguir fonéticamente, es decir, deberán ser lo suficientemente distinta para diferenciar los productos o servicios en el mercado de aquellos de su misma especie o clase.

Este tipo de marcas son conocidas por algunos autores como marcas verbales ya que son términos que tienen o no significación y que atraen a la vez los ojos del público por como se escriben y a sus odios por el sonido que se pronuncian.

³¹Nicoforow, V.A. citado por Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Ortiz Bahena, *op. cit.*, pág. 423 .



2. Marcas innominadas

Son aquellas que se reconocen visualmente a través de dibujos figuras, símbolos, diseños gráficos, logotipos, o cualquier otro elemento o figura que sea distintivo de un producto o servicio. Este tipo de marcas puede reconocerse visualmente pero no fonéticamente, su peculiaridad consiste en ser cualquier elemento gráfico (dibujo logotipo, combinación de colores) que sea distinto y que se represente gráficamente.



3. Marcas tridimensionales

Las marcas tridimensionales son signos visibles representados en tres dimensiones susceptibles de identificar productos o servicios, de las de su misma especie. Estas marcas protegen la envoltura, los empaques, los envases, la forma de la presentación de los productos en si mismos, pues existen físicamente en dimensiones, siempre y cuando estos sean distintivos de otros de su misma especie o clase, siempre que dichas formas no tenga movimiento o sean

caminantes, al momento de presentarlas para registro deben de exhibir en dibujos o fotografías vistos de distintos ángulos.



4. Marcas mixtas

Son aquellas que combinan palabras como elementos figurativos que muestran a la marca como un solo elemento o como un conjunto distintivo. Este tipo de marcas protegen el nombre de un producto o servicio, pero acompañado de un diseño o logotipo, de tal suerte, que el nombre de la marca se utilizará siempre en conjunto con el diseño registrado.



- *Por su objeto*

1. Marcas de productos

Las marcas de productos es todo signo visible que sirve para distinguir los productos industriales o comerciales de una empresa.³²

2. Marcas de servicios

Se considera marca de servicio, el signo utilizado para distinguir solo los servicios prestados por una empresa.

- *En cuanto a su finalidad, destino y funcionamiento las marcas se dividen en industriales o comerciales:*

El elemento que se toma en cuenta para designar una marca como industrial o mercantil, es la calidad del sujeto que usa el signo distintivo, de tal manera que si el signo distintivo será marca industrial o marca de comercio, según si su titular sea productor o comerciante.

- Marca industrial o de fábrica

Se sabe que originalmente los artesanos pusieron sobre sus productos, el sello que permite señalar la procedencia de la fabricación; no existiendo en esta etapa de desarrollo industrial y comercial, otros signos distintivos en las mercancías, que los usados por los productos de las mismas, así surgió lo que se designa como marca industrial o de fábrica, la cual consiste en el signo distinto usado para distinguir productos de la empresa creados por el fabricante y para determinar el establecimiento, fábrica o taller que los elaboró.

³²José Carlos Tinoco, “*Protección que le ofrece la marca (a los propietarios, consumidores y terceros)* Estudio de Propiedad Industrial presentados al VIII Congreso”, Ed. Asipi, Montreal, 1984, pág. 36.

➤ Marca de comercio:

A medida que las transacciones comerciales fueron complicándose y evolucionando hasta culminar con el establecimiento de las grandes empresas mercantiles en sentido estricto, es decir, de entidades físicas o colectivas cuya función primordial es la distribución y comercialización de mercancías y servicios a los consumidores, fue despertándose en dichos comerciantes el interés de imprimir su personalidad, su nombre, su prestigio a los artículos expedidos en su establecimiento.

2.2.3.-Funciones de las marcas

Hildegart Rondón de Sansó nos define cada una de las funciones de los signos marcarios de la siguiente manera:

- a) *La función de distinción o carácter deriva de la esencia misma de la marca, obedeciendo a su propia definición. De acuerdo con tal función, es el producto considerado en sí mismo a lo que el consumidor dirige normalmente su atención.*
- b) *Protección la cual defiende a su titular frente a sus presuntos concurrentes, protegiendo simultáneamente al público de los usurpadores, por cuanto es en virtud de la marca que el comprador reclama el producto.*
- c) *Garantía de calidad, es lo que intrínsecamente lo califica, por lo que el comprador busca al adquirir el producto una calidad determinada.*
- d) *Propaganda, por cuanto ella puede constituir un “reclame” del producto, siendo su fuerza de atracción.*
- e) *Proveniencia, considerada en un tiempo como la nota predominante de todo signo distintivo, en virtud de la cual la marca lleva en sí una referencia a la empresa.*³³

³³ Hildegart Rondón de Sansó, “La cesión de la marca, en la Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística”, Año III, N° 5, México, enero-junio, 1965, pág. 90.

Sin embargo, a continuación explicaremos de forma más detallada la función de las marcas.

Función de distinción

Martin Achard, nos dice que esta función sirve para distinguir un producto de otro producto del mismo género, ya sea que este último lleve otra marca o no lleve ninguna.³⁴

Así mismo Pouillet, señala este papel de la marca cuando afirma “es la marca la que da a la mercancía, su individualidad, permite reconocerla entre millares de otras análogas o semejantes cuando más estimada es la mercancía, más valor tiene la marca corresponde pues al legislador, protegerla y reglamentarla y especialmente castigar la usurpación.”³⁵

Es decir, que la función de distinción consiste en la esencia de las marcas, en cuando su objeto como bien no lo dicen los autores anteriormente citados, está destinado a diferenciar un producto o servicio de otro del mismo género, por lo que ya no es el producto o servicio en si mismo, a lo que el consumidor dirige normalmente su atención, sino a la marca que le acompaña y que le identifica, resaltándole al consumidor, los elementos adicionales que tiene que ver la marca, como el empaque, envoltura, y presentación global con que se ostenta la marca.

La función de distinción de la marca deriva del propio texto de la Ley, en cuanto señala que debe de ser un signo visible suficientemente distintivo para distinguir los productos o servicios que ampara de sus competidores.

³⁴ Martin Achard, citado por David Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 82.

³⁵ Pouillet citado por David Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 175.

Tal función distintiva, no implica que la marca necesariamente tenga que ser novedosa, como ocurre con las invenciones que para ser protegidas como las patentes deben ser nuevas. La marca puede no ser nueva y sin embargo distintiva.³⁶

Función de protección

La marca dentro de unos de sus objetivos, es protegerse en contra de sus competidores, permitiendo al productor que sigan en el mercado y que pueda controlar su difusión. Martín Achard cuando declara que gracias a la marca “el comprador tendrá un medio de entrar en una relación con el productor, no porque la marca indique siempre el nombre de este último, sino porque facilita por lo menos sus pesquisas”.³⁷

Derivado de esta función, el consumidor se siente seguro de comprar un producto con determinado nivel de calidad, que satisfará sus exigencias según lo que haya experimentado con la marca o que lo haya escuchado por diversos medios.

Esta función también deriva de la ley, ya que con el registro de la marca concede a su titular un derecho de exclusividad que le permite impedir a terceros que la usen sin su consentimiento, así como impedir que la falsifiquen, la imiten o cometan actos de competencia desleal en su perjuicio.

Función procedencia

El objeto de la marca es reconocer el origen y procedencia del producto. Por esta razón, Aine nos dice que esto le interesa a la vez al industrial o al comerciante y al consumidor, porque tiende a asegurar el beneficio de los cuidados que ha dado a

³⁶ Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Ortiz Bahena, *op. cit.*, pág. 430.

³⁷ Martín Achard, citado por Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 82.

su fabricación o a sus ventas y la reputación que por su habilidad ha podido adquirir al consumidor, porque ella le permite comprar con toda seguridad un objeto del que ya ha apreciado su calidad.³⁸

Función social o control de calidad

Manifiesta Martín Achard de ésta función que llama “de garantía de calidad” de la marca que “el público está habituado a comprar ciertos productos, a rendir mercancías de una naturaleza especial, de un valor especial. La marca entonces, no sirve para garantizar el origen mismo del producto, sino su calidad.

Función de propaganda

Función publicitaria, por la que el público consumidor conoce determinadas marcas de artículos, fabricados por alguna empresa, convirtiéndose en clientes de ésta, refiriéndose a la acción publicitaria a la atracción de la clientela, se opera en forma directa por el conocimiento que el público tenga de los artículos, precisamente por medio de la marca que los identifica.

Constituye un reclamo del producto o servicio, es decir, la marca es el único nexo que existe entre el consumidor del producto o servicio y su titular, y es a través de la misma que su titular recibe los beneficios o no, de su aceptación por el público consumidor, de tal manera que la marca es la que el comprador ha de pedir y es lo que el titular de la misma tratará de que sea lo que el consumidor solicita y para ellos la buena calidad del producto o servicio puede ir acompañado de una publicidad adecuada, o bien de la tradición oral del cliente satisfecho, dado que serían varios los esfuerzos para lograr la mejor calidad si el producto o servicio es desconocido.

³⁸ Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 82

2.2.4.- Naturaleza jurídica de las marcas

“La marca es un bien que forma parte de la organización empresarial, un bien inmaterial que el empresario utiliza para distinguir sus productos dentro del mercado y con él va a reflejar el origen empresarial de los mismos. Actualmente la marca es un elemento integrante de la organización empresarial y un elemento esencial en la valoración del patrimonio de la empresa. La marca adquiere relevancia debido a la actividad del empresario y al uso que su titular ha venido realizando, cuando pone a disposición de los consumidores, en el mercado, los productos designados con tal marca y consiguiente es percibida por el público”.³⁹

2.2.4.1 Teorías de la naturaleza de las marcas

a) Teoría de Derecho de Propiedad

Una de las teorías más antiguas sostiene que el derecho de la marca puede ser objeto de un derecho de propiedad. Es a partir de la Revolución Francesa cuando los legisladores y la doctrina reconocen la existencia de un derecho subjetivo natural del creador de la obra, el invento o la marca. Reconocimiento que se condiciona al cumplimiento de determinadas formalidades. Para la protección del derecho que se materializa en algo concreto se le aplica el concepto más tradicional, el de derecho inmediato y *erga omnes* sobre un bien el derecho de propiedad.⁴⁰

Sin embargo, la teoría de la propiedad tropieza con la dificultad de que sólo refleja el aspecto pecuniario del derecho “la explotación”. En el supuesto específico de que la marca no puede reconocer como tal el carácter absoluto y exclusivo de explotación. El titular de la marca no puede oponerse frente a todos

³⁹ Elena de la Fuente García, “*El uso de la marca y sus efectos jurídicos*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 22.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 22.

sobre el signo (la marca). El titular sólo tiene posibilidad de oponerse a la utilización del signo registrado y para los productos que se han designado, salvo en el supuesto de la marca renombrada cuyo ámbito de protección es mayor. Pero atendiendo a nuestra legislación, la marca tiene un derecho exclusivo de uso, es por eso que no se le considera como un derecho de propiedad.

b) Teoría de Derecho de la Personalidad

Esta teoría nos establece que el hombre tiene derechos que son de naturaleza personal, como el derecho al nombre, a la integridad personal y a la buena fama. Si estos derechos se violan existen una serie de acciones para actuar. Una consecuencia lógica de esta teoría, es que las marcas nunca se pueden transmitir porque no pueden abandonar a su titular y, además, sólo existen durante la vida del mismo.⁴¹

c) Teoría de Derecho de la Propiedad Inmaterial

Esta es la comúnmente aceptada, considera la marca un derecho de propiedad inmaterial. Ya que se puede establecer una analogía entre el derecho de marca y el derecho de propiedad, aunque no una total equiparación esto es debido a que el carácter de sus objetos es diferente. Así, mientras los derechos de propiedad conciernen a objetos tangibles, los derechos de propiedad inmaterial se refieren a objetos inmateriales e intangibles.

La marca es un efecto de comercio y como tal, ha sido reconocida en la mayoría de las legislaciones, por lo que es susceptible de apropiación. El derecho sobre las marcas es un derecho de propiedad "sui-géneris", que se agota por el abandono, inacción y que es cancelable.

⁴¹*Ibidem*, pág. 27.

Francisco Ferrara y Agustín Ronella sostienen, “que el derecho a la marca es de naturaleza jurídica privada, sin embargo, también aducen que se manifiesta el interés público en las marcas, como lo es la publicidad, la solicitud para que sean registradas como marcas, la protección de estos signos distintivos a través de autoridades competentes”.⁴²

Es de considerarse, que la Ley de Propiedad Industrial posee disposiciones que son de orden público e interés social, por lo tanto, el derecho de las marcas es un derecho de propiedad en su función social, haciendo notar que al estado lo que interesa es que se satisfagan las necesidades colectivas, por encima de las individuales, dejando a un lado el concepto tradicional de propiedad, puesto que el estado consideró que la marca además de representar un valor económico, tiene gran importancia para los fines que persigue, por eso goza de una protección jurídica especial, por ser una entidad jurídica con características propias.⁴³

2.2.-Marcas poderosas

En el libro Gestión del valor de la marca, el valor de marca fue definido como los activos (o pasivos) vinculados al nombre y símbolo de la marca que se incorporarán (o sustraen) al producto o servicio. Estos activos pueden agruparse en cuatro dimensiones; reconocimiento de la marca, calidad percibida, asociaciones de la marca y fidelidad a la marca.

⁴² Enrique R. Aftalion, Fernando García Olano y José Villanova, “Introducción al Derecho” Ed. La ley, 7^o Edición, Buenos Aires, 1964, pág. 122.

⁴³ Rangel Medina, *op. cit.*, pág. 82.



- Reconocimiento de la marca: a menudo un activo infravalorado. No obstante, el reconocimiento ha demostrado efectuar percepciones e incluso el gusto: las personas prefieren lo familiar y están preparadas a adscribir todo tipo de buenas actitudes a conceptos que les resulta familiares.
- Calidad percibida: es un especial tipo de asociaciones en parte debido a que influencia las asociaciones en numerosos contextos y en parte debido a que empíricamente se ha demostrado que afecta a la rentabilidad.
- Asociaciones de la marca: puede ser todo aquello que conecte al cliente con la marca. Puede incluir imaginaria del usuario, atributos del producto, situaciones de uso, asociaciones organizativas, personalidad de la marca y símbolos. Mucho de la gestión de la marca se refiere a determinar qué tipologías de asociaciones deben de desarrollarse.
- Fidelidad a la marca: están en el corazón de todo valor de marca, el concepto es fortalecer el tamaño e intensidad de cada segmento fiel. ⁴⁴

Las marcas de las empresas se están haciendo más fuertes y están proliferando. Algunas están incluso adueñándose de las empresas que las

⁴⁴David A. Aaker Erich Joachimsthaler, “Liderazgo de marca”, Ed. Deusto, Barcelona, 2001, pág. 33.

lanzaron. Son cada vez más insistentes y notorias. Las marcas son amorales por su tendencia a exteriorizar al menor costo posible y vender al mayor precio. Están dedicadas a estar en todas partes, saltar de un país a otro y de un continente a otro, ignorando o arrasando las tradiciones étnicas, culturales y religiosas.

Por muy poderosas que sean, son susceptibles a los cambios, es decir, vulnerables a la moda, no son tan poderosas como parecen. Son particularmente vulnerables a nosotros, los clientes. Cuando nos gustan, las compramos, cuando no, pasamos de largo, los clientes podemos ser fieles, veleidosos, esclavos de la moda, creadores de tendencias o todas estas cosas a la vez o una detrás de otra. Además, la marca forma parte de una empresa, y lo que ésta hace y como se comporta ejerce una influencia directa y poderosa sobre la marca. Cuando se suman los problemas de la empresa a los de la marca, se comprueba que esta no tiene el camino fácil.⁴⁵

Hubo un tiempo en que las marcas eran simple artículos domésticos: jabón, detergente, te, calzado y demás artículos cotidianos insulsos que simplemente se usaban y se reponían. La marca era un símbolo de consistencia. En una época de adulteración y falta de confianza el producto, y de incremento de precios imprevisibles, la marca significaba calidad, cantidad y precio constantes. La imagen de la marca proyectaba y sostenía el producto.⁴⁶

En la actualidad, todo esto es completamente diferente y las marcas se han convertido en el elemento dominante. Hoy las características funcionales de los productos no se cuestionan y aunque las marcas siguen girando en torno a la imagen, ya no proyectan sólo su imagen, sino también la nuestra.⁴⁷

2.3.-Marcas engañosas

⁴⁵ Wally Olins, *“Las marcas según Wally Olins”*, Ed. Turner Publicaciones, Madrid, 2003, págs. 244 y 246.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 16.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 16.

Antes de empezar con el tema definiremos que es el engaño, la Real Academia define al engaño como “el inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes fingidas”.

Las marcas engañosas, las cuales son signos que pueden inducir a falsas asociaciones a los consumidores, en relación con el bien que le han ofrecido bajo esa marca.

Como ya lo habíamos establecido, las marcas tienen varias funciones en el mercado, dentro de las cuales destaca identificar el origen empresarial de los productos o de los servicios a los cuales se aplica. Además, las marcas indican a los consumidores que los productos o servicios respectivos tienen una calidad uniforme; de manera que si el consumidor se siente conforme con la satisfacción de sus necesidades llevadas a cabo por la decisión de consumo, pueda repetirla volviendo a elegir el mismo bien.

Las marcas hacen entonces, que las decisiones de compra de los bienes que se lleven a cabo en el mercado, las tomen los consumidores basadas en la calidad de los bienes y los servicios distinguidos con las marcas, posibilitando en tal sentido, que el intercambio de bienes se efectuó con justicia, tanto para los empresarios como para los consumidores.

Es decir, que las marcas cumplen una función informativa en el mercado que debe ser veraz, lo que significa que no debe ser posible que el signo induzca a los consumidores a error sobre la naturaleza, calidad o procedencia del producto o servicio. Sin embargo, por la misma función o elementos que da información al consumidor y como tal, también es evidente su capacidad para ser empleada como generadora de confusión a los consumidores.

Muchas de las ocasiones, el engaño es usado como elemento conductor entre los consumidores, para caer en una marca que no desean, pero no es

necesariamente que la marca sea engañosa, sino la manera que esta es empleada en un determinado contexto.

Para que la marca pueda considerarse como engañosa, o bien que induce a error, es necesario que esta genere expectativas sobre el producto, capaces de influir en la decisión de compra y que no responda a la verdad, que sean creíbles.

Baylos clasifica a las estrategias engañosas en cuatro grupos para una mejor identificación de estas:

1. Afirmaciones falsas o inexactas del producto o servicio ofrecido;
2. Engaños mediante falsas indicaciones de elaboración o procedencia;
3. Venta por regalo y;
4. Anuncios o simulación de rebajas de precios y ventas de liquidación, que no responden a la realidad.

▪ **Afirmaciones falsas o inexactas del producto o servicio ofrecido**

En ciertas ocasiones, quienes concurren en el mercado, realizan afirmaciones sobre sus propios productos o servicios, situándolos en un lugar privilegiado en relación a los de sus competidores, atribuyéndole el carácter de originales, auténticos o únicos.

Si bien las indicadas afirmaciones no están referidas directamente a otros productos o servicios, serán consideradas denigratorias, y por lo tanto, ilegales, si es que en su análisis integral y superficial de las afirmaciones, determina que ellas están referidas a un competidor identificable y se prueba que las afirmaciones no son exactas, verdaderas o pertinentes.

- Afirmaciones objetivas: aquellas que contenidas en un anuncio que el consumidor razonable percibe, mediante una interpretación

integral y superficial como objetivamente comprobable, es decir, medible mediante un sistema de medición comúnmente aceptado.

- Afirmaciones subjetivas: las contenidas en un anuncio, que por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones particulares, mediante las cuales intenta convencer de que se consuma el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado.

▪ **Engaño mediante falsas indicaciones de elaboración o procedencia**

Es la realización de actos o la utilización de expresiones que pueden inducir al error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio; reputándose desleal en particular al empleo de falsas indicaciones de procedencia y falsas denominaciones de origen, así como el empleo no autorizado de denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otro similar.

Podemos decir, que son aquellas manifestaciones que no contienen un sentido verdadero de lo que anuncian ya sea con relación a su origen o a cualquier característica que se señalen en el producto. Un ejemplo es la publicidad que se utiliza en marcas de propiedad de terceros, sin contar con la autorización de sus titulares.

Por otro lado, entre los actos engañosos la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Industrial) o conocida también por sus siglas en inglés como la WIPO (World Internatioanal Property Organization) destaca las siguientes notas:

- El concepto de engaño no se limita a declaraciones inherentemente falsas, ni a declaraciones que han causado efectivamente una impresión falsa en el consumidor, basta que la declaración en cuestión sea susceptible de tener un efecto de engaño. La omisión de

información puede ser también potencialmente susceptible de inducir a engaño.

- Las declaraciones engañosas pueden referirse a hechos relacionados con personas que actúan en nombre de una empresa o al capital, el grado de solvencia, el patrocinio, la afiliación o las conexiones comerciales de la empresa. El uso indebido de un identificador comercial puede ser también engañoso.
- Para que lo podamos considerar como acto de competencia desleal, el acto engañoso no necesita haber sido cometido de mala fe, puesto que incluso el engaño involuntario en el ejercicio de actividades industriales o comerciales debe ser prohibido en interés, tanto de los consumidores, como de los competidores.⁴⁸

▪ Ventas de regalos

La venta es uno de los elementos de la mercadotecnia, sólo sugiere la transferencia de los derechos o exclusivamente las actividades de las personas de ventas, pero no incluyen la publicidad u otros métodos que estimulan la demanda.

La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputará como desleales, cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la presentación principal.

▪ Anuncios o simulación de rebajas de precios y ventas en liquidación, que no corresponden a la realidad.

El anunciante “titular de la marca” no se encuentra obligado a incluir en sus anuncios el precio del producto que ofrece. Sin embargo, si lo hace, debe tratarse

⁴⁸ Notas 4.01 a 4.11, OMPI, “Disposiciones tipo sobre la protección contra la competencia desleal”

del precio final, con todos los desembolsos que debe realizar el consumidor para adquirir el bien o servicio anunciado.

Ahora bien, el anunciante que difunda ofertas, rebajas de precios o promociones, debe incluir en sus anuncios el número máximo o mínimo de unidades de las ofertas que promocionen. Asimismo, si existiera una limitación en el tiempo de duración de la promoción, esta información deberá incluirse en forma clara y precisa en el anuncio. No será necesario señalar en la publicidad “oferta valida hasta agotar existencias”, sino que deberá consignarse de manera clara e indubitable la fecha de término de la promoción, tema que estudiaremos con mayor detalle en el capítulo cuatro “Publicidad y el Consumidor”.

La marca constituye, en sí mismo un elemento que da información al consumidor, y como tal, es evidente que su capacidad para ser empleada como generadora de confusión. En el caso de nuestro país respecto a las llamadas marcas engañosas, es importante señalar que no sólo su registro se encuentra impedido por la fracción XIV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial, sino que su uso se sanciona como infracción administrativa en la fracción 213 de la misma ley.

Artículo 90.- *No serán registrables como marca:*

XIV.- *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;...*

2.4.-Actos de confusión

Antes de empezar con el estudio del tema definiremos por separado que es el acto y la confusión.

Los actos jurídicos desde la concepción del ser humano hasta su fallecimiento, serán un proceso de interacción, éste se encontrará involucrado en un sinnúmero de actos jurídicos que van a influir en su desarrollo personal dentro de la sociedad en que se desenvuelve.

El maestro Rafael Rojina Villegas, define al acto jurídico como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las que son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

⁴⁹

Por su parte, el célebre jurista Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, manifiesta que el acto jurídico como tal, es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente han querido y buscado la realización de las consecuencias jurídicas que se dan.⁵⁰

Con respecto a la confusión, la definición que establece el Diccionario de la Real Academia “confusión significa la mezcla de dos o más cosas diversas de modo que las partes de la una se incorporan a la otra, falta de orden o de claridad, la aceptación de error, es concepto equivocado o juicio falso y engaño, la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discute”.

Podemos inferir que en Materia de Propiedad Industrial, la confusión será el resultado de la conducta del comerciante o fabricante que esté encaminada a equivocar o engañar al público haciéndole suponer que los productos o servicios que adquiere se fabrican, se venden o se prestan bajo las normas, licencia o autorización de un tercero.

En definitiva podemos advertir, que el concepto de confusión se traduce en términos generales, en la falta de claridad y en el ámbito comercial, implica el

⁴⁹Rafael Rojina Villegas, “*Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*”, Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 115.

⁵⁰ Jorge Mario Magallon Ibarra, *op. cit.*, Ed. Porrúa, México 1998, pág. 55.

adquirir una cosa por otra, como consecuencia de una errónea creencia sobre la fabricación u origen de los productos o servicios.

Monteagudo autor español habla del acto de confusión, dice que “está legalmente definido como comportamiento de toda clase idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. De este modo, se tipifica el acto de confusión genérico, cualesquiera que sean los medios empleados para generar la posible confusión y cualquiera que sea la esfera de la actividad económica en que se produzca”.⁵¹

Se produce un acto de confusión cuando el consumidor presume que una actividad, producto, establecimiento o prestación tiene un origen empresarial que no le corresponde. Asimismo, cuando el consumidor atribuye erróneamente a una empresa los productos producidos por otra, ya sea porque los signos son a tal punto parecidos, que se confunden unos con otros o bien porque se cree, a pesar de la diferencia de marcas, que proviene de un mismo empresario.

Jorge Otamendi, señala que hay confusión cuando cotejando una marca después de la otra, dejan el mismo recuerdo, la misma impresión, aun cuando en los detalles existan diferencias.⁵²

Para determinar la posibilidad de confusión, debe de entenderse no sólo a la simple comparación de signos marcarios, sino también, a los factores como son el grado de atención que podrán los compradores al adquirir productos que ostentan signos marcarios semejantes en grado de confusión, o el carácter especial del producto, que le restarán o aumentarán importancia a las similitudes entre los signos utilizados.

⁵¹Monteagudo M. “*El riesgo de la confusión en el derecho de marcas y en derecho contra la competencia Desleal*”, Tomo XV, pág. 95.

⁵² Jorge Otamendi, “*Derecho de Marcas*”, Ed. Lexis Nevis, 2003, pág. 143.

2.4.1.- Tipos de confusión

- **Confusión directo**

Es la forma más clásica y común de la confusión y hace que el comprador adquiera un producto determinado, convencido de que está comprando otro, lo que deriva en la disminución o pérdida de ventas por parte del titular de la marca e incluso que pierda el cliente para siempre, si la calidad de los productos que compró es mala, lo cual, es muy probable, atribuyendo este hecho al dueño de la marca original; de esta manera también resulta afectado el comprador, pues habrá comprado lo que no quería.



- **Confusión Indirecta**

Esta engaña al público de forma diferente, se da cuando el comprador cree que el producto que desea adquirir tiene un origen, un fabricante determinado o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante determinado, o que ese producto pertenece a una línea de productos de una fabricante distinto de quien realmente los fabricó, ya sea por la similitud de sus denominaciones o por la presentación de sus productos, ya que en muchas ocasiones la denominación de un producto hace suponer esa relación entre productores, causando que los consumidores puedan incurrir en un error respecto al origen del producto.

- **Confusión visual o gráfica**

Es la confusión causada por la identidad o similitud de los signos, sean estos palabras, frases, dibujos, etiquetas o cualquier otro, por su simple observación, puede ser provocada por semejanzas ortográficas o gráficas, por la similitud de dibujos o de envases y de combinación de colores, más allá de que puedan concurrir también en la confusión ideológica y la auditiva.

La similitud ortográfica es quizás la más habitual en los casos de confusión, se da por la coincidencia de letras en los conjuntos en pugna y para ello influyen la misma secuencia de vocales, la misma longitud y cantidad de sílabas o terminaciones comunes.

Por otra parte, tenemos que la similitud gráfica, se da cuando los dibujos de las marcas o los tipos de letras que usan en las marcas nominativas, tengan trazos parecidos o iguales, ellos aun cuando las letras o los objetos que los dibujos representen sean diferentes.

- **Confusión auditiva fonética**

Se da cuando dos palabras se pronuncian de modo similar, en este caso el público se acuerda más de como se pronuncia, a como se escribe.

Asimismo, tenemos que en relación con ese tipo de confusión, puede suceder que a una palabra determinada, en un idioma extranjero, se le atribuyan dos pronunciaciones, la que le daría la persona que tiene conocimiento del idioma y la que daría el que no sabe, como ocurre con las denominaciones “Freeday” y “Friday”.

Igualmente puede darse este tipo de confusión, cuando exista una pronunciación incorrecta de las palabras, así pues tenemos que muchas veces la

letras “S” colocada al comienzo de una palabra es pronunciada como “ES” como sucede con la palabras “ESPUMA” y “SPUM”.

En varias ocasiones se ha discutido sobre la forma en que son pronunciadas las palabras de idiomas extranjeros o que tienen apariencia, sin embargo, no existe una regla uniforme respecto de como han de ser consideradas, pues esto dependerá de la publicación que se hubiere efectuado de marca, el grado de notoriedad que tenga, o de la forma en que está escrita.

- **Confusión ideológica o conceptual**

Es la que produce cuando siendo las palabras fonética y gráficamente diversas, expresan el mismo concepto, es decir, es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea, la que impide al consumidor distinguir una de la otra.

El contenido conceptual es muy importante para decidir si existe confusión entre dos marcas, debido a que el contenido facilita enormemente el recuerdo de la marca, por ello cuando el recuerdo es el mismo, por tener el mismo contenido conceptual, la confusión es inevitable, aun cuando también pudiera aparecer similitudes ortográficas o fonéticas.

Asimismo esta confusión puede originarse con los dibujos, cuando éstos representan una misma cosa, como por ejemplo, dos casas que cuando tiene trazos diferentes, traen a la mente la misma idea del mismo objeto, así pues, cuando dos dibujos representan el mismo objeto, por muy distintos que sean sus trazos, seguirán representando lo mismo y por lo tanto seguirán siendo recordados por el público consumidor, pues este pedirá y recordará la marca, con el nombre del objeto que representa.

Algunas de las reglas que podemos tomar en cuenta para hacer una valoración si existen o no confusión en las marcas son:

- a) Analizar la marca en su conjunto.
- b) Deben tomarse más las semejanzas que las diferencias.
- c) No hay que analizar las marcas en conjunto, si no una y luego la otra.

Siendo las marcas el medio natural que distingue los productos o servicios de los comerciantes, industriales y prestadores de servicios en el mercado, es recurrente que muchos de los actos de confusión estén orientados al empleo de los signos, que por su similitud, resulta una imitación de otro.

La Ley de Propiedad Industrial, nos establece en la fracción XV bis del artículo 90 que no podrán registrar las marcas cuando sean iguales o semejantes en grado de confusión, asimismo, en el artículo 213, fracción IV señala que se considera infracción administrativa usar una marca parecida en grado de confusión a otra que a su letra dicen:

Artículo 90.- *No serán registrables como marca:*

XV bis. *Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, iguales o semejantes en grado de confusión a una marca que el Instituto estime o haya declarado famosa en términos del capítulo II BIS, para ser aplicadas a cualquier producto o servicio.*

Artículo 213.- *Son infracciones administrativas:*

IV.- *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;...*

Mauricio Jalife Daher enuncia cuatro supuesto de excepción al uso ilegal de una marca los cuales son:

1. Agotamiento de derecho: muchos de los casos obedecen a situaciones en las que ciertos productos han sido importados al país, pero ostentando válida y legítimamente la marca respectiva de manera que no existe infracción alguna a la disposición.

Otro caso, cuando el propio titular de la marca registrada quien puso en circulación la mercancía respectiva, como puede suceder con el caso de los envases genéricos de libre circulación ó como los empleados para la distribución de agua purificada.

2. Cuando el actor pretende la declaración de la infracción administrativa por el empleo no autorizado de una marca similar a la registrada en productos o servicios análogos o coincidentes, oponiendo el demandado la defensa que es materia de la fracción I del artículo 92 de la Ley de la Propiedad Industrial, consistente en invocar el uso previo y continuo de la marca como excepción a los efectos del registro.

3. Uso circunstancial: es el que en ocasiones realizan algunos talleres de reparación, mantenimiento o algunos comercializadores, respecto de las marcas que expende en sus establecimientos. En tales procedimientos, el demandado suele plantear como excepción, la consistente en que en rigor, el uso que realizan de la marca no cumple con la finalidad que la de informar al consumidor sobre los productos que reparan o venden.

4. El último caso, cuando el demandado se excepciona del pretendido uso ilegal de la marca registrada, se configura cuando dicha parte cuenta también con una marca registrada que brinda apoyo al uso que realiza.

Tales casos se presentan cuando en el procedimiento de registro, se ha cometido algún error, o bien cuando por diferencia de apreciación el segundo registro ha sido concedido.⁵³

⁵³ Mauricio Jalife Daher, “*Competencia Desleal*”, Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 83-84.

2.5.- Actos de imitación

Antes de empezar a estudiar el tema, tenemos que hacer la observancia de que en los ámbitos del Derecho de la competencia desleal y el Derecho de la Propiedad Industrial e intelectual se utilizan una pluralidad de términos para referirse al fenómeno de los actos de imitación. Expresiones como imitación, copia, reproducción, falsificación, piratería, plagio, usurpación, contrahechura son empleados a veces como sinónimos, pero en la mayoría de ocasiones se emplean para poner el acento en un aspecto instrumental o material distinto.

Desde una óptima estrictamente semántica, imitar significa ejecutar una cosa a ejemplo de otra.⁵⁴

Entonces el acto de imitar es por medio del cual se copian los elementos de un signo distintivo, sin tener que llegar a ser idénticos, para conseguir la confusión de las dos y provocar el error en el momento de la elección, por parte del público consumidor. La imitación tiende a crear confusión, por ejemplo la marca nominativa ODELAR, usada de la siguiente manera puede crear confusión, o de la R, puede prestarse a creer que es la marca Oscar de la Renta.

Aun cuando ya habíamos mencionado que en ocasiones se puede usar el término de falsificación como sinónimo de imitación, debemos aclarar la diferencia que existe entre la una y la otra. La imitación pretende que las marcas sean parecidas en grado de confusión, sin tener que llegar a ser idénticas, estas tienden a mezclar elementos comunes entre la marca original y la imitadora, generando una apariencia de igualdad entre ambas, sin embargo, habrá uno o varios elementos distintos entre ellas.

La falsificación de una marca es la copia de forma idéntica de un signo distintivo, de tal manera, que no sea posible identificar entre el signo original y el

⁵⁴ Diccionario de la Real Academia Española, pág. 1143.

falsificado de una marca inmediata. Es importante aclarar que entre la marca original y la falsificada, no debe de ser posible distinguir una de otra de manera simple, ya que el público consumidor al momento de elegir un bien es muy difícil que se ocupe en hacer un análisis profundo y detenido de la marca que ampara el servicio

En términos generales una marca imita a otra cuando pueden confundirse, cuando apreciadas en conjunto o atendiendo a los elementos que hayan sido reservados.⁵⁵ Es decir, la imitación tiene a obtener el aspecto de conjunto representando por la marca original, con más o menos analogía, sin que una o la otra de sus partes sea necesaria una copia servil de la imitada. Basta con la existencia de confusión.

Sin embargo, el legislador no hace la diferencia entre imitación y falsificación al decirnos que puede existir imitación de una marca, no sólo cuando esta es imitada en la totalidad de los elementos que la integran, sino también cuando tiende a reproducir alguna de las partes principales, haciendo que a primera vista puedan confundirse, de tal manera que sólo por medio de un examen detenido, sea posible distinguir la una de la otra y siempre que la marca original se aplique para artículos de la misma naturaleza.

En este sentido, podemos decir que la imitación se da cuando se utilizan elementos parecidos, disponiéndolos en forma análogo o utilizando colores similares a fin de obtener en conjunto semejante al que presenta la marca auténtica, para confundir al público consumidor, el cual cree adquirir un producto en realidad adquiere otro, provocando de esta manera, no sólo que el público consumidor resulte defraudado, sino también que el titular de dicho registro tenga un menoscabo en las ganancias económicas que le corresponden al comercializar

⁵⁵ Amparo Administrativo en Revisión 9061/43 General Foods, Corporation 22 de enero 1947- unanimidad de votos.

su marca, impidiéndose incluso la normal comercialización de los productos o servicios, que se encuentran amparados por un registro marcario.

La imitación en nuestro país se ha convertido en una actividad cotidiana al margen de la legalidad y motivada por las modas de los artículos que no son de primera necesidad, ya que lo que está de moda es “la marca” pero más allá de la marca de prestigio y reconocimiento que esta tiene con la publicidad o en contadas ocasiones por la calidad del producto y la aceptación que tiene en el mercado por parte del público consumidor.

La imitación es el primer paso a la piratería que no es una imitación de una marca, sino una reproducción no autorizada y en muchas ocasiones de menos calidad al producto original.

Entonces entendemos que los actos que se cometen como imitación fraudulenta, son aquellos que mediante la imitación ejercida consiguen un aprovechamiento alevoso del esfuerzo de la posición o del prestigio de otro competidor.

Esta imitación se presenta de acuerdo a una serie de modalidades y grados que son:

- De acuerdo a la clase de distintos a que se puede referir la imitación.
- Según la forma de imitación utilizada.
- Por el efecto de confusión que origina.

El maestro Portellano Diez, clasifica las formas de imitar en dos grupos:

- a) Creaciones materiales: son aquellas que responden a una necesidad técnica o estética, es decir, las que resuelven o mejoran la satisfacción de una necesidad o de un gusto del consumidor y que coincide básicamente con el derecho de signos distintivos.

- b) Creaciones formales: aquellas que se alejan de responder a una necesidad técnica o estética, simplemente diferencian las ofertas que se incorporan al mercado, de esta manera los competidores a la hora de elegir los signos distintivos por los que se distinguen, disponen de un número infinito de posibilidades.⁵⁶

En las marcas pueden existir dos tipos de imitación:

- **Imitación conceptual:** traducir una denominación de un idioma a otro; o en la adopción de la idea contenida en el signo, a través de otros modos de expresión diferentes, como sucedería en la realización gráfica del sentido, contenido en una marca denominativa o viceversa.⁵⁷

Es decir la imitación conceptual se produce cuando la imitación se lleva a cabo a través de la traducción de una denominación que se expresa en otro lenguaje (gráfico, simbólico, etc.).

- **Imitación por contraste:** consiste en utilizar denominaciones o dibujos de sentido opuesto a las imitadas, que prácticamente constituye su réplica.⁵⁸

2.6.-Actos de denigración

La denigración es definida como cualquier afirmación, verdadera o falsa, dirigida a desacreditar a un competidor. Este supuesto de competencia desleal se configura ya sea con afirmaciones verdaderas o falsas sobre un competidor, sus productos o sus servicios. Para evitar incurrir en un acto denigratorio, debe demostrarse que las afirmaciones vertidas son verdaderas, exactas y pertinentes.

⁵⁶Pedro Portellano Diez, “*La imitación en el derecho de la competencia desleal*”, Ed. Civitas, España, 1995, pág.32.

⁵⁷Hermenegildo Baylos Carroza, Hermenegildo, “*Tratado de Derecho Industrial*”, Ed. Civitas, Madrid España, 1978, pág. 331.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 332.

La denigración del competidor es una de las maquinaciones más socorridas en la competencia económica, esta se refiere a cualquier manifestación que se haga del rival, ya sea mediante afirmaciones, noticias, comportamientos o actitudes de un competidor, que vayan dirigidas o sean aptas para producir el desprestigio de otro competidor suyo ante el público que compra.⁵⁹

Se considera acto de denigración la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, salvo que se trate de afirmaciones verdaderas, exactas y pertinentes.

Basta que las afirmaciones denigrantes estén contenidas en comunicaciones privadas o públicas, cuando ellas tengan como objeto menoscabar el prestigio de un competidor y en consecuencia afecte la decisión de consumo del receptor de aquella comunicación.

En nuestra legislación donde se establecen los actos de denigración están previstos en la fracción X del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industria que a su letra dice

Artículo 213.- *Son infracciones administrativas:*

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

⁵⁹*Ibidem*,pág. 334.

Estableciendo en un primer punto que se considera como infracción administrativa “intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro, esto es alcanzado el resultado del desprestigio de alguien, lo cual se puede generar por un sin número de formas y medios.

En segundo punto, esta fracción hace la aclaración, de una de las excepciones de la eventual aplicación general de la regla enunciada en primer término al señalar que “no está comprendida en la disposición, la comparación de productos o servicios con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada. No teniendo más alcance que hacer explícita la particular situación, de que al ser legal la publicidad comparativa realizada, no debe considerarse como pretendido o logrado el propósito de desprestigiar los productos o los servicios.

Asimismo, el Convenio de Paris nos define a los actos denigratorios en su artículo 10 bis., como:

Artículo 10 Bis.-

3) En particular deberán prohibirse:

(i) ...

(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;...

Un aspecto adicional a considerar, en lo relativo, en la relación a los actos denigratorios contra un competidor, es lo relativo al daño moral. En nuestra legislación está considerada por el Código Civil en su artículo 1916:

Artículo 1916.- *Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

CAPÍTULO III

COMPETENCIA DESLEAL

3.1.-Definición de competencia, competencia económica y competencia desleal

La complejidad del vínculo existente entre la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia, radica en la contradicción inherente a la coexistencia de normas jurídicas que protege la Propiedad Intelectual con las que buscan mantener una situación de plena competencia en los mercados.

Aunque cada sistema jurídico tiene características propias, las principales legislaciones contra monopolios han fundamentado la elaboración de reglas aplicables a la competencia económica en el principio de que el ejercicio de la Propiedad Intelectual es lícito, siempre y cuando no extienda el poder de monopolio, de mercado y exclusividad.⁶⁰

3.1.1.- Competencia

Etimológicamente, el término de competencia encuentra su raíz en las voces latinas *competencia* (*competens, enfis*), la relación, proposición, aptitud, apto, competente. En un sentido jurídico en general, el término competencia alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. La competencia como concepto específico (frente a la idea global de jurisdicción) obedece a razones prácticas de distribución de la tarea de juzgamiento, entre los diversos órganos jurisdiccionales.⁶¹

⁶⁰Lucia Ojeda, Luis Santos José Roldán, “*Propiedad Intelectual y Competencia económica*”, Ed. Porrúa, México, 2010, pág. 7.

⁶¹ Fernando Flores García, *¡Diccionario jurídico!* Harla, vol. 4 Derecho Procesal, México Oxford University Press-Harla, 1996, Diccionario jurídico, México UNAM-III, tomo I, A-C, pág. 642.

Aunque no es el término de estudio en el presente trabajo, no se puede dejar de lado, de donde proviene el término competencia y cuáles son las principales funciones en el mundo del derecho.

3.1.2.- Competencia económica

Antes de empezar con el estudio de ¿Qué es la competencia económica?, tenemos que establecer que en México, el marco jurídico de la competencia y su relación con los Derechos de Propiedad Industrial están establecidos por el artículo 28 Constitucional, donde nos señala “que no constituyen monopolios los privilegios que se conceden a autores y artistas para la producción de sus obras y los que se otorguen a los inventores y perfeccionadores para el uso exclusivo de invenciones y mejoras”. Además de los dispuesto por el artículo 5 de la Ley Federal de Competencia Económica que señala que “La Propiedad Intelectual se rige por las disposiciones de la competencia económica cuando la primera va más allá de la protección a tales derechos, ambos son elementos integrantes de una mancuerna en constante evolución, afectada por dificultades adicionales derivadas de su inmersión en operaciones de carácter internacional”.⁶²

La actividad económica de una empresa consiste en crear bienes o prestar servicios para satisfacer las necesidades del consumidor y obtener una contraprestación por ello. Dentro de la complejidad que puede representar la producción, distribución, comercialización y venta de bienes o la prestación de servicios, las empresas se valen de diversas estrategias para competir en los mercados.

La legislación debe dar sustento a las estrategias comerciales que las empresas decidan seguir. Debe de ser prioritaria la creación de un marco jurídico que fomente la competencia en un ambiente de libertad y, desde luego, que la

⁶²Lucia Ojeda, Luis Santos José Roldán, *op. cit.*, pág. 7.

actuación de la autoridad otorgue una protección eficaz a esos derechos, contra todas aquellas acciones que pretendan afectarlos.

Desde el punto de vista de la Teoría Económica, el término competencia es entendido como una situación de mercado, que para efectos se ubica entre dos extremos: competencia perfecta y competencia imperfecta o monopólica. La competencia perfecta es un modelo ideal, útil para los efectos de formulación de teorías y modelos—no es una situación que se presenten en el mundo real, supone básicamente las siguientes características:

- Existen infinidad de agentes económicos, quienes maximizan su ganancia o su utilidad.
- No existen barreras a la entrada (libre concurrencia).
- No hay restricciones al comercio entre países, es decir, existe libre movilidad de factores.
- No existe diferenciación por productos, ya que se trata de un producto idéntico.
- Existe información completa y perfecta.

En el extremo opuesto se encuentra la competencia monopólica donde no se cumplen los puntos anteriormente mencionados, es decir, se supone la existencia de una sola empresa que produce un bien para el cual no existen sustitutos, por lo que dicha empresa puede fijar el precio o las cantidades a producir (reduciendo la oferta) de tal modo que obtenga una mayor utilidad.⁶³

Una definición más detallada de la competencia perfecta es el resultado en el mercado, cuando todas las firmas generan un abasto homogéneo perfectamente divisible y no se encuentran con barreras de entrada o salida; los productores y

⁶³Hugo E. Becerra Acevedo, “*Supuestos de la Competencia Desleal en Propiedad Industrial*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 1.

consumidores tiene plena información, no incurren en costos de transacción, son tomadores de precios, y no existen externalidades.⁶⁴

En contraste de la competencia perfecta como ya se mencionó, existe la competencia imperfecta o monopólica a criterio de Becerra Acevedo. Sin embargo, Francisco González de Cossío, considera a la competencia monopólica como uno de los diferentes tipos de la competencia imperfecta, así como también, a los oligopólicos y los monopolísticos.

Regresando al término de la competencia de acuerdo a Baylos Corroza Hermenegildo, “La competencia podría ser definida de un modo empírico como aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual, cada transacción comercial que efectuó cada una de ellas, puede ser presentada para las demás como una oportunidad comercial perdida. Esto le da el carácter de pugna, de licitación que constituye una nota especial y coloca a las diversas empresas concurrentes en una posición de enfrentamiento y rivalidad.”⁶⁵

Humberto Navar, define a la competencia como una conducta puramente económica como un “conflicto que surge entre quienes tienden a conseguir el mismo resultado, ofreciendo la misma mercancía o el mismo servicio y dirigiéndose al mismo público”.⁶⁶

Asimismo, los investigadores Jorge Witker y Angélica Varela comentan que la competencia se entenderá como: “la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios, en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o

⁶⁴ Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, “*Modern Industrial Organization*”, Ed. HarpertCollin College Publisher, fourth Edition, 2005, pág. 3.

⁶⁵ Walter Baylos Corroza, “*Tratado de Derecho Industrial*”, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pág. 226-227.

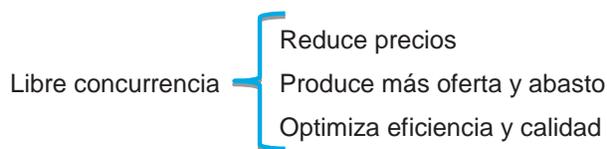
⁶⁶ Humberto Navamini, “*Tratado teórico-practico di diritto commerciale*”, Vol.IV Frateli Bocca, Torino, 1937, pág. 12.

una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores”.⁶⁷

Para el investigador Jorge Witker jurídicamente resulta necesario distinguir los conceptos de libre concurrencia y libre competencia, entendiendo al primero como aquella que se refiere a la existencia de sectores económicos, totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos, es decir, un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios, sin limitación o restricción alguna, en cambio la libre competencia incluye la participación de diversos agentes económicos en el interior de un mercado específico los cuales han superado las barreras de entrada (libre concurrencia) que pudiera existir.⁶⁸

La legislación mexicana protege la libertad de concurrencia y competencia en los mercados, mediante reglas claras que los agentes económicos deben considerar en el diseño de sus estrategias comerciales.

Así pues, al existir la libertad de concurrencia se hace factible la posibilidad de abusar de ella y por consiguiente dañar a un competidor determinado al comercio, industria, empresa en general o a los consumidores.



Los beneficios genéricos de la competencia, consiste en que procura un resultado en el cual, vistos en forma agregada, el beneficio del consumidor y el beneficio del productor son maximizados, evitando una pérdida de bienestar. Es decir, el monopolio resulta en desperdicio social agregado. Su nivel de abasto es

⁶⁷ Jorge Witker, Angélica Varela, “Derecho de la competencia económica en México”, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pág. 35.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 4.

subóptimo, tomando en cuenta la sociedad en su totalidad. Si se propiciara un mercado competitivo, más productores extraerían más riqueza de la misma cantidad de recursos naturales, y los consumidores adquirirían más productos de mejor calidad y a menor precio. Todos saldrían ganando.⁶⁹

No debemos olvidar que los derechos de propiedad industrial tiene una función económica importante y desde dos ángulos: productores y consumidores. En términos generales, del lado de los productores, busca permitir que el creador se apropie de la mayor cantidad posible del valor social que genera. Del lado de los consumidores, busca estimular desarrollo y economizar el costo de adquisición de productos mediante la facilitación de su búsqueda.⁷⁰

Asimismo, las marcas también son convenientes para el productor como al consumidor, a este último las marcas ayudan a resolver el problema de ignorancia sobre la calidad de un producto. Al hacerlo, reducen el costo de búsqueda de productos con cualidades específicas.⁷¹ A través de la marca, el consumidor sabe a quien culpar si el producto no funciona, a los productores permite recuperar la inversión en calidad y publicidad. Sin una marca, el productor no tendrá incentivo alguno para procurar calidad. El costo marginal de hacerlo no se vería amortizado por ganancias adicionales.

Las leyes sobre Propiedad Industrial no se pueden diseñar y aplicar independientemente de otras materias jurídicas, específicamente, del Derecho de la Competencia. El equilibrio entre la eficiencia “estática y la dinámica” no está necesariamente incorporado en el diseño de regímenes de Propiedad Industrial ni en otros regímenes que afectan la competencia y que son parte de la política de competencia de un país.⁷²

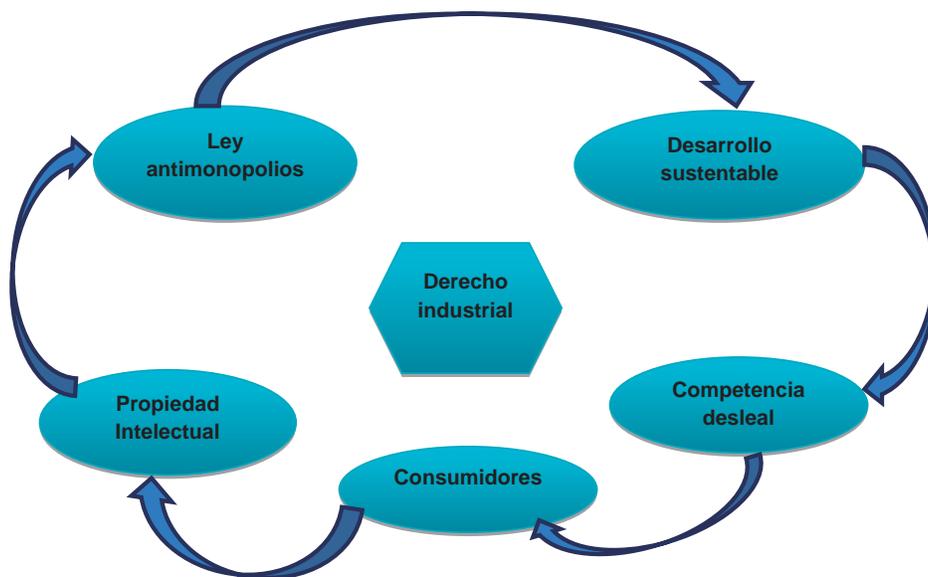
⁶⁹Lucia Ojeda, Luis Santos José Roldán, *op. cit.*, pág. 7.

⁷⁰*Ibidem*, pág. 7.

⁷¹ Robert D. Cooter, Thomas Ulen, “*Law & Economics*”, Ed. Pearson, Third Edition, Adisson Wesley Longman, Inc., 2000, pág. 136 - 137.

⁷² Lucia Ojeda, Luis Santos José Roldán, *op. cit.*, pág. 13.

Actualmente, irrumpe en la vida de las empresas, industrias y comercios, un orden público económico, que somete esos intereses a los colectivos y sociales, dándose cada día una mayor intervención estatal y modalidades sociales a las que debe de responder la propiedad privada.



En la lucha que emprenden los comerciantes y los industriales para atraer la clientela hacia su establecimiento o productos, hacen uso de muchas y variadas actividades, como el anuncio, las promociones de ventas, las campañas de clientes, etc., las cuales son lícitas y permitidas. Son actos que no se traducen en un perjuicio para un competidor y que van de acuerdo con las prácticas comerciales generalmente aceptadas en todas partes. Sin embargo, existen numerosos actos que implican ventajas indebidas, provechos no legales y que lesionan a los intereses de otros comerciantes y de los consumidores, entre los

que causan confusión con tal conducta; tales actividades se conocen con el nombre de competencia desleal tema que estudiaremos en el siguiente apartado.

El derecho de la competencia económica, es una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos políticos, públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulneren la protección a la propiedad intelectual. El elemento común en estas prácticas es que lesionan y restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes, servicios y dañando a productores, distribuidores y consumidores.

El Doctor Francisco González de Cossío, comenta “el derecho de la competencia económica es la materia más informada, nutrida y dependiente de la ciencia económica, siendo su objetivo regular las conductas y fenómenos de contenido económico, utilizando como guía a la economía”.⁷³

Bajo el rubro “Derecho de la competencia económica” nos referimos al conjunto de normas que regulan las relaciones de mercado, que se susciten entre agentes económicos; es decir, los arreglos entre los sujetos que participan en los mercados como oferentes y demandantes. Estas relaciones pueden ser competitivas o anticompetitivas.

Las normas de competencia pueden tener varios objetivos, tales como la promoción y defensa de la competencia, la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, la libertad de iniciativa, la apertura de mercados y

⁷³ Francisco González de Cossío, “Arbitraje de inversión”, Ed. Porrúa, México, 2009, pág. 105.

pequeñas empresas, la desconcentración del poder económico y la prevención de monopolios y usos indebidos de posiciones de dominio.⁷⁴

Podemos afirmar en consecuencia, que el derecho a la competencia se conforma de normas de distinta naturaleza. Un primer rubro lo compondrían las normas de competencia en sentido estricto (o antitrust), a las que nos referimos como regulación de prácticas restrictivas. Un segundo punto, lo compone la regulación de prácticas desleales de comercio internacional. Convergen, además a este derecho las normas de protección a los consumidores.

Incluye diversas regulaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Prácticas restrictivas • Prácticas desleales de CI • Regulación de protección al consumidor • Propiedad Intelectual
Impulsadas por diversas políticas públicas	<ul style="list-style-type: none"> • Política económica • Política comercial • Privatización • Desregulación
Fomenta	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso de integración regional • Comercio exterior • Inversión extranjera

Sujetos

El derecho de la competencia económica, hace de los mercados su centro de regulación y de los agentes económicos, los sujetos a regular sin discriminación entre sujetos públicos o privados, pudiendo tener tal carácter, cualquier persona física o moral que dentro del sistema económico realice funciones de producción,

⁷⁴Enciclopedia Jurídico Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, México, 2004, Ed. Porrúa, pág. 729.

distribución, adquisición o asignación de satisfactores, o que participe en las actividades relativas, al que cómo y para quién producir.⁷⁵

Afirmar que los sujetos del derecho de la competencia son todos los agentes públicos o privados. Es una característica que comparte con el derecho económico, la diferencia es que mientras el derecho económico asigna un papel fundamental a la intervención pública, como mecanismo de crecimiento y de desarrollo económico, el derecho de la competencia fomenta la actuación competitiva de los agentes públicos, colocándolos al mismo nivel de los agentes privados.

3.1.3.- Competencia desleal

Para generar innovación en la producción de bienes, servicios, procedimientos y técnicas, hay varios instrumentos o maneras de conseguirlo. Es así, que en ciertas industrias, lo que alienta la innovación es la libre competencia y la oportunidad de poner en el mercado, bienes o servicios originales y novedosos, que generan nichos redituables por razones de moda u oportunidad. Cuando estas conductas se pervierten o se desvían por abusos o prácticas desleales, hay una apropiación indebida, sin causa ni justificación de prerrogativas, que merece ser reprimida pues alguien obtiene un provecho o ventaja sin merecerlo, es tanto como un fraude.⁷⁶

En igual sentido, si algún comerciante construye una reputación y otro viene a confundir a los consumidores sobre tales aspectos, buscando desacreditar o desprestigiar mediante falsedades o induciendo a error, con el objeto de obtener una ganancia indebida, implica incurrir en conductas desleales que deben ser sancionadas.

⁷⁵ Jorge Witker, Angélica Varela, *op. cit.*, pág. 8.

⁷⁶ Lucía Ojeda, Luis Santos José Roldán, *op. cit.*, pág. 121.

Debemos considerar que todos los actos que puedan constituir la competencia desleal, son sumamente difíciles de poder definir de una manera precisa, ya que son varias las conductas humanas que pueden llegar a constituir un acto de deslealtad. Por lo que, en ocasiones este concepto no puede definirse de una manera exacta en nuestras legislaciones, sin embargo, hay algunas legislaciones como la Ley de la Propiedad Industrial la cual enuncia de manera ejemplificada las conductas más usuales en competencia desleal.

El desarrollo de nuevas tecnologías y el uso de marcas como signos distintivos de las empresas, es fundamentalmente para el desarrollo tecnológico y económico. Además, la competencia desleal ha cobrado un valor agregado en el sistema de protección de la propiedad industrial; el poder distinguir un producto del otro es fundamental del comercio, el diferenciar una marca es parte de la libre competencia, es aquí donde la competencia desleal hace su aparición en el escenario jurídico, a través de la imitación tendenciosa que realiza un competidor, claro que con afanes de lucro, para allegarse de clientela.⁷⁷

En términos generales, se le llama competencia desleal al aprovechamiento que hace un competidor del uso de las características distintivas del titular original, como pueden ser las marcas, las patentes, los diseños industriales.

Antes de seguir con el tema, tenemos que hacer una diferencia entre competencia desleal y prohibida, entendiendo la primera, como violación de normas, es decir, supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad, obtener una ventaja competitiva ilícita derivado del incumplimiento de una norma legal y entendiendo por competencia prohibida, el realizar una actividad económica que la ley no permite. Así la diferencia radica que lo ilícito de la competencia desleal es el mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir.

⁷⁷ Jorge Witker, Angelica Valera, *op. cit.*, págs.4 y 5.

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

La competencia desleal no equivale a un derecho sobre la clientela, toda vez que este no es un bien susceptible de apropiación, sino que protege la posibilidad de utilidad de aquellas personas que pueden llegar a ser perjudicadas por medios desleales.⁷⁸ Se persigue para salvaguardar un mínimo de moralidad en las transacciones mercantiles y un mínimo de igualdad en la competencia de los comerciantes. Las reglas de la competencia deshonesta, se fundan precisamente en las normas derivadas de los usos honrados del comercio. Los actos de competencia desleal tienden a estorbar los procesos normales de formación de la clientela.

Rogelio Moreno define a la competencia desleal como “delito que incurre cuando por falsas alarmas, noticias inexactas, especies malévolas o por cualquiera otra suerte de maquinación, se tiene a perjudicar a un comerciante, industrial o profesión, desviando la clientela o creando una atmosfera de duda o confusión”.⁷⁹

Jackel señala que la competencia desleal ha sido una herramienta que reprime y sanciona aquellas actuaciones que se realizan en el mercado, de una u otra forma, son susceptibles de desviar en forma indebida la clientela de un competidor, afectando sus probabilidades de ganancia.⁸⁰

⁷⁸ Santiago Zorrilla Arena y José Silvestre Méndez, “*Diccionario de Economía*”, Ed. Océano, México, 2000, pág. 78.

⁷⁹ Rogelio Moreno Rodríguez, *Diccionario Jurídico a-z*

⁸⁰ Santiago Zorrilla Arena Santiago y José Silvestre Méndez, *op. cit.*, pág. 4

En tal sentido, la competencia desleal sólo sanciona la desviación de la clientela en la medida en que esta, sea consecuencia de la utilización de medios desleales, pues cuando los mecanismos utilizados para competir sean leales, así se desvíe a la clientela, se afecta la probabilidad de ganancia de un competidor o se cause un perjuicio a éste, como consecuencia de la disminución de sus ingresos, dichos efectos serán legítimos, pues no habrá mediado ningún acto que se califique como desleal en su causación.

Por lo tanto, la competencia desleal se origina cuando al concurrir en el mercado dos o más competidores, existen por parte de uno o varios de ellos conductas contrarias a los buenos usos y costumbres en la industria y el comercio como ejemplificadamente sería la finalidad de causar confusión o inducir al público consumidor a error o engaño. Respecto de los productos o servicios que ofrece cuando estos son de la misma especie que los de su competidor, para obtener clientela y con ello ventajas indebidas, sustrayendo, invadiendo y explotando el derecho del otro competidor.

Tradicionalmente la competencia desleal, ha sido considerada como una institución que protege los derechos a la libertad de empresa e iniciativa privada y a la lealtad en la competencia. Por lo tanto, Jackel señala que la libre competencia económica, es un derecho de todos, que supone responsabilidades.

La libertad de competencia encuentra restricciones en los derechos de propiedad industrial, en el desarrollo de ciertas actividades que deben tener autorización del Estado, en la prohibición de la realización de prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posiciones dominantes en el mercado, mientras las restricciones se refieren a la posibilidad de ejercer una acción, los límites hacen referencia a las conductas que las personas desarrollan en el mercado.

La competencia desleal es un desarrollo normativo, que procura que la libertad de competencia, surja como consecuencia del ejercicio de la libertad de la empresa, se desarrolle dentro de ciertos límites que beneficien no sólo al empresario, sino a toda la comunidad y que tal ejercicio se realice en forma responsable, sin afectar en forma indebida a otros participantes en el mercado.

Podemos señalar que la competencia desleal tiene su base sobre usos y prácticas comerciales que están sujetos a comprobación, toda vez que existen infinidad de supuestos, donde en la práctica comercial se puede dar la competencia desleal, existiendo una gran laguna de hechos que se vienen dando hoy por hoy en la práctica del comercio y que no se encuentran de todo regulados por nuestra legislación ya que si bien en la Ley de Propiedad Industrial en el artículo 213, encontramos supuestos, no son todos los que se pueden considerar como conductas desleales.

La prohibición de la competencia desleal tiene a proteger una vertiente esencial del funcionamiento de los mercados y como este fenómeno afecta específicamente a la unidad económica que es la empresa, esto es; su reputación comercial e integridad, tanto de los derechos de empresas como de los consumidores.

Garrigues afirma que la competencia desleal no es más que el resultado del abuso de la competencia motivada por la falta de limitaciones legales a la libre competencia.⁸¹

La noción de deslealtad en la competencia es una noción relativa, el concepto de competencia desleal alude de manera formal a la conducta del competidor, es decir, aquella oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa, obrando para ello, sin lealtad, sin legalidad, sin cumplir los valores de la fidelidad y del honor.

⁸¹Antonio Amor Fernández, “*La Propiedad Industrial en el Derecho Internacional*”, Ed. Nauta, Primera Edición, España, 1965, pág. 193.

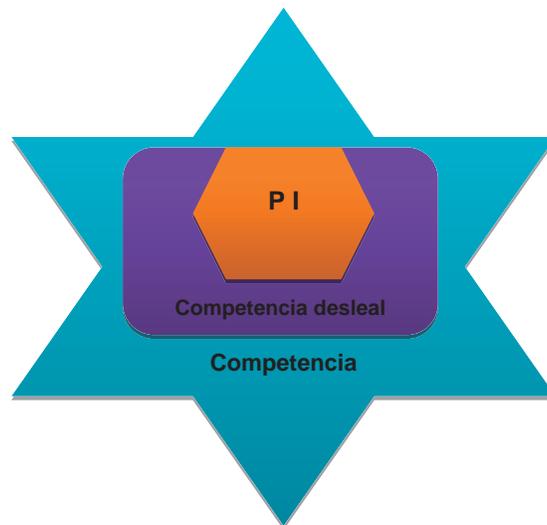
No podemos olvidar que la libre competencia es una rama del derecho económico, que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas y para las cuales, existen organismos especialmente creados frenar la problemática que representan, instituciones creadas a partir de la legislación hecha en beneficio del gobernado, sin embargo no todas las prácticas comerciales como ya lo habíamos mencionado, propician una competencia desleal.

En este sentido, para que se configure la competencia desleal deben de producirse dos elementos:

1. El elemento subjetivo: que es el autor del acto (el competidor de quien se van a sufrir las consecuencias).
2. El elemento objetivo: se refiere al acto en si mismo el cual para constituir la competencia desleal debe contener:
 - Ser de competencia, ello es, que de acuerdo a su naturaleza permita esperar desplazamientos de la demanda a favor de quien lo realiza;
 - Ser censurable de acuerdo a criterios de honestidad comercial, rectitud en la competencia sana;
 - Ser idóneo, es decir, que origine un perjuicio material a otro competidor.

Los cuales estudiaremos más adelante de una manera detallada.

Siempre va existir una relación entre la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia Desleal.



Cuando los comportamientos desleales trascienden de la órbita de los comerciantes e inciden en la economía nacional, resulta necesaria la imbricación de la propiedad intelectual y la competencia desleal con el derecho de defensa de la competencia, esto resulta fundamental.

3.2.-Marco regulatorio de la competencia desleal en los diferentes ordenamientos jurídicos

La legislación vigente concentra a los delitos contra la industria o el comercio, fundamental y casi exclusivamente en la competencia desleal, esto quiere decir, que emplea esta figura como el punto de partida, la perspectiva a través de la cual reglamenta los distintos supuestos de un ilícito administrativo, civil o penal.

Asimismo, la tutela contra la competencia desleal se presenta como una disciplina complementaria a la normatividad de propiedad industrial e intelectual ampara al titular de un derecho frente a conductas desleales, que pretenden generar confusión en el mercado, aprovechamiento indebido de la reputación, del

esfuerzo ajeno o en general permite actuar frente a comportamientos que resultan objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

3.2.1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El primer ordenamiento en nuestra legislación que regula la competencia y por ende contra la competencia desleal se encuentra en nuestra ley suprema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Aun cuando en el artículo 5 de la Constitución no defina que es la competencia, es de suma importancia para el estudio de este trabajo, ya que es uno de los pilares, a partir de los cuales se puede construir el derecho de la competencia en México, en el, nos establece el derecho de todo ciudadano de poder ejercer la profesión que quiera, siempre y cuando esta sea lícita y no vaya en contra de las buenas costumbres. Ahora bien referente al tema de estudio los titulares de las marcas pueden ejercer y explotar sus derechos ya sea como comerciantes, empresarios, etc., siempre y cuando estos no vayan en contra de las buenas costumbres, que a su letra el artículo señala:

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

Lo anterior se traduce en que “la constitucionalmente protegida libertad de comercio está condicionada: debe ser lícita. Y será lícita aquella actividad que no viole “leyes de orden público o las buenas costumbres.”⁸²

⁸² Francisco González de Cossio, “Documental comentario sobre el desarrollo de la competencia desleal en México”

En el artículo 28, es el primer punto regulatorio de la competencia, dejando claro que quedan prohibidos los monopolios, asimismo estableciendo bases para fijar los precios máximos de los artículos y proteger a los consumidores.

Artículo 28. *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 tenga 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 siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los

CAPITULO III. COMPETENCIA DESLEAL

términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

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.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

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.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

En este artículo se contemplan las situaciones que dan base a la legislación secundaria normativa que tiene por objeto impedir las prácticas monopólicas y todo tipo de actividad desleal que pudiera ejercerse con motivo de un acto de comercio, excluyendo aquellas actividades encomendadas al Estado, por medio

de las áreas estratégicas y prioritarias las cuales las encontramos en el tercer párrafo del citado artículo.

Sin embargo, existe diferencia de opinión sobre el bien jurídico tutelado de la competencia desleal, su fundamento y relación con áreas próximas. Por ejemplo, mientras que Walter Frisch Phillip considera que dicha disciplina es distinta a aquellas contempladas en el artículo antes citado (propiedad industrial y competencia económica), Alberto Sánchez Pichardo sostiene que el fundamento puede encontrarse en el segundo párrafo. Algunos consideran que la disciplina es una especie del género propiedad industrial, mientras que otros consideran que es un caso particular de la competencia económica.⁸³

3.2.2.-Código de Comercio

El 26 de enero de 2005 se reformó el Código de Comercio, adicionándole un artículo que contempla expresamente las obligaciones de los comerciantes de conducirse de acuerdo a los usos honestos en materia de propiedad industrial, así como a la prohibición de realizar actos de competencia desleal que a su letra establece:

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

- I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;*
- II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;*

⁸³Walter Frisch Phillip y Alberto Sánchez Pichardo citados por González de Cossío, Francisco “*Documental comentario sobre el desarrollo de la competencia desleal en México*”

- III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o*
- IV. Se encuentren previstos en otras leyes.*

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

Esta disposición cuenta con la transcripción establece que de existir vía administrativa aplicable, las acciones civiles derivadas de actos de competencia desleal sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme emitido por una autoridad competente, es decir, una autoridad administrativa que en este caso puede ser una resolución del Instituto Mexicano de Propiedad Industrial en una primer instancia o el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a través de la Sala Especializada en la materia.

Podemos considerar esta disposición complementaría del contenido de la norma genérica contemplada en la fracción I del artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial, en virtud de que la misma remite expresamente al procedimiento en la vía administrativa, adicionalmente al hecho consistente, de manera particular establece como actos de competencia desleal, conductas relacionadas con creaciones industriales.

Alberto Sánchez Pichardo señaló: la reforma al Código de Comercio que se dio en el año 2005 para adicionar el artículo 5 bis fue con la función de tener los siguientes efectos:

1. Que lo independice. se considere materia mercantil, no de propiedad industrial, y que se trate como una base de reclamación independiente a una reclamación en materia de propiedad industrial.

2. Que sea directa: no sea necesario obtener una resolución previa al Instituto Mexicano de Propiedad Industrial sobre la existencia de una infracción a la Ley de Propiedad Industrial para poder prosperar en una demanda de daños y perjuicios.

Asimismo, establece el origen del derecho de la competencia desleal se encuentra en la ciencia del derecho de propiedad industrial. Sin embargo, a la fecha bajo dicho régimen no ha encontrado efectividad en México, ya sea por la forma en que está regulado, o la forma en que es aplicado. El que haya sido incluido en una legislación distinta a la propiedad industrial (la legislación mercantil) bien puede reflejar el deseo legislativo de extirpar dicha disciplina del *statu quo* vigente.

3.2.3.-Ley de la Propiedad Industrial

En este cuerpo normativo es donde se contemplan la inhibición de conductas que constituyen competencia desleal y que se relacionan con creaciones del intelecto humano aplicadas a la industria del comercio, y el órgano competente es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Artículo 2o.- *Esta ley tiene por objeto:*

- I. Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos;*
- II. Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos;*
- III. Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores;*
- IV. Favorecer la creatividad para el diseño y la presentación de productos nuevos y útiles;*

- V. *Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales*
- VI. *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, y*
- VII. *Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.*

El artículo 213 prevé las conductas consideradas infracciones administrativas, consistentes en todos aquellos actos de competencia desleal; dicho numeral no encontramos subdividido en veintisiete fracciones, pero las que nos importan para el estudio de este tema son las siguientes:

Artículo 213.- *Son infracciones administrativas:*

- I. *Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta Ley regula;*
- III. *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 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;*
- IV. *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;*
- V. *Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada o semejante en grado de confusión como elemento de un nombre*

comercial o de una denominación o razón social, o viceversa, siempre que dichos nombres, denominaciones o razones sociales estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca;

- VII.** *Usar como marcas las denominaciones, signos, símbolos, siglas o emblemas a que se refiere el artículo 4o. y las fracciones VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV y XV del artículo 90 de esta Ley;*
- VIII.** *Usar una marca previamente registrada o semejante en grado de confusión como nombre comercial, denominación o razón social o como partes de éstos, de una persona física o moral cuya actividad sea la producción, importación o comercialización 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 que tenga facultades para ello;*
- IX.** *Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:*
 - a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;*
 - b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;*
 - c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;*
 - d) Que el producto de que se trate proviene de un territorio, región o localidad distinta al verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto;*
- X.** *Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha*

comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor

- XXVIII.** *Usar una marca registrada, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva, en productos o servicios iguales o similares a los que la marca se aplique;*
- XIX.** *Ofrecer en venta o poner en circulación productos iguales o similares a los que se aplica una marca registrada, a sabiendas de que se usó ésta en los mismos sin consentimiento de su titular;*
- XX.** *Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada que hayan sido alterados;*
- XXI.** *Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada, después de haber alterado, sustituido o suprimido parcial o totalmente ésta;*
- XXVI.** *Usar la combinación de signos distintivos, elementos operativos y de imagen, que permitan identificar productos o servicios iguales o similares en grado de confusión a otros protegidos por esta Ley y que por su uso causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer la existencia de una relación entre el titular de los derechos protegidos y el usuario no autorizado. El uso de tales elementos operativos y de imagen en la forma indicada constituye competencia desleal en los términos de la fracción I de este mismo artículo;*
- XXVII.** *Cuando el titular de una patente o su licenciatario, usuario o distribuidor, inicie procedimientos de infracción en contra de uno o más terceros, una vez que el Instituto haya determinado, en un procedimiento administrativo anterior que haya causado ejecutoria, la inexistencia de la misma infracción, y*
- XXVIII.** *Las demás violaciones a las disposiciones de esta Ley que no constituyan delitos.*

3.2.4.- Ley Federal de Competencia Económica

Esta ley es fundamental en materia de prácticas restrictivas, es reglamentaria del artículo 28 Constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica, teniendo por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

La aplicación de esta regulación se presenta en tres ámbitos, sujetos regulados, actividad económica y territorio. En cuanto a los sujetos, es aplicable en principio a todos los agentes económicos, incluidos el Estado y sus organismos. Por lo que a la actividad económica, existen diversas actividades que se exceptúan de la aplicación de las leyes de competencia y algunas otras que cuentan con una regulación especial.

3.2.5.-Código Penal Federal

Otro ordenamiento jurídico que podemos encontrar referente a la competencia desleal es el Código Penal Federal, en el artículo 253:

Artículo 253.- *Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:*

- I. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:*
 - a) ...*
 - b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.*

3.2.6.- Convenio de París

También es importante referirnos al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial ya que forma parte un nuestro derecho positivo, estableciendo en el artículo 10 bis la competencia desleal:

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

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

3) En particular deberán prohibirse:

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

(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

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

3.3.-Elementos concurrentes en todo acto de competencia desleal

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente para que se configure un acto de competencia desleal necesitamos de los elementos subjetivos y objetivos.

▪ **Elementos subjetivos**

Atendiendo a nuestras legislaciones pero en especial al Código de Comercio y a lo establecido en la doctrina, un acto de competencia desleal adquiere este carácter en virtud de tanto del objeto, como de los sujetos que intervienen, es decir, que incida en las relaciones de especulación comercial, sin importar que el sujeto que lo realice se repunte en el derecho de un comerciante o no.

▪ **Elementos subjetivos**

Dentro de estos elementos encontramos una subdivisión:

- Conducta: cualquier acción u omisión realizada de forma voluntaria o involuntaria, siempre que esta pueda tener o tenga transcendencia externa que se manifieste ya sea por la comisión u omisión debida.
- Daño o tentativa de daño: cualquier conducta que atente contra el correcto funcionamiento de la competencia es decir que la conducta satisfacer dos elementos:
 1. La inadmisibilidad moral de los medios utilizados.
 2. Su idoneidad para desviar la clientela ajena.
- Ilícito del peligro: que la conducta se materialice

3.4.- Clasificación de la competencia desleal

Aurelio Menéndez, clasifica a la competencia desleal en actos que lesionan el interés del consumidor, actos que lesionan el interés del competidor y actos que lesionan el interés público, en función del interés que resulte lesionado con mayor intensidad ya que los tres estarían presentes, en mayor o menor grado, en todos los actos desleales. Los actos que lesionan el interés público engloban a aquellas

prácticas que perturban el correcto funcionamiento del orden concurrencia a través del abuso del poder económico.⁸⁴

Bercovitz también distingue tres categorías, en donde cada una de ellas se correspondería con los principios que caracterizan el actual modelo de competencia. La primera englobaría los actos que consistan en aprovechamiento del esfuerzo de otros participantes en el mercado. A esta categoría de actos subyace una categoría del modelo de competencia; la claridad y diferenciación de las ofertas. Los actos que supongan ataques directos a otras empresas participantes en el mercado, constituyen una segunda categoría, que corresponde con la exigencia de una actuación en el mercado por parte de los oferentes, que se base en su propio esfuerzo. La tercera categoría estaría integrada por los actos que impiden un funcionamiento correcto del mercado y que vulneran el principio del cumplimiento de la legalidad vigente o de la prohibición arbitrariedad en su actuación en el mercado. En esta última se incluyen los supuestos de discriminación o imposición de condiciones abusivas.⁸⁵

Molina Blázquez diferencia dentro de la deslealtad de mercado entre conductas anticoncurrenciales en la lucha de precios, la adquisición de una ventaja comparativa por infracciones de preceptos de Derecho público y los supuestos de lucha concurrencial por obstaculización. Dentro de este último incluye el boicot y discriminación. Se trataría de supuestos de “explotación del poder de demanda” en los cuales un empresario abusa de su posición de dominio del mercado, sin que se lleguen a dar los caracteres que convertirían la conducta en una práctica restrictiva de la competencia.⁸⁶

Ulmer clasifica a la competencia desleal en:

⁸⁴Menéndez, Aurelio, *La Competencia Desleal*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, pág. 22.

⁸⁵Marta Zabaleta Díaz, “*La explotación de una situación de dependencia económica*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 45.

⁸⁶Molina Blázquez, “*Protección jurídica de la lealtad en la competencia*”, citado por Mauricio Jalife Daher en competencia desleal, pág. 47.

- Actos idóneos para producir confusión, particularmente los relativos a signos distintivos o que puedan consistir en aprovechamiento de la reputación ajena.
- Actos de aprovechamiento de la actividad y organización de terceros, particularmente los relativos a secretos.
- Actos de denigración y publicidad comparativa

La clasificación legal de la competencia desleal la podemos dividir en dos grandes grupos:

1. El daño al público en general o a personas determinadas por:
 - Sobornos de los empleados.
 - Falsedades sobre el origen o calidad de los productos o servicios.
 - Actos que tienden a producir confusión con productos de otros competidores.
 - Propagar noticias falsas que sean capaces de incluir en el propósito del consumidor.

2. Perjudicar directamente a otro comerciante sin en infringir obligaciones contractuales por medio de:
 - Uso indebido de nombres comerciales, emblemas, muestras avisos, marcas patentes y otros elementos de una empresa o establecimiento.
 - Propagación de noticias capaces de desacreditar el producto o servicio.
 - Sobornos de los empleados de otro comerciante.
 - Obstaculización del acceso de la clientela al establecimiento de otro comerciante.

- Comparación directa y publicada en la calidad y precios de otros comerciantes.
- Faltando en un pacto de limitación de competencia.

3.5.- Aspectos o categorías

La deslealtad se determina como una contravención a las buenas costumbres y los usos honrados. De las consideraciones vertidas por Frisch, una de las más relevantes en la discusión de un concepto de competencia desleal, es el relativo a la restricción, o no, de sus alcances a aquellos casos en los que la presencia de competidores directos sea constatable en el mercado. Este supuesto, como es fácil de admitir, puede presentar grandes diferencias de grado, participación, geográfica, temporalidad, categoría, especialidad y demás circunstancias que pueden aminorar la lucha competencial, o desfasarla hacia instancias dispares y contradictorias.⁸⁷

Sin embargo, Nelson Remolina establece que el Estado debe impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que las personas hagan de su posición dominante en el mercado, siendo importante destacar que la Ley expresamente ordena su aplicación no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

Es común que varias legislaciones contemplen como supuestos de competencia desleal, los siguientes aspectos o categorías:

- Crear confusión: comprende indicaciones que impiden a distinguir o incluso asocian productos o servicios distintos.

⁸⁷ Frisch citado por Mauricio Jalife, *op. cit.*, pág. 120.

- Inducir a engaño: crear falsa o artificial imprecisión de productos o servicios de un competidor aunque no sea falso, basta el mensaje o imprecisión incorrecta o desmedida, comparando lo que no es igual
- Desacreditar a los competidores: atraer clientes con información incorrecta, inexacta o acusación falsa que pone en entredicho y demerita la imagen comercial o reputación.
- Sacar partido de los logros de terceros (beneficio gratuito), apropiarse sin pagar lo justo o razonable *trade dress*, erosión de reputación, asociación a marca fair use.
- Entendiendo por *trade dress* “vestido del negocio” que se conforma por las características distintivas propias del establecimiento, mismas que le confieren una imagen particular y distintiva. Elementos tales como la arquitectura y los colores del local, la suma de los diversos aspectos decorativos (mesas, anaqueles, letreros, aparadores, iluminación, etc.) vestimenta del personal, entre otros, en su especial combinación, le asignan al establecimiento una identidad propia que conforma su imagen).
- Publicidad comparativa: compararse puede implicar apropiarse del *good-will* o desacreditar. Sin embargo, la tendencia es a permitir la confrontación, aun a costa de desprestigios pues ayuda a la eficiencia de los mercados, reducir costos de búsqueda al contar el consumidor con información que sea verdadera. ⁸⁸



⁸⁸Lucia Ojeda, Luis santos José Roldan, *op. cit.*, pág. 123.

3.6.- Competencia desleal en el derecho marcario

En el derecho marcario un objetivo esencial es: a) distinguir cualidades de productos o servicios en razón del prestigio que tengan en el mercado por su calidad o reputación y b) adjudicar el origen o procedencia empresarial.

Las patologías o abusos se dan en el marco de confundir a los consumidores, usando similitudes injustificadas o actuando de manera desleal con el propósito de un prestigio o reputación que sólo corresponde al competidor, el asociar un producto o servicio a un agente famoso y renombrado cuando en realidad ese vínculo no exista, o bien, para diluir el prestigio comercial de una marca o fabricante, creando productos o servicio de mala calidad que tienda a relacionarse con el famoso para menguar su valor y la preferencia de los consumidores.⁸⁹

En el caso de las formas tridimensionales, es peculiar el intento de conseguir el registro de innumerables y muy variados diseños, ya sea porque se pretende explotar o como estrategia defensiva, de carácter preventivo, para que la competencia no se acerque, a las formas puestas en el comercio elaborando opciones semejantes.

Algunas reglas que rigen son: la prohibición limitación al registro de formas que sean de uso común, así como a las que carecen de elementos distintivos. Además, los elementos funcionales no son registrables y la innovación que pueda estar de por medio en su creación sólo merece una tutela temporal.

En las marcas, las prerrogativas de exclusividad y de competencia desleal se conceden con un objetivo fundamental, generar transparencia en los mercados, de ahí que la protección en cuanto al tiempo sea ilimitada, en contraste de lo que

⁸⁹*Ibidem*, pág. 123.

sucede con otros derechos de propiedad intelectual como son los dibujos, diseños industriales y modelos de utilidad. La tutela tiene como objetivo proteger la creatividad y fomentar la investigación que trasciende en innovaciones para obtener nuevos productos y formas ornamentales que beneficien al comercio y sean aprovechables por los consumidores, razón por lo cual los privilegios conferidos tiene una protección temporal limitada.

En el derecho marcario, merece especial atención la distintividad adquirida por una marca (*secondary meaning*) y la serie de bondades o peculiaridades que implica, inconsciente o subliminalmente haya adquirido y sean reconocidas y se tengan por valiosas para los consumidores. Las prácticas desleales que buscan erosionar ese prestigio o las alusiones que permiten asociar a otro producto o fabricante con aquel que ha dado renombre, son aspectos sancionados por la ley y por la jurisprudencia, en tanto perjudican a competidores y consumidores.

3.7.-Abuso de un derecho exclusivo y dominante

Antes de empezar analizar el tema veremos como se adquiere el derecho exclusivo.

El derecho al uso exclusivo de la marca se obtiene mediante su registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), por lo que al registrar una marca se obtiene el derecho al uso exclusivo de ésta, así como la posibilidad de transmitirlo y a su vez la prohibición para los demás de usar la marca indebidamente; siendo el caso contrario que una marca pueda existir aunque no esté registrada.

En cuanto a las principales fuentes para la adquisición del derecho sobre la marca se establecen las siguientes:

- El primer uso
- Registro

El contenido fundamental de los Derechos de Propiedad Industrial es la constitución de un derecho de exclusividad sobre un bien incorporeal, que hace posible la utilización del mismo en el mercado solo por su titular (o por terceros con su consentimiento)⁹⁰. De esta forma, los bienes inmateriales son protegidos mediante la atribución de derechos exclusivos de explotación dentro de un mercado competitivo. Es decir que la protección de aquellos se vincula indisolublemente a la competencia en el mercado y por lo tanto, al estarse protegiendo un bien inmaterial se necesita de una regulación específica que ampare y al mismo tiempo delimite los derechos del titular, siendo por tanto un derecho subjetivo, sujeto a la reglamentación que dicte la ley, y no un derecho absoluto y exclusivo

Por abuso de un derecho exclusivo debemos entender cualquier conducta que distorsione el correcto equilibrio en las relaciones entre los agentes económicos que intervienen en el mercado, impidiendo la libre concurrencia de uno o más competidores de manera ilegítima, basadas en las prerrogativas que un derecho de propiedad industrial (en sentido amplio) otorga a su titular.

Cualquier conducta que impida el libre ejercicio del comercio en una sana competencia, aprovechando la concesión de un derecho de propiedad industrial y por lo tanto, el derecho a la explotación exclusiva de determinado signo distinto (marca) protegido, sin que dicho impedimento se realice de forma legítima incurriendo en un acto de competencia desleal.

Por medio de los derechos de propiedad intelectual se conceden al titular de diversas prerrogativas, respecto de la creación intelectual protegida. Sin embargo, estas no son ilimitadas, pues las mismas obedecen a diversos fines de orden público, entre los que se encuentran el incentivar, desarrollar nuevas tecnologías, así como avances en materia de invenciones, la divulgación de conocimientos

⁹⁰ Miguel Ascencio, *"Derechos de la Propiedad Industrial"*, Ed. Eurolex, Madrid España, 1996, pág. 56.

técnicos, la indicación de la fuente de un producto o servicio en el caso de las marcas y la seguridad del consumidor

Para que los titulares de una marca puedan ser susceptibles de constituir un derecho exclusivo, es necesario que el mismo satisfaga diversos requisitos establecidos por la ley, los cuales ya se mencionaron con anterioridad y se refieren al uso y el registro, asimismo el titular gozará de determinadas prerrogativas determinadas por la ley, tales prerrogativas son entre otras, de naturaleza económica y se traducen ya sea en la facultad de explotar por si, o por medio de terceros autorizados para tal fin.

Sin embargo, existen ocasiones en que el ejercicio de un derecho produce un perjuicio a la libertad de libre competencia consagrada en la Constitución de forma ilegítima, generando de esta forma distorsiones en el comercio y constituyéndose como actos de competencia desleal. Estas conductas las podemos dividir en dos grandes grupos:

- a) Aquellas que involucran creaciones protegidas por derechos exclusivos que en realidad no satisfacen los requisitos legales para estar protegidas por figuras, que conceden prerrogativas de esta naturaleza, en beneficio de quien se ostenta como único titular o creador de los mismos.

Nos encontramos en presencia de estas cuando la autoridad encargada de conceder determinados derechos exclusivos por medio de un registro concede tal derecho respecto de una obra, creación signo distintivo que no reúne los requisitos legales, produciendo de esa forma una exclusión a los demás competidores de la forma legítima, un ejemplo es cuando se concede una marca descriptiva.

Del contenido de las mismas podemos afirmar que la competencia desleal no necesariamente se refiere a cuestión de derechos de

exclusiva sobre un nombre, símbolo o designación, sino que puede surgir de palabras, marcas o símbolos que son de orden público y que no están alcanzados por la exclusividad otorgada a un sujeto concreto, por lo que hace a los signos distintivos.

- b) Aquellas referidas a un agente económico que hace uso de las prerrogativas la titularidad sobre una obra o creación protegida por un derecho exclusivo le concede excediendo el alcance que el legislador pretendió dar a los mismos.

Consisten en un agente económico haga uso de las prerrogativas de la titularidad sobre una obra, creación o signo distintivo protegido por un derecho exclusivo le conceda, excediendo el alcance que el legislador pretendió garantizar con tales prerrogativas, al creador de una obra intelectual, señalaremos en principio que en este supuesto, quien realiza actos de competencia desleal, cuenta con un derecho legal y legítimamente concedido, sin embargo, por medio de los recurso legales que la ley pone a su disposición, el mismo obtiene un beneficio indebido, empleando tales recursos para fines diversos, de los que fueron previstos.

Ahora bien, con respecto al abuso de posición dominante, si bien las prácticas monopólicas, oligopólicas y similares son competencia de la Secretaría Económica y se encuentran reguladas y sancionadas en la Ley Federal de Competencia Económica, tales prácticas están relacionadas con los Derechos de Propiedad Industrial como lo hemos mencionado a lo largo del trabajo en *lato sensu*, especialmente con los signos distintivos.

El artículo 129 de la Ley de la Propiedad Industrial, establece la facultad del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para declarar de oficio a petición de los organismos representativos, el registro y uso obligatorio de marcas en cualquier producto o servicio, así como prohibir o regular el uso de las mismas ya

sea que estén registradas o no, cuando el uso de este signo sea un elemento asociado a prácticas monopólicas, oligopólicas o de competencia desleal que causen distorsiones graves en la producción, distribución o comercialización de determinados productos o servicios.

Es decir, se le otorga facultades al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para tomas de medidas que en razón de su competencia sean necesarias, para evitar la constitución de monopolios o prácticas que afecten la libertad de competencia y que se encuentren relacionadas con alguna marca, sea que se encuentre registrada o no.

En ambos casos, nos encontramos en presencia de una obstaculización del comercio legítimo, traduciéndose lo anterior, no sólo en una afectación a la libertad de competencia al mercado, el perjuicio al equilibrio entre la oferta y la demanda, que finalmente repercute en los consumidores, sino en actos que evidentemente constituyen competencia desleal.

CAPÍTULO IV

LA PUBLICIDAD Y EL CONSUMIDOR

La publicidad se ha convertido en una carrera por crear un modo exclusivo, vanguardista y atractivo de transmitir información de interés para los clientes, de modo que facilite su decisión de compra e influya positivamente en ella. Tal como es la publicidad, resulta difícil mantener los contenidos de un anuncio fieles a la realidad, dada la tendencia natural humana a exagerar los beneficios de un producto o servicio más allá del mero bombo. Es fácil atravesar la delgada línea de la publicidad equívoca, engañosa o directamente falsa. Por tanto, crear un anuncio ganador que no conlleve riesgos a menudo se convierte en algo tan arduo como crear un producto o servicio ganador sin riesgos.⁹¹

La publicidad está presente a lo largo de toda nuestra vida, desde pequeños somos espectadores de anuncios relativos a los más diversos productos, desempeña un papel muy importante dentro de la sociedad. Su presencia se descubre en los más diversos ámbitos, pero existe uno en el que su influencia es notable el consumo.

El consumo es un fenómeno que se vincula directamente con el modelo cultural de las sociedades en que se desarrolla. Este fenómeno central en la sociedad, se genera en un marco de referencia subconsumo – consumo - consumismo.

Las campañas publicitarias son el resultado de un largo proceso de producción: a simple vista parece fácil promover un bien o un servicio en la televisión, la radio, los medios impresos o los anuncios espectaculares entre otros.

⁹¹Página online Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Dirección de URL: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm [consulta 05 de enero de 2012].

Sin embargo, el objetivo es convencer al consumidor de que lo que está anunciando, es la mejor opción del mercado informándolo de los valores agregados del producto modo eficiente, el objetivo de todo anuncio o campaña finalmente es alentar al individuo a la adopción de una idea, una práctica o ambas; la forma de hacerlo, marca la diferencia entre aquéllos que basan sus mensajes en las características reales de los productos y/o servicios ofrecidos y quienes no lo hacen, atribuyéndoles cualidades que no posee.

Existe una comunicación de doble sentido, vital en toda sociedad entre proveedores y consumidores de bienes y/o servicios. A través de la publicidad, los proveedores informan a los consumidores acerca de los productos existentes y bajo que características adquirirlo. Por otra parte, los consumidores necesitan manifestar a los proveedores la amplia gama de satisfactores que se requieren en los sectores público y privado de la económica.

4.1.- Función de protección de las marcas

La función de protección de la marca implica, otorgar cobijo y seguridad a su titular, como al consumidor de bienes y servicios. Así tiene por objeto proteger a su titular de su competidores, igualmente, permite al productor que sus productos sigan en el mercado y que pueda controlar su difusión. También protege al consumidor, ya que gracias a la marca el consumidor tendrá un medio para entrar en relación con el producto.

La marca se emplea primordialmente para dar al probable comprador una indicación sobre la procedencia de los productos. Es una garantía para el consumidor y para el fabricante; para el consumidor por que esta asegurado de que se le da el producto que quiere comprar; para el fabricante, que encuentra así un medio de distinguir de sus competidores y de afirmar el valor de sus productos. La atracción de la clientela opera en forma directa por el conocimiento que el

público tiene de los artículos, precisamente por medio de la marca que los identifica.

4.2.- El consumidor y sus derechos

Antes de empezar con el estudio del tema ¿Qué es el consumidor? , ¿Cuáles son sus derechos?, comentaremos algunos de los antecedentes de cómo se fueron originando estos derechos en la sociedad.

En el derecho romano no existía una regulación que protegiera a los consumidores de forma particular, pero pueden derivarse de varias especificaciones de estudio de las obligaciones del comprador, vendedor y de las acciones con que estos contaban.

Los derechos del consumidor como conjunto de derechos que se confieren específicamente a los consumidores, en sus relaciones de consumo con los proveedores de los bienes y servicios, han sido reconocidos sólo a partir de la segunda mitad de siglo XX.

Con anterioridad, tales derechos se hacían derivar de los contratos que los consumidores celebraba con los proveedores, con base en el Código de Comercio o Código Civil, los cuales, en términos generales, no otorgaban una protección específica a los consumidores y se basaban en el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad de estipulaciones. El consumidor, con su poca información sobre los bienes y servicios del mercado y sobre sus derechos y obligaciones, debía enfrentar sólo sus relaciones de consumo con proveedores que contaban con mayor información y experiencia.

El primer movimiento se desarrollo en el primer decenio del siglo XX, y fue provocado, entre otros factores, por el aumento de los precios, los escritos polémicos de Upton Sinclair y los relativos a las sustancias farmacéuticas. Este

movimiento culminó con la aprobación de la Ley sobre Genuinidad de las Sustancias Alimenticias y Farmacéuticas de 1906; de la Ley sobre Inspección de Carne del mismo año, y con la creación de la Comisión Federal para el Comercio de 1914.

La segunda protesta de los consumidores tuvo lugar sobre la mitad del decenio de los treinta y fue motivado por un desmesurado incremento de los precios al consumidor en plena depresión económica, el escándalo de la sulfamilamida y la huelga de las más de casa de Detroit.

El tercer movimiento de los consumidores se inicio a la mitad del decenio de los sesenta y es el resultado de una compleja convergencia de circunstancias, de los cuales una de las más importantes es el contraste entre las prácticas habituales del comercio y los intereses a largo plazo de los consumidores

La protección al consumidor se dio por primera vez en nuestro país durante el gobierno de Luis Echeverría ya que se creó la Procuraduría de Protección al Consumidor y el Instituto Nacional del Consumidor, ante la importancia de regular las relaciones de adquisición de bienes y la prestación de servicios entre productores, proveedores y consumidores. Ambos organismos, partían de lo dispuesto en la Ley Federal de Protección al Consumidor que pretendía promover y proteger los derechos del consumidor y propiciar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre productores, proveedores y consumidores.

4.2.1.- Definición de consumidor

Proviene del latín *consumere* destruir, como significado de cumplir, completarm *sumere-temptum*, tomar. Según el diccionario de la Real Academia, el consumo es el gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o destruyen, y quien realiza de consumo puede ser denominado consumidor.

La Ley Federal de Protección al Consumidor define al consumidor en la fracción I, artículo 2 como:

Artículo 2.- *Para los efectos de esta ley, se entiende por:*

- I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.*

Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.

Económicamente, un consumidor es una persona u organismo que adquiere o utiliza bienes o servicios proporcionados por un productor. Es decir, un agente económico con una serie de necesidades, deseos y que cuenta con una renta disponible con la que pueda satisfacer esas necesidades y deseos a través de mecanismos de mercado.

El consumidor no es un simple agente pasivo, que espera que la ofrezcan productos y servicios, es un agente activo con el poder suficiente para lograr cambios en las ofertas y hasta en las mismas empresas, para que se ajusten a sus requerimientos y necesidades.

El consumidor tiene un papel lógicamente fundamental, en las relaciones de mercado basadas en las reglas de libre competencia, pues actúa como un “árbitro” que en teoría puede seleccionar dentro de la oferta del mercado, pero lo cierto es que la entidad del consumidor aislado es notablemente inferior a la de la “empresa”, lo cual genera una notable disfunción en el sistema.⁹²

4.2.2.- Derechos de los consumidores

José Ovalle Favela “los derechos de los consumidores son el conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y los prestadores de servicios. Las personas que intervienen las relaciones de consumo son el consumidor y el proveedor o prestador de servicios.⁹³

Anteriormente, los derechos de los consumidores eran únicamente regulados por los contratos que celebraban los proveedores, y estos eran regulados por el Código de Comercio, lo que hacía imprecisa la defensa que podían realizar los consumidores por derechos violados, ya que únicamente eran estipuladas cláusulas y en la mayoría de los casos eran contratos de adhesión en los cuales los consumidores se sometían a cláusulas que eran contempladas por los proveedores.

Los derechos básicos con los que cuenta el consumidor atendiendo nuestra Ley Federal de Protección al consumidor son:

- El derecho a la protección de la vida, salud, la seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el

⁹² J. A. García Cruces González, “*Derecho comunitario y derecho de consumo*”, Revista de Derecho Mercantil Número 192, México 1989, p.386 citado por Jorge Witker en “*Derecho de la competencia Económica en México*”, México 2003, pág. 255.

⁹³ José Ovalle Favela, “*Derecho de los consumidores*”, Ed. Oxford, México, 2008, pág. 3.

abastecimiento de productores o servicios considerados peligrosos o nocivos.

- El derecho a la educación y divulgación sobre consumo adecuado de los productos y servicios que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.
- El derecho a la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificaciones correctas de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.
- El derecho a la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos.
- El derecho al acceso a los órganos administrativos con el objeto de prevenir daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos y garantizar la protección jurídica administrativa y técnica a los consumidores.
- El derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores, que en la ley se expresa de forma específica en la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.⁹⁴

Derecho del consumo o derecho de los consumidores, ha experimentado un giro vertiginoso en los últimos años, en la medida que el legislador consumista se ha preocupado por alinear los intereses de los empresarios y de los consumidores, imponiendo reglas jurídicas, para quienes compiten por captar las preferencias de los mismos consumidores.

⁹⁴ José Ovalle Favela, *op. cit.*, pág. 15-16.

4.2.3.- Conductas anticompetitivas que afectan a los consumidores

La mayoría de los autores consideran cuatro las conductas anticompetitivas que afectan a los consumidores: 1. información y publicidad; 2. promociones y ofertas; 3. ventas a domicilio, mediatas o indirectas telemarketing; 4. contrato de adhesión; si bien mencionaremos cada una de estas, no debemos de olvidar que el tema de estudio del presente trabajo de investigación será “La publicidad”, pero sin dejar de abordar las demás y dar una pequeña explicación de cada una de estas, ya que pueden aparecer con la publicidad conjuntamente.

1. Información y publicidad

El derecho a la información es el vínculo fundamental de la regulación de protección al consumidor, con el derecho de la competencia, ya que como hemos mencionado, constituye la contraparte del mundo real, a la teoría económica de competencia perfecta, donde existe información completa y gratuita.

El derecho a la información podrá tomar la decisión más conveniente, sin embargo, el medio a través del cual se hace llegar la información al consumidor, generalmente es la publicidad.

La publicidad no es sinónimo de información, la publicidad procura mostrar el producto de una manera más persuasiva, resaltando sus ventajas o bondades. El objetivo de la publicidad no es informar sino vender, convencer a los consumidores sobre la necesidad de adquirir un producto.

La publicidad tiene implícito un contenido informativo, sin embargo, no siempre es verdadero o tiene a destacar algunas características del producto, sin mencionar otras, situación que puede generar confusión en los consumidores, induciéndolos a consumir productos que no cumplen con las características señaladas. La información o publicidad relativa a bienes o servicios,

comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por inexactitud.

2. Promociones y ofertas

La Ley Federal de Protección al Consumidor considera promociones a las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios:

- Con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio iguales o diversos, en forma gratuita, a precio reducido o a un solo precio.
- Con un contenido adicional en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido.
- Con figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas, o envases de los productos o incluidas dentro de aquellos, distintas a las que obligatoriamente deben usarse.
- Bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos y otros eventos similares.

Por oferta, barata, descuento, remate o cualquier otra expresión similar se entiende el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento.

No se necesita autorización para llevar a cabo promociones, excepto cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas, en los casos en que se lesionen o se puedan lesionar los interés de los consumidores

Pero aun cuando no se necesite autorización a excepción de las establecidas por las normas oficiales mexicanas deben cumplir con las siguientes reglas establecidas por el artículo 48 de la Ley Federal de Protección al Consumidor:

ARTÍCULO 48.- *En las promociones y ofertas se observarán las siguientes reglas:*

- I. En los anuncios respectivos deberán indicarse las condiciones, así como el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos; dicho volumen deberá acreditarse a solicitud de la autoridad. Si no se fija plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimiento público la revocación de la promoción o de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión, y*
- II. Todo consumidor que reúna los requisitos respectivos tendrá derecho a la adquisición, durante el plazo previamente determinado o en tanto exista disponibilidad, de los bienes o servicios de que se trate.*

3. Ventas a domicilio, mediatas o indirectas (telemarketing)

La que se proponga o se lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor, incluidos el arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios.

Es el proveedor quien toma la iniciativa para proponer el contrato en condiciones que el conoce, domina y el consumidor por regla genera no se encuentra preparado para discutir los términos de la propuesta ni para comparar la calidad de los bienes o servicios con los que tiene los demás bienes y servicios en el mercado.

Este tipo de ventas debe constar por escrito y deberá contar con:

- El nombre y dirección del proveedor e identificación de la operación y de los bienes y servicios de que se trate.
- Garantías y los permisos cuando las normas oficiales los requieran.

Las ventas deberán constar por escrito, en caso de que esto sea imposible, deberán de cumplir con los siguientes requisitos:

- Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio efectivamente se hace en el domicilio del consumidor o que el consumidor está plenamente identificado.
- Permitir al consumidor hacer reclamaciones y devoluciones por medios similares a los utilizados para la venta.
- Cubrir los costos de transporte y envío de mercancía en caso de haber devoluciones o reparaciones amparadas por la garantía, salvo pacto en contrario.
- Informar previamente al consumidor el precio, fecha aproximada de entrega, costo de seguro y flete y en su caso, la marca del bien o servicio.

4. Contrato de adhesión

Un contrato de adhesión es un documento elaborado unilateralmente por un proveedor para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio.

Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, reflejan uno de los supuestos más claros, que no es posible contratar “como uno quiera”: la voluntad no es libre, ya que a fin de consolidar una posición negocial dominante, el empresario genera al consumidor una situación de sujeción consistente en la necesidad de adherirse o no al acto, pero su posibilidad de participar en la conformación de su contenido.⁹⁵

⁹⁵Gabriel A. Stiglitz, “*Protección jurídica de consumidor*”, Ed. Depalma, Buenos aires, 1986, pág. 85-86.

La Secretaría mediante normas oficiales sujetará algunos contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores.

En los casos de que los contratos de adhesión requieran un registro previo ante la Procuraduría, esta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de ley y emitirá su resolución dentro de 30 días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro.

En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas.

ARTÍCULO 86 TER.- *En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:*

- I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;*
- II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;*
- III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y*
- IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos.*

4.3.-Publicidad

La publicidad en las sociedades contemporáneas, de alguna manera se ha convertido en una presencia casi familiar, nos hemos acostumbrado a ella, la vemos como algo normal en nuestra vida, es un referente básico para el consumo de objetos y para la formación de imágenes sociales, para una imagen de la sociedad de consumo, perpetua, inacabable, ligada a las formas de existencia donde el hombre empieza a reconocerse a través de mercancías, por encima de los sentimientos humanos, con una aparente libertad de elegir como posibilidad de ser felices.

También es evidente cuando los niños aprenden marcas y reconocen productos aun antes de saber leer. Aunque parezca que no le prestemos atención a la publicidad, su actuación está al momento en que denominamos productos por la marca.

La publicidad es una presencia obligada en las sociedades, de manera que pareciera prácticamente imposible sustraerse a su existencia, pues aparece en cada momento, de muchas formas se tiene conocimiento de ella, sale al paso, se le ve, se le escucha, invade espacios públicos y también se inmiscuye en el espacio privado; entra como un intruso en la casa, en el auto, con mensajes que vinculan marcas y productos en nuestra vida cotidiana y con formas de reconocimiento social, que más allá de su finalidad comercial y del consumo, ponen juego una serie de asociaciones, representaciones, imágenes e imaginarios.

4.3.1.- Antecedentes de la publicidad

Algunos autores ubican los orígenes de la publicidad, desde las primeras comunicaciones que se elaboraron para informar sobre las relaciones comerciales, la existencia de un producto y su sitio de venta; sitúan sus inicios en el vínculo

entre lenguaje, escritura y desarrollo comercial, aunque el propagar e informa data de siglos atrás, la publicidad con las características con que la conocemos hoy en día, es producto de un intercambio mercantil derivado de una producción industrial y de una concentración del mercado, que se definió de manera más clara en la segundo mitad del siglo XX.

La publicidad propiamente hablando, nace cuando quien la produce, es un intermediario comunicacional del productor de bienes y no el comerciante o mercader, la publicidad se ubica a nivel económico, como intermediaria entre el productor de bienes y el mercado que consumirá sus productos.

La publicidad se inserta en la actualidad en un doble nivel: como parte del proceso de circulación de otros productos y servicios; y en la reproducción social, como un proceso de producción simbólica a través de campañas y mensajes.

4.3.2.- Definición de publicidad

La publicidad en el ámbito de la comunicación fue definida como información sobre un producto, cuando se trataba de dar a conocer la existencia de un artículo, características, cualidades, y uso. Se vio vinculada a una intención comercial de venta de mercancías. El mensaje no sólo se limitaba a dar el nombre del artículo y a informar sobre el lugar donde se podía adquirir, sino que también sugería su adquisición.

Algunos autores ubican a la publicidad como un conjunto de técnicas y medios de comunicación, que sirven para promover la venta de un producto; otros la definen como un grupo de actividades de promoción y comunicación.

La publicidad busca promover un producto y acelerar su venta, sus medios para lograrla son los mensajes, que se transmiten a través de las formas de

comunicación masiva, sus técnicas, la persuasión, la motivación, el llamado al inconsciente.

Antes de seguir con el estudio del tema tenemos que hacer una diferencia entre publicidad y propaganda. Lo común entre la publicidad y la propaganda son las técnicas y los medios utilizados. La diferencia la da su fondo y su objetivo. La publicidad tiene en primer término, una finalidad comercial pues promueve una mercancía que busca vender y remite siempre a la existencia del producto, aunque al mismo tiempo plantea la aceptación de un modo de vida, de estilos y de pautas de consumo. La propaganda en cambio, persigue el convencimiento, la adhesión a ideas de gobiernos, partidos, grupos políticos y empresas privadas.

Publicidad	Medios/objetivo	Receptor
Empresas productoras, empresas públicas que comercialicen un bien o un servicio.	Agencias publicitarias, medios masivos de comunicación/ Venta, adhesión a modos de vida, estilos y valores sociales.	Consumidores Compradores

Propaganda	Medios/ objetivo.	Receptor
Partidos políticos, grupos de presión, sindicatos, asociaciones civiles, gobierno.	Agencias publicitarias o propagandísticas, medios masivos de comunicación/ convencimiento, acuerdo, adhesión a ideas, legitimación, acción política, obtención de consenso.	Ciudadanos.

Además la publicidad existe primordialmente para crear demanda entre los consumidores, es una comunicación que se difunde a través de diversos medios de comunicación masiva para dar a conocer los productos, proporciona una imagen de ellos, de sus modos de uso y estimula el consumo, ante la constante renovación de mercancías en el mercado, aspira a formar un consumidor preocupado por la novedad; la actividad publicitaria es un instrumento del mercado que motiva a la adquisición de bienes, sustentando el consumo en la obtención de placer y felicidad o en provecho y utilidad. La obtención de placer y felicidad o el provecho y utilidad. La publicidad se sustenta sobre la promesa de felicidad, ya sea sobre soporte racional, emotivo o irracional. Debido a ellos, la moda constituye un elemento central en el discurso publicitario y en un proceso de producción que precisa de renovar los objetos, sobre todo a partir de dos componentes: la novedad respecto a una situación preexistente y la conciencia de que se trata de algo pasajero y efímero.

La moda es lo que evoluciona constantemente, lo novedoso, es un pilar en el consumo, es una aspiración al usurpar la categoría democratiza que manifiesta una tentativa de borrar la diferencia, al mismo tiempo es un elemento de diferenciación social al no accederse a ella. La moda opera como forma de distinción y reconocimiento. Es un símbolo de pertenencia de clase, que distingue de los demás y permite identificarse por el uso de ciertos objetos y marcas.

La enciclopedia Británica define a la publicidad como “el proceso de diseminar información con propósitos comerciales”.

Entonces la podemos definir como un conjunto de técnicas y medios de comunicación dirigidos a atraer la atención del público hacia el consumo de determinados bienes o las utilidades de ciertos servicios.

Eulalio Ferrer define a la publicidad como conjunto de medios que se utilizan para divulgar noticias, actividad encaminada a hacer resaltar las cualidades de una empresa, de un producto o un servicio cualesquiera, su objeto principal es hacer clientes.⁹⁶

En general las definiciones no legales coinciden en que la publicidad es una acción de dirigirse al público objetivo a través de los medios de comunicación adecuados, para transmitir un aviso o mensaje que resalte las propiedades de un producto, empresa o servicio para que el receptor asuma una actitud favorable hacia el producto y así inducirlo al consumo.

Desde una perspectiva jurídica, la publicidad es toda forma de comunicación realizada por una persona física, jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles e inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.⁹⁷

Es un fenómeno consustancial con el mercado moderno, que crece en su ingenio, al tiempo que se hace más difícil la conquista de la clientela. En una primera etapa, el empresario se limitaba a referirse a sus propios bienes y servicios, pero cada vez más este resulta insuficiente, es necesario y estratégico aludir a las mercancías y servicios de los competidores de mercado.⁹⁸

La publicidad comercial representa una de las más importantes herramientas con que cuenta las empresas para llegar a los consumidores y por ende, para posicionar sus productos en el mercado y diferenciarse de sus competidores de manera exitosa.⁹⁹

⁹⁶Eulalio, Ferrer, “¿Qué es la publicidad?”, Ed. Trillas, pág. 13.

⁹⁷Anxo Tato Plaza, “La publicidad comparativa”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 19.

⁹⁸David Kahan Cimet, “La publicidad comparativa en México”, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. XIX.

⁹⁹Fernando García Sais “Derecho de los consumidores a la información una aproximación a la publicidad engañosa”, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 3.

En el ámbito del consumo resulta de una extraordinario amplitud y complejidad, una de las características de la protección de los consumidores es su carácter pluridisciplinar.¹⁰⁰

Respecto al ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La primera alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado, libertad de la competencia, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las multinacionales, etc. Mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos en favor del consumidor. El núcleo fundamental de la protección directa de los consumidores está constituido por la protección de sus intereses económicos como consumidores que son bienes y servicios.

La publicidad comercial al buscar atraer clientela, se vale algunas veces, de herramientas que buscan confundir al consumidor dañando de manera directa, a sus competidores naturales. Es decir, se transita de un supuesto de publicidad engañosa en el que el anunciante desvirtúa las características y cualidades del bien o servicio, objeto de la publicidad. Efectivamente, en la medida en que la publicidad comercial utiliza métodos publicitarios comparativos engañosos y/o denigratorios, además de confundir al consumidor respecto de los bienes y servicios objeto de dichas publicidades, transgrede las elementales normas que rigen las actividades empresariales al provocar descrédito de la competencia configurando publicidad desleal y vulnera uno de los principios básicos de las relaciones de consumo: la información.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, no define lo que debe de entenderse por publicidad. Parecería que se trata de un concepto que no requiere de una definición legal. Sin embargo, en sede de protección al consumidor,

¹⁰⁰ Calais-Auloy, J. “*Droit de la consommation*”, Paris, 1986, pág.21.

debemos detenernos y definir dicho concepto y constreñirlo al momento mismo de la difusión (como elemento precontractual, que precede a la formación de los contratos) que es cuando la publicidad entra en contacto con sus destinatarios.

En el ámbito del derecho de los consumidores, podemos entender a la publicidad como un modelo de promoción, a través del cual el consumidor conoce, se motiva y decide sobre bienes y servicios existentes en el mercado. La publicidad alude, pues a un modo de promoción, a través de la cual el proveedor anunciante, busca que el consumidor-destinatario conozca, se motive y decida sobre la adquisición o no de su oferta; en suma, sobre la consumición de sus bienes o servicios.

La actividad publicitaria tiene un efecto notable en la sociedad de consumo, se ha sostenido que el consumidor medio, determina su consumo con base en la información contenida en los mensajes publicitarios, por lo que dicha información desempeña un papel fundamental en el otorgamiento de su consentimiento contractual y compete al ordenamiento jurídico, garantizar la veracidad de dicha información.

Para considerar una publicidad lícita debe contener los siguientes requisitos:

- Que sean veraces: es decir que los datos que contengan sean verdaderos, fidedignos, que corresponda a las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados.
- Que sean comprobables: lo que significa que las características de los productores y servicios anunciados deben de ser susceptibles de verificación y de confirmación.
- Que sean precisos: por lo que como lo señala el propio precepto la publicidad deberá estar exenta de textos, diálogos, sonidos e

imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud.¹⁰¹

4.3.3.-Publicidad engañosa

La publicidad engañosa es una de las manifestaciones más cotidianas, antiguas y por cierto, quizá la más dañina para el público de cuantas ilicitudes publicitarias existen, pues este toma sus decisiones de compra, basado mayoritariamente sólo en la publicidad, que se hace del producto o servicio con el perjuicio que muchas veces ello implica.¹⁰²

Además, es nociva en el mercado. Ella no sólo atenta contra los consumidores sino también contra los competidores, quienes verán desviada su clientela por una deshonesta maniobra del competidor desleal.

De la información y publicidad integrada por los artículos 32 a 45 Ley Federal de Protección al Consumidor. El artículo 32 de la ley contiene la noción de “publicidad engañosa y la define como”

ARTÍCULO 32.- *La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.*

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser

¹⁰¹ José Ovalle Favela, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁰² David Kahan Cimet, *op. cit.*, pág. 87.

verdaderas, inducen a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

La información o publicidad que compare productos o servicios, sean de una misma marca o de distinta, no podrá ser engañosa o abusiva en términos de lo dispuesto en el párrafo anterior. La Procuraduría podrá emitir lineamientos para la verificación de dicha información o publicidad a fin de evitar que se induzca a error o confusión al consumidor.

Quedando definida la publicidad engañosa en el segundo párrafo del artículo 32, como aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta. El engaño puede ser actual o potencial, para ser calificada jurídicamente como tal, no requiere de la materialización efectiva de un daño, bastando solamente la potencialidad dañosa.

Toda publicidad esta sujeta tanto elementos objetivos como subjetivos, los elementos objetivos de la publicidad están sujetos al test de la veracidad y sirven para informar (de manera objetiva) las características del bien o servicio publicitario, y por lo tanto, son elementos cien por ciento demostrables, acreditables científicamente, dichos elementos objetivos no dependen de apreciaciones personales, se dan o no se dan, están o no están. Los elementos subjetivos de la publicidad, son todos aquellos elementos que no son acreditables, ni demostrables científicamente, se trata del llamado dolo bueno comercial y consiste en afirmaciones subjetivas del comerciante, que no son aptas para engañar.

El engaño de la publicidad puede ser por acción y omisión, el de acción consiste en incluir textos, diálogos, sonidos, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o a confusión.

La publicidad engañosa por omisión es aquella que silencia características de los bienes, productos o servicios, indispensables para que el consumidor pueda contar con la información apropiada para decidir, ya que ante su ausencia la decisión del consumidor, está viciada por la inexactitud del mensaje publicitario. Un caso típico de engaño por omisión se presenta cuando el anunciante incorpora elementos como “aplican restricciones” sin decir cuáles son o en que consisten.

Recordemos que las empresas compiten entre si, a veces de manera ilícita, para hacerse de una clientela. Una marca de competir ilícitamente es precisamente por medio de publicidad engañosa.

La denigración es materia de competencia desleal también puede llevarse a cabo a través de la publicidad engañosa.

4.3.4.- Publicidad comparativa

La publicidad comparativa ha resultado ser una de las figuras más polémicas en el ámbito del Derecho de la publicidad y de la competencia desleal contemporánea; inicio en publicaciones y se expandió súbitamente en revistas, radio, televisión entre otros medios.

La publicidad comparativa bien realizada, debe ser vista tanto por la autoridad, medios, anunciantes, publicistas y público consumidor, como una aliada en la decisión de compra, de ahí que este tipo de publicidad se venga utilizando cada vez más en el mundo y en México. Es sabido que al colocar un producto y/o servicio con ventajas sobre la competencia, se está comunicando que el propio producto, tiene atributos que le favorecen por encima de los demás, es la oportunidad para informar sobre las cualidades y valores agregados del producto y/o servicio; es la ocasión de resaltar las ventajas propias frente a las debilidades del competidor

La publicidad tiene como receptor natural al público consumidor y por lo tanto, debe de ser una publicidad responsable, respetando los límites establecidos por las leyes. La publicidad responsable, será aquella que tenga como objetivo básico orientar al consumidor, a través de información veraz sobre las cualidades de un bien o servicio. Debe ser capaz de vender y los mensajes publicitarios requieren de un sentido pleno para el consumidor, y sobre todo verdadero. La información cierta es un requisito *sine qua non* en una sociedad libre y próspera.

La publicidad comparativa, probablemente es a final de cuentas, el arma más poderosa de ventas que hay en el planeta y, desde luego, en el mundo de la publicidad. Una publicidad comparativa, adecuadamente regula que el consumidor cuente, con mayor información que le permita mediante la comparación leal, elegir entre las opciones de mercado la que mejor le convenga, para decidir su consumo y obtener la satisfacción justa de sus expectativas.

Comencemos por señalar que la publicidad comparativa es y debe ser lícita, sólo en la medida en que la publicidad comparativa transgreda sus propios límites deberá ser reprimida y/o sancionada.

La licitud de la publicidad comparativa se justifica, tanto por la ventaja que representa para los consumidores, quienes por la transparencia del mercado ven facilitada la toma de la decisión de compra, como también por la posibilidad de ofrecer romper con situaciones monopolísticas y que pudieran existir en el mercado.

Debe de estimarse como una herramienta al alcance de los empresarios que el sistema jurídico- económico debe de incentivar, no sólo porque otorga más información a los consumidores, sino sobre todo porque en un ambiente de competencia, dicha información será mejor.

La publicidad comparativa permite a los consumidores obtener mayor información respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, por otro lado, las comparaciones publicitarias representan una herramienta sumamente eficaz, para que el empresario anunciante distinga sus productos de los de sus competidores y expanda su participación o ingreso a nuevos mercados, captando mayor número de clientes.¹⁰³

El Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor, define a la publicidad comparativa como “aquella que coteja, confronta, compara a dos o más bienes, productos o servicios similares o idénticos entre si, sean o no de una misma marca.

Este tipo de publicidad parte de la base de que la publicidad comparativa es ilícita cuando compara bienes o productos similares.

Toda comparación debe respetarse ciertos principios como, entre otros, el de la sustancialidad de la comparación y el de la igualdad funcional; es decir la comparación debe versar sobre elementos sustanciales de los bienes comparados y/o sobre las utilidades o empleos de los mismos.

Entre las características objetivas susceptibles de ser comparadas, enunciativamente, podemos mencionar los siguientes:

- Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
- Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
- Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.
- Resultados que puedan esperarse de su utilización.

¹⁰³Fernández Novoa Carlos, “*Publicidad comparativa, en estudios de derecho de la publicidad*”, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 208.

- Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicio.
- Nocividad o peligrosidad.
- Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
- Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización a entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
- Motivos de la oferta.
- Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.
- Identidad, patrimonio.
- Derechos de propiedad industrial e intelectual.

4.3.5.- Publicidad denigratoria

La publicidad denigratoria es aquella especie de publicidad desleal que desprecia, discrimina, agravia, burla o ridiculiza a un competidor en su contenido, forma de presentación o difusión provocando el descrédito o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, de sus productos o actividades.

Podemos considerarla como una modalidad de la publicidad comparativa, que al igual que la publicidad comparativa, tiene por objeto alcanzar a los consumidores a través de referencias a uno o varios competidores (o a sus productos y servicios), en la medida que es apta para provocar, respecto de la persona, del empresario, empresas, bienes o servicios, descrédito, denigración o menosprecio.

La publicidad denigratoria tiene una doble vertiente.

- La publicidad denigratoria personal: consiste en desprestigiar a un competidor haciendo referencias a circunstancias personales tales como:
 - a. Raza
 - b. Religión

- c. Ideología
- d. Sexo
- e. Nacionalidad
- f. Edad
- g. Condición social

Este tipo de publicidad la estimamos ilícita en cuanto que el mensaje publicitario no esta concebido para difundir esos aspectos y el ordenamiento jurídico, no debe tolerar esas manifestaciones publicitarias.

La publicidad denigratoria personal, queda fuera del ámbito de la Ley Federal de Protección al Consumidor, por las siguientes razones:

1. El ámbito subjetivo de protección de la Ley Federal de Protección al Consumidor son los consumidores.
2. Los proveedores gozan de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley Federal de Protección al Consumidor en la medida que entablan relaciones de consumos (precontractuales, contractuales o postcontractuales).
3. Los proveedores se benefician indirectamente de la aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor a sus competidores, en cuanto operadores económicos inmersos en una economía de mercado.
4. Los proveedores tiene un alcance todos los beneficios de la legislación civil y mercantil a efecto de reclamar la responsabilidad civil extracontractual.
 - La publicidad denigratoria profesional: alude a circunstancias de un competidor o de su empresa que pueden tener trascendencia en el ámbito empresarial como:

5. El cumplimiento de la normatividad aplicable a su empresa, producto o derechos de propiedad intelectual.
6. La situación de insolvencia o morosidad.
7. Cualquier otra referencia a la calidad del producto o servicio.

4.3.6.- Publicidad parasitaria (o adhesiva)

La publicidad parasitaria (o adhesiva) es el tipo de publicidad que induce o es susceptible de inducir a confusión con los bienes, productor o servicios de otros proveedores. Se trata de un tipo de publicidad engañosa en la medida que con ella se aprovecha del prestigio adquirido por otro proveedor, de tal manera, que con el mensaje se hace creer al consumidor que el bien o servicio publicitario se corresponde con el tipo (características) de los que anuncia su competencia, aprovechándose el prestigio ajeno.

Intenta equiparar la calidad de la mercancía propia y la ajena; el anunciante se refiere a las ventajas de las mercancías, para aprovecharse del prestigio de la mercancía ajena, pero resaltando las características del propio productor que hacen que este resulte equiparable al del consumidor.¹⁰⁴

4.3.7.- Publicidad encubierta

La publicidad encubierta recibe este calificativo de encubierta precisamente porque con ella se pretende ocultar su carácter publicitario, tratándose de una publicidad oculta bajo un velo informativo por medio del cual se intenta hacer creer (confundir) al consumidor que están ante un mensaje informativo de carácter objetivo, no viciado por el interés persuasivo y subjetivo que caracteriza al mensaje publicitario.

¹⁰⁴David Kahan Cimet, *op. cit.*, pág. 72.

El objetivo de este tipo de publicidad es claro: hacer que el consumidor destinatario de la publicidad encubierta otorgue la misma credibilidad que la que puede otorgar a un mensaje informativo y disminuya, con ello, las defensas frente a la publicidad.

De las maneras de llevar a cabo la publicidad encubierta, hay dos que sobresalen:

- a) Dedicar a un anuncio publicitario una gran duración, lo que contrasta con la brevedad con que se acostumbra difundirse la publicidad.
- b) Hacer aparecer el anuncio publicitario dentro los espacios (televisión, revistas, etc.,) que normalmente se dedican a contenidos informativos y no publicitarios.

Es decir se presenta de tal manera que el público al que va dirigida no es consciente de que esa publicación que tiene frente a si constituye una manifestación publicitaria, pues no esta claramente distinguida como tal.

4.4.- Competencia, publicidad y consumidor

En la actualidad, el mundo entero se encuentra inmerso en una vertiginosa ruleta de producción y consumo, que gira de manera desenfrenada atrapando en su círculo a todo hijo de vecino independientemente de cual sea su condición.¹⁰⁵

Es decir uno de los aspectos comerciales que se está viviendo en la actualidad es el crecimiento exponencial de la oferta al consumidor final de productos y servicios. Este incremento en la oferta ha ocasionado que una gran cantidad de proveedores que comercializan productos o servicios similares, compitan agresivamente por el consumidor.

¹⁰⁵Luis Rodrigo Martín, “*Publicidad y consumo: nuevas modas y viejas causas y valores sociales*”, Ed. Comunicación social ediciones y publicaciones, Sevilla, 2008, pág. 64.

Como resultado de esta competencia, algunos proveedores llevan a cabo estrategias de mercadotecnia que mencionan de manera directa a sus competidores en la publicidad y señalan cualidades que realzan algunos productos o servicios sobre los ajenos.

Si bien es cierto que la intención principal de los comerciales, es vender algún producto o servicio, existen otras intenciones como son: informar acerca de las características, atraer la atención a la posibilidad de algo nuevo en el horizonte, o divertir al receptor del comercial.¹⁰⁶

El propósito que toma un comercial es determinado por la psicología particular de la empresa originadora de la necesidad del comercial, junto con la psicología de su agencia de publicidad y particularmente del creativo que elabora las ideas para el anuncio. En ocasiones, llegar a ser parte del mercado, hacen que se creen anuncios publicitarios denigrantes, desleales, engaños e ilícitos.

Otra cuestión que enfrenta el destinatario de la publicidad, es determinar y diferenciar cuando se están ante una oferta contractual y cuando, por el contrario, se está simplemente ante una invitación a contratar. Es decir si se encuentra ante una declaración unilateral de voluntad (oferta) o ante un anuncio de productos o servicios no vinculante contractualmente para quien lo hace, sino con una finalidad pura y llana de hacer conocidos dichos productos o servicios.

Partimos de la base de que todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil, por lo que los anuncios no deben denigrar a ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo ó cualquier vía. La violación implica la falta de respeto al Principio de Libre y Leal Competencia.

¹⁰⁶John Derik Luciem González, “*Detrás del Comercial*”, Ed. Trillas, México, 1990, pág. 21- 31.

Como ya lo habíamos mencionado en el capítulo anterior, hablar de libre competencia, nos referimos al derecho que todos los ciudadanos poseen de incursionar en cualquier actividad económica y confrontarse en el mercado con otros competidores.

No debemos olvidar que una vez que las marcas se van inmiscuyendo en nuestra vida diaria, van adquiriendo la categoría de personas y deben ser reconocidas como decentes, honradas y amables que existen en el mercado y serán sus señas de identidad << cada marca es un mensaje>> y la publicidad tiene que proyectar ese mensaje a los consumidores. Así los productos y servicios no son vendidos por lo que son, sino por lo que significan.

Los refrescos venden la alegría de vivir, la ropa deportiva la libertad y superación, los vestidos glamour, lujo, libertad, seguridad, el reconocimiento social y la autorización, en definitiva se convierten en las primeras motivaciones que se adquieren a través del consumo.¹⁰⁷

Para los consumidores destinatarios de la publicidad, la publicidad tiene un (mercado) componente intrínseco de carácter comercial. La difusión publicitaria y la contratación con la publicidad comercial sólo se conciben cuando es emitida en el marco de una actividad empresarial comercial, de tal manera que el emisor puede ser catalogado como proveedor en términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ahora bien la Ley Federal de Procedimiento Contencioso protege a los consumidores cuando son destinatarios finales de bienes, productos o servicios, es decir, cuando se encuentran ubicados en el final del ciclo económico. El hecho de proteger sólo al consumidor final, y no a adquirentes que incorporen los bienes

¹⁰⁷ Luis Rodrigo Martín, *op. cit.*, pág. 64.

o servicios a un proceso productivo mayor, puede obedecer a diversas razones, la primera de ellas está relacionada con los objetivos que persigue este tipo de legislación y con la naturaleza del bien que se adquiere.

En sus inicios la política de protección al consumidor, se justificó con el mismo argumento económico que la política de competencia, esto es, el ejercicio del poder del mercado por parte de empresas que disfrutaban de un papel dominante en una industria. Según su estudio presentado en PROFECO.¹⁰⁸

Sin embargo, en México y en la mayoría de los países de América Latina, la protección al consumidor siempre ha sido vista como un instrumento de política social, es decir, como una potestad intervencionista del Estado a favor de la protección de un grupo determinado.

Eduardo Polo, ubica el estado actual de la protección del consumidor, en relación con el derecho industrial y de la competencia, bajo los siguientes rubros:

- Carácter indirecto de la protección del consumidor: considera que el derecho de la competencia se ha centrado más en los intereses privados de los productores, que en los intereses públicos de los consumidores “de tal manera que aunque se protejan los intereses de los consumidores, no lo es tanto, porque esta protección constituye un fin en si misma.
- En propiedad industrial: la protección del consumidor se lleva a cabo mediante la protección del nombre comercial, los signos distintivos y otros derechos sobre la empresa. Sin embargo, al igual que la anterior, no es una protección pensada en principio para los consumidores, sino de los derechos de las empresas, es decir, el consumidor no es el sujeto pasivo de la regulación, sino el objeto de la misma, ya que se le

¹⁰⁸ Preco, informe 2002, pág. 31 y 32 citado por Jorge Witker y Angelica Varela, “*Derecho de la Competencia Económica en México*”, pág. 270.

protege como uno de los bienes inmateriales integrantes del patrimonio del empresario.

- La competencia desleal: hace referencia a la legislación española, donde la mayor parte de las normas españolas sobre competencia desleal protegen al consumidor sólo de forma indirecta, dando por supuesto reclamaciones por los actos desleales de competencia.
- Dentro de las prácticas restrictivas de la competencia, también las normas tienen como finalidad esencial, la defensa de los empresarios contra los pactos, acuerdos, conductas o prácticas que atentan contra la libertad de los competidores, por lo que la protección a los consumidores es sólo indirecta.

Algunas de las funciones que tiene la publicidad de acuerdo con los autores citados son las siguientes:

Autor	Función
CAREY, 1965	La publicidad ofrece la información de mercado, facilita la adopción de las decisiones y garantiza la libre elección del consumidor.
Norris, 1966 1980	La publicidad determina el poder de negociación en el mercado.
Potter, 1965	La publicidad es el instrumento de control social, instruye al individuo como comprador de bienes y servicios. Asimismo crea nuevas necesidades y modifica sus valores para alcanzar el ajuste entre la demanda y la oferta.
Sandange, 1973	La publicidad educa al consumidor en el consumismo, de forma que le ofrece criterios para un consumo racional, sirve

	así para implantar la libertad de elección.
Schudson, 1984	La publicidad materializa cierto modelo de vida del consumidor.
Pollay, 1986	La publicidad modifica la estructura de valores de la sociedad.
Holbrook, 1987	La publicidad refleja los valores ya existentes en la sociedad.

Cuadro de Alzne Mujika Alberti en "La publicidad un examen", Universidad de Deusto San Sebastián, 2011.

Ahora bien, aun cuando en nuestro derecho no existe una definición de la publicidad desleal, la podemos definir como aquella publicidad comparativa ilícita que por su contenido, forma de presentación o difusión provocó el descrédito denigración, menoscabo, engaño o confusión ante el público destinatario, con el fin de menoscabar el crédito en el mercado directo o indirecto, de una persona física o moral o de sus productos, servicios, actividades, prestaciones o establecimiento.¹⁰⁹ Es decir aquella que lesiona, engaña al consumidor afectándolo en concreto, pero también se afectará al competidor del anunciante, pues habrá desviado la preferencia del consumidor de un modo ilícito.

4.5.- Regulación de la publicidad

En México no existe una normatividad especial y autónoma en relación a la publicidad, la regulación de la actividad publicitaria se ha planteado en distintas normas, teniendo como base la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁹David Kahan Cimet, *op. cit.*, pág. 86.

4.5.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podemos encontrar dos preceptos que son el pilar de la regulación de la publicidad, el artículo 5 establece la libertad de profesión, industria y comercio, y el artículo 6, la manifestación de ideas y el derecho a la información.

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

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Artículo 6o. *La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.*

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito

Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

- 1. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.*

- II. *La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.*
- III. *Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.*
- IV. *Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.*
- V. *Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.*
- VI. *Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.*
- VII. *La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.*

4.5.2.- Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor fue publicada el 22 de diciembre de 1975 y entro en vigor el 5 de febrero de 1976. Esta regulación básicamente busca proteger los intereses de los consumidores para evitar que la publicidad lesione en las relaciones de consumo por lo que en su artículo 32 exige que la publicidad cumpla con tres requisitos:

1. Que sean veraces
2. Que sean comprobables

3. Que sean precisos

4.5.3.- Ley de Propiedad Industrial

Las marcas se encuentran relacionadas estrechamente con la publicidad ya que es por medio de ellas como se pueden dar a conocer un producto o servicio. Si bien es cierto que en esta legislación no está regulada como tal la figura de publicidad si nos deja claro que considera como infracción administrativa el hecho de desprestigiar los productos o servicios a través de los medios informativos.

Artículo 213.- *Son infracciones administrativas:*

...

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

4.5.4.- Ley Federal de Radio y Televisión

Ley Federal de Radio y Televisión fue publicada el 19 de enero de 1960 bajo el mandato de Adolfo López Mateos y regula las bases para la transmisión de “propaganda” la competencia para su aplicación corresponde a la Secretaría de Gobernación, estableciendo un equilibrio entre programación y anuncios publicitarios. Indudablemente la mayor parte de la actividad publicitaria utiliza como medios principales a la radio y a la televisión para alcanzar sus objetivos.

Tanto en la ley como en su reglamento, se regula la publicidad comercial desde la perspectiva de los medios específicos a través de los cuales se difunde.

4.5.5.- El Código de Ética Publicitaria

El Código de Ética Publicitaria fue elaborado en 1988, pero fue hasta 1996 cuando fue reconocido por la sociedad.

EL Código de Ética Publicitaria en su época tuvo muchos aciertos, pero acontecimientos con el “Tratado de Libre Comercio” y particularmente la publicidad comparativa hicieron necesaria su renovación a través del surgimiento de CONAR (Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria) dentro de las funciones de CONAR encontramos: impulsar la autorregulación en México, difundir y aplicar como su base los principios del “Código de Ética Publicitaria”, velar por el cumplimiento de los principios del Código de Ética Publicitaria, fungir como árbitro conciliador, relaciones de gobierno, emitir dictámenes preventivos cuando le sean solicitados acerca de campañas publicitarias cuya producción para su difusión, estuviera por realizarse, conocer y resolver las denuncias.

El Código de ética nos establece ocho principios fundamentales:

- **LEGALIDAD.**- Respeto a la creatividad que deberá apegarse siempre a las Leyes en vigor y a los valores emanados de estos principios de ética.
- **EDUCACIÓN.**- A través del trabajo cotidiano de los publicistas, se procurará fomentar la motivación y desarrollo del individuo, privilegiando siempre al libre albedrío.
- **CIVILIDAD.**- La publicidad es un servicio que debe evitar la exaltación del crimen, la violencia y la crueldad, fomentará así mismo, la sana convivencia social y la participación activa y positiva del individuo en el desarrollo y crecimiento de su entorno.
- **RESPONSABILIDAD.**- La publicidad es un medio, no un fin. Tener siempre presente que el fin no justifica los medios.

- **RESPECTO y DIGNIDAD.**- Guardar en todo momento la debida consideración a la dignidad humana y su entorno, evitando la denigración del individuo, su trabajo e imagen. Asimismo, deberá abstenerse de presentar o difundir información que atente contra la existencia y la dignidad humana, evitando en todo momento propiciar situaciones denigrantes.
- **HONESTIDAD.**- Deberá actuarse en todo momento con rectitud e integridad, difundiendo información veraz, omitiendo en todo momento cualquier expresión que contemple verdades parciales. Asimismo, deberá tenerse especial cuidado en la publicidad dirigida a los niños y jóvenes, así como a determinados segmentos de la sociedad evitando aprovecharse de su credulidad o falta de experiencia.
- **LIBERTAD.**- La publicidad debe estar exenta de cualquier tipo de manipulación, defendiendo la igualdad entre los seres humanos.
- **BIENESTAR Y SALUD.**- La publicidad se abstendrá de incluir imágenes, textos o sonidos que induzcan a prácticas insalubres e inseguras, y que por este hecho se atente o ponga en riesgo la salud y la vida.
- **NACIONALISMO.**- La publicidad procurará difundir el sentimiento nacionalista, evitando a todo momento de atentar contra los valores nacionales.
- **DECENCIA.** Las personas que intervengan en el quehacer publicitario actuarán o participarán respetando los valores morales y sociales de la comunidad, entendiendo por éstos al cuerpo de obligaciones entre los individuos y con la sociedad en un mismo lugar, tiempo y espacio.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los orígenes de las marcas los encontramos en las épocas más antiguas, y siempre girando entorno a la industria y al comercio, considerando a estos como los factores determinantes del derecho marcario.

SEGUNDA: En nuestra regulación mexicana se establecieron diversas leyes que contemplaban a las marcas, pero fue hasta la Ley de Marcas de Fábrica de 1889, cuando se estableció un cuerpo normativo especializado en la materia y capaz de regularlo separadamente de la legislación mercantil y así romper los clásicos modelos legislativos.

TERCERA: La Ley de Marcas, Avisos y Nombres Comerciales de 1928 es considerada la más importante regulación en nuestro país, debido a que se adopta al sistema mixto atributivo-declarativo, porque hace acopio de las experiencias asimismo hace acopio de las experiencias legislativas en materia de marcas de diversos países, de la doctrina y de la práctica de las legislaciones anteriores de nuestro país

CUARTA: Las marcas se han convertido en un elemento dominante, sin criticar y cuestionar las características funcionales de estas, sirven para distinguir productos o servicios, ya que son el instrumento indispensable en la distribución de las mercancías, de la promoción de ventas y son parte del proceso de la comercialización.

QUINTA: La legislación debe dar sustento a las estrategias comerciales que las empresas decidan seguir, debe de ser prioritaria la creación de un marco jurídico que fomente la competencia en un ambiente de libertad y que la actuación de la autoridad otorgue una protección eficaz a los derechos contra todas aquellas acciones que pretendan afectarlos. Si bien es cierto que los derechos de

CONCLUSIONES

propiedad industrial tienen una función económica importante desde dos ángulos: productos y consumidores no se ha encontrado un ordenamiento jurídico capaz de defenderlos.

SEXTA: Las marcas son convenientes tanto para el productor como para el consumidor, a los productores, permite recuperar la inversión en calidad y publicidad, sin una marca el productor no tendrá incentivo alguno para procurar calidad, el costo marginal de hacerlo no se vería amortizado por ganancias adicionales; a los consumidores lo ayudan a resolver el problema de ignorancia de la calidad de un producto, al hacerlo reducen el costo de búsqueda de productores con cualidades específicas, a través de la marca el consumidor sabe a quien culpar si el producto no funciona.

SÉPTIMA: Por la simple razón de que estamos rodeados por muchas marcas, los comerciantes e industriales emprenden una lucha para atraer a la clientela ya sea al establecimiento o hacia sus productos, hacen uso de muchas y variadas actividades, como los anuncios, promociones de ventas, campañas de clientes, etc., las cuales son lícitas y permitidas, actos que no se traducen en un perjuicio para un competidor y que van de acuerdo con las prácticas comerciales generalmente aceptadas en todas partes. Sin embargo, existen numerosos actos que implican ventajas indebidas, provechos no legales y que lesionan a los intereses de otros comerciantes y de los consumidores, entre los que causan confusión con tal conducta; tales actividades se conocen con el nombre de competencia desleal.

Entendiendo por confusión no sólo el hecho de recurrir a la comparación de los signos marcarios, sino también tomar los factores como el grado de atención que pondrá el comprador al adquirir los productos o servicios que ostentan signos marcarios semejantes en grado de confusión, ó el carácter especial del producto que estarán o aumentarán importancia a las similitudes entre otros signos utilizados

OCTAVA: Las normas de competencia pueden tener varios objetivos, tales como la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores, la libertad de iniciativa, la apertura de mercados y pequeñas empresas, la desconcentración del poder económico y la prevención de monopolios y usos indebidos de posiciones de dominio, es decir que el derecho a la competencia se conforma de normas de distinta naturaleza: normas de competencia en sentido estricto como regulación de prácticas restrictivas y normas que regulan las prácticas desleales.

NOVENA: La competencia desleal es un concepto difícil de definir ya que son varias las conductas humanas que pueden llegar a constituir un acto de deslealtad, es por eso que en los ordenamientos jurídicos no se establece un concepto concreto y exacto de la competencia desleal, sin embargo, en la Ley de Propiedad Industrial enuncia algunas de estas conductas.

DÉCIMO: La competencia desleal no equivale a un derecho sobre la clientela, toda vez que este no es un bien susceptible de apropiación, sino que protege la posibilidad de utilidad de aquellas personas que pueden llegar a ser perjudicadas por medios desleales. Se persigue para salvaguardar un mínimo de moralidad en las transacciones mercantiles y un mínimo de igualdad en la competencia de los comerciantes. Las reglas de la competencia deshonestas, se fundan precisamente en las normas derivadas de los usos honrados del comercio. Los actos de competencia desleal tienden a estorbar los procesos normales de formación de la clientela. Por lo tanto, la competencia desleal se origina cuando al concurrir en el mercado dos o más competidores, existen por parte de uno o varios de ellos conductas contrarias a los buenos usos y costumbres en la industria y el comercio, como ejemplificadamente sería la finalidad de causar confusión o inducir al público consumidor a error o engaño, respecto de los productos o servicios que ofrece cuando estos son de la misma especie, para obtener para sí, la clientela y con ello

ventajas indebidas sustrayendo, invadiendo y explotando el derecho del otro competidor.

DÉCIMO PRIMERO: La competencia desleal tiene su base sobre usos y prácticas comerciales que están sujetos a comprobación, toda vez que existen infinidad de supuestos, donde en la práctica comercial se puede dar la competencia desleal, existiendo una gran laguna de hechos que se vienen dando hoy por hoy en la práctica del comercio y que no se encuentran de todo regulados por nuestra legislación.

DÉCIMO SEGUNDO: La tutela contra la competencia desleal se presenta como una disciplina complementaria a la normatividad de propiedad industrial e intelectual ampara el titular de un derecho frente a conductas desleales, que pretenden general confusión en el mercado, aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno o en general permite actuar frente a comportamientos que resultan objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

DÉCIMO TERCERO: En las marcas, las prerrogativas de exclusividad y de competencia desleal se conceden con un objetivo fundamental generar transparencia en los mercados, de ahí que la protección en cuanto al tiempo sea ilimitada, en contraste de lo que sucede con otros derecho de propiedad industrial como son los dibujos, diseños industriales y modelos de utilidad por lo que la tutela tiene como objetivo proteger la creatividad y fomentar la investigación que trasciende en innovaciones para obtener nuevos productos y formas ornamentales que beneficien al comercio y sean aprovechables por los consumidores, razón por lo cual los privilegios conferidos tiene una protección temporal limitada.

DÉCIMO CUARTO: La marca se emplea primordialmente para dar al probable comprador una indicación sobre la procedencia de los productos. Es una garantía para el consumidor y para el fabricante; para el consumidor por que esta

CONCLUSIONES

asegurado de que se le da el producto que quiere comprar; para el fabricante, que encuentra así un medio de distinguir de sus competidores y de afirmar el valor de sus productos.

DÉCIMO QUINTO: Los derechos del consumidor, como conjunto de derechos que se confieren específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de los bienes y servicios, han sido reconocidos solo a partir de la segunda mitad de siglo XX.

DÉCIMO SEXTO: Los derechos de los consumidores eran únicamente regulados por los contratos que se celebraban los proveedores, y estos eran regulados por el Código de Comercio, lo que hacía imprecisa la defensa que podían realizar los consumidores por derechos violados, ya que únicamente eran estipuladas cláusulas y en la mayoría de los casos eran contratos de adhesión en los cuales los consumidores se sometían a cláusulas que eran contempladas por los proveedores.

DÉCIMO SÉPTIMO: Los derechos básicos con los que cuenta el consumidor atendiendo nuestra Ley Federal de Protección al consumidor son: el derecho a la protección de la vida, salud, la seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos o servicios considerados peligrosos o nocivos; el derecho a la educación y divulgación sobre consumo adecuado de los productos y servicios que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones; el derecho a la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificaciones correctas de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen; el derecho a la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos; el derecho al acceso a los órganos de administrativos con el objeto de prevenir daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos y garantizar la protección jurídica administrativa y técnica a los consumidores; el derecho a la protección de los intereses

CONCLUSIONES

económicos de los consumidores, que en la Ley se expresa de forma específica en la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

DÉCIMO OCTAVO: Algunos autores ubican a la publicidad como un conjunto de técnicas y medios de comunicación que sirven para promover la venta de un producto; otros la definen como un grupo de actividades de promoción y comunicación

DÉCIMO NOVENO: La publicidad tiene, en primer término, una finalidad comercial pues promueve una mercancía que busca vender y remite siempre a la existencia del producto, aunque al mismo tiempo plantea la aceptación de un modo de vida, de estilos y de pautas de consumo. La propaganda en cambio, persigue el convencimiento, la adhesión a ideas de gobiernos, partidos, grupos políticos y empresas privadas.

VIGÉSIMO: Las marcas se encuentran relacionadas estrechamente con la publicidad, ya que por medio de la publicidad se pueden dar a conocer un producto o servicio en los medios de comunicación, si bien es cierto que en la Ley de Propiedad Industrial no se encuentra regulada como tal la figura de la publicidad, si nos deja claro que es considerada como infracción administrativa el hecho de desprestigiar los productos o servicios a través de los medios informativos.

BIBLIOGRAFÍA

- AAKER, David A. y Erich Joachimsthaler, *"Liderazgo de marca"*, Ed. Deusto, Barcelona, 2001.
- AFTALION, Enrique R., Fernando García Olano y José Villanova, *"Introducción al Derecho"* Ed. La ley, 7º Edición, Buenos Aires, 1964.
- ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *"Regulación jurídica de la transferencia tecnología, marcas y patentes"*, Ed. Porrúa, México, 1980.
- AMOR FERNÁNDEZ, Antonio, *"La Propiedad Industrial en el Derecho Internacional"*, Ed. Nauta, Primera Edición, España, 1965.
- ASCENCIO, Miguel, *"Derechos de la Propiedad Industrial"*, Ed. Eurolex, Madrid España, 1996.
- BARBAT & CIKATO, *"A sus marca. Humor sobre un tema serio. Las marcas en el mundo moderno"*, Campaña publicitaria realizada por la firma de abogados Barbat & Cíkato, Ed. Búsqueda Octubre, Montevideo, Uruguay, 1994.
- BARONA VILLAR, Silva, *"Competencia desleal Tirant lo bllanch"*, Valencia, 1999, 2 edición.
- BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, *"Tratado de Derecho Industrial"*, Ed. Civitas, Madrid España, 1978.
- BAYLOS CORROZA, Walter, *"Tratado de Derecho Industrial"*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- BECERRA ACEVEDO, Hugo E., *"Supuestos de la Competencia Desleal en Propiedad Industrial"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BERTONE, Luis Eduardo y Guillermo Cabanellas de las Cuervas, *"Derecho de marcas: marcas, designaciones y nombres comerciales"*, Tomo I., Ed. Heliasta, Buenos Aires.
- CALAIS-AULOY, Jean y Frank Steinmese, *"Droit de la consommation"*, Paris, 1986.
- CARLTON, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff, *"Moder Industrial Organizatio006E"*, Ed. Harpert Collin College Publisher, four Edition, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- COOTER, Robert D. y Thomas Ulen, *“Law & Economics”*, Ed. Pearson, Third Edition, Adisson Wesley Longman, Inc., 2000.
- DE LA FUENTE GARCÍA, Elena, *“El uso de la marca y sus efectos jurídicos”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ENCICLOPEDIA Jurídico Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, México, 2004, Ed. Porrúa, pág. 729.
- FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *“Publicidad Comparativa, en estudios de derecho de la publicidad”*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- FERRER RODRÍGUEZ, “Eulalio, *“¿Qué es la publicidad?”*, Ed. Trillas. México, 1980.
- FLORES GARCÍA, Fernando, *“Diccionario jurídico” Harla*, vol. 4 Derecho Procesal, México Oxford University Press-Harla, 1996, Diccionario jurídico, México UNAM-IIJ, tomo I, A-C.
- GARCÍA SAIS, Fernando *“Derecho de los consumidores a la información una aproximación a la publicidad engañosa”*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco *“Documental comentario sobre el desarrollo de la competencia desleal en México”*, México, 2000.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *“Arbitraje de inversión”*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- JALIFE DAHER, Mauricio, *“Competencia Desleal”*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- KAHAN CIMET, David, *“La publicidad comparativa en México”*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- LANE KELLER, Kelvin, *“Administración Estratégica de la Marca”*, Ed. Pearson, México, 2008.
- LOBO, Thomaz Thedim, *“La empresa y la marca, trabajo mimeografiado inédito”*, Río de Janeiro, Brasil, 1974.
- LUCIEM GONZÁLEZ, John Derik *“Detrás del Comercial”*, Ed. Trillas, México, 1990.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *“Instituciones de derecho civil”*, Ed. Porrúa, México 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- MENDEIETA, Sonia, “Evolución histórica de las marcas, en la revista mexicana de la propiedad industrial y artística”, N°1, México, enero-junio, 1963.
- MENÉNDEZ, Aurelio, “La Competencia Desleal”, Madrid, Ed. Civitas, 1999.
- MONTEAGUDO M. “El riesgo de la confusión en el derecho de marcas y en derecho contra la competencia Desleal”, Tomo XV.
- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, “Diccionario Jurídico a-z”
- NAVA NEGRETE, Justox, “Derecho de las marcas”, Ed. Porrúa, México, 1996.
- NAVAMINI, Humberto, “Tratado teórico-practico di diritto commerciale”, Vol. IV Frateli Bocca, Torino, 1937.
- OJEDA, Lucia y Luis Santos José Roldán, “Propiedad Intelectual y Competencia económica”, Ed. Porrúa, México, 2010.
- OLINS, Wally, “Las marcas según Wally Olins”, Ed. Turner Publicaciones, Madrid, 2003.
- OTAMENDI, Jorge “Derecho de Marcas”, Ed. Lexis Nevis, 2003.
- OTERO MUÑOZ, Ignacio y Miguel Ángel Ortiz Bahena, “Propiedad Intelectual, Simetrías y Asimetrías entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, El caso de México”, Ed. Porrúa, México, 2011.
- OVALLE FAVELA, José, “Derecho de los consumidores”, Ed.Oxford, México, 2008.
- PORTELLANO DIEZ, Pedro, “La imitación en el derecho de la competencia desleal”, Ed. Civitas, España, 1995.
- RANGEL MEDINA, David, “Derecho Intelectual”, Ed. McGraw-Hill, México, 1998.
- RANGEL MEDINA, David, “Tratado de derecho marcario, las marcas industriales y comerciales en México”, Ed. Libros de México, México, 1960, pág. 13.
- REYES LOMELÍ, David Arturo, “La Protección de la marca registrada mediante acciones civiles”, Ed.Porrúa, México, 2003.
- RODRIGO MARTIN, Luis, “Publicidad y consumo: nuevas modas y viejas causas y valores sociales”, Ed. Comunicación social ediciones y publicaciones, Sevilla, 2008.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia”, Ed.Porrúa, México, 1993.

BIBLIOGRAFÍA

- SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, Cesar, “*El sistema mexicano de propiedad industrial*”, Ed. Porrúa, 2º Edición, México, 1981.
- STIGLITZ, Gabriel A. “*Protección jurídica de consumidor*”, Ed. Depalma, Buenos aires, 1986.
- TATO PLAZA, Anxo, “*La publicidad Comparativa*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- TINOCO, José Carlos, “*Protección que le ofrece la marca (a los propietarios, consumidores y terceros) Estudio de Propiedad Industrial presentados al VIII Congreso*”, Ed. Asipi, Montreal, 1984.
- WITKER, Jorge y Angélica Varela, “*Derecho de la competencia económica en México*”, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- ZABALETA DÍAZ, Martha, “*La explotación de una situación de dependencia económica*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- ZORRILLA ARENA, Santiago y José Silvestre Méndez, “*Diccionario de Economía*”, Ed. Ocenano, México, 2000.

Revistas

- FRUIT, René, “*Aspectos económicos de la propiedad industrial, en la Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*”, Año IV, N° 8, México, julio-diciembre, 1966.
- GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “*Derecho comunitario y derecho de consumo*”, Revista de Derecho Mercantil Número 192, México 1989, p.386 citado por Jorge Witker en “*Derecho de la competencia Económica en México*”, México 2003.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegart “*La cesión de la marca, en la Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*”, Año III, N° 5, México, enero-junio, 1965.
- SAINT GAL, Iyes, “*Política general de una empresa para la protección y defensa de sus marcas en el extranjero*”, Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, N° 15-16, Año VIII, México, enero-diciembre, 1970.

PAGINAS WEB

- David Rangel Mediana, “*La propiedad industrial en la legislación mercantil, presenta pasado futuro*” [en línea], Dirección URL: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr30.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

Página online Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Dirección de URL: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm [consulta 24 de noviembre de 2011].

Página online Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Dirección de URL: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm [consulta 05 de enero de 2012].

Leyes

Código de Comercio

Código de Ética Publicitaria

Código Penal Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convenio de París

Ley de fomento y protección de la propiedad industrial

Ley de ingresos y Presupuestos de Egresos del Erario Federal

Ley de la Propiedad Industrial

Ley Federal de Competencia Económica

Ley Federal de Derechos de Autor

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Federal de Radio y Televisión

Reglamento de la ley de Propiedad Industrial