

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS  
DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR**

**CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA**

**GUATEMALA, MAYO DE 2008.**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS  
DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los Títulos Profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, Mayo de 2008.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja  
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Marisol Morales Chew  
Vocal: Lic. Roberto Echeverría Vallejo  
Secretario: Lic. Napoleón Orozco Monzón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa  
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López  
Secretario: Lic. David Sentés Luna

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

**OTTO LEONEL GARCIA QUINTEROS  
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala, 28 de abril de 2008

Licenciado  
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De manera atenta me dirijo a usted con referencia al trabajo de tesis de la estudiante CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA titulado "ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR", del cual fui designado asesor.

Al respecto deseo manifestarle que el trabajo realizado por la estudiante Conde Bautista se adecua a lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. El trabajo de investigación en mi criterio fue elaborado de manera científica y técnica apegándose a la metodología y a las técnicas de investigación actuales. La redacción utilizada es la correcta y en su trabajo hace un aporte valioso para el estudio de las ciencias jurídicas. Las conclusiones y recomendaciones que formula son claras y precisas y consultó la bibliografía y legislación pertinentes.

En tal sentido, considero que el trabajo de investigación cumple con todos los requisitos para ser sometido al examen público correspondiente.

Atentamente,



**Otto Leonel García Quinteros  
ABOGADO Y NOTARIO**

Colegiado 4447

5ª Avenida 15-45 zona 10, Centro Empresarial Torre I,  
Oficina 208 Teléfonos: 23675902, 23675892 y 23337017  
E-mail: agr@turbonett.com

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Calle Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARISOL MORALES CHEW, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA, Intitulado: "ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

**LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
MTCL/sllh

**Licda. MARISOL MORALES CHEW**  
5ª, Av. 11-70 zona 1, Of. 4E Edificio Herrera. Teléfono 22382184.



Guatemala, 30 de Abril de 2008.

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Su despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que por resolución de fecha veintinueve de abril de dos mil ocho, se me designó revisora del trabajo de tesis de la estudiante CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA, intitulado: "ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR".

En relación al tema investigado, manifiesto que se procedió a realizar las recomendaciones y correcciones necesarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Asimismo, considero que el trabajo satisface los requisitos científicos y técnicos, pues se apega a la metodología y a las técnicas de investigación actuales. En relación a la redacción, estimo que es adecuada, y que el mismo, constituye un significativo aporte a las ciencias jurídicas. Las conclusiones y recomendaciones que formula, así como la bibliografía y legislación consultada me parecen apropiadas.

Con base en lo anterior, emito DICTAMEN FAVORABLE, recomendando se continúe con el trámite de conformidad con la ley.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marisol Morales Chew', written over a horizontal line.

Licda. Marisol Morales Chew  
Abogada y Notaria  
Colegiada activa No. 3985

*Marisol Morales Chew*  
Abogado y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Universidad, Zona 12  
Guatemala, C. A.

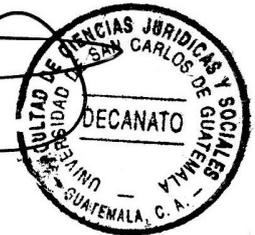


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de mayo del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA VICTORIA CONDE BAUTISTA, Titulado "ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LOS ACTOS DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Por darme la paz, tranquilidad, paciencia, fortaleza y sobre todo darme la vida y salud, y así poder permitirme cumplir esta meta.
- A MIS PADRES:** María Victoria Bautista Cárdenas, como agradecerte todo lo que has hecho por mí, eres un ejemplo a seguir. Espero que esto sea una pequeña recompensa a los grandes esfuerzos realizados en mi persona.  
César Augusto Conde Rada, por su apoyo.
- A MI ABUELITA:** Teresa Cárdenas de Bautista, se que me acompañas siempre y estas feliz.
- A MI HERMANA:** Paula María, por tu apoyo y solidaridad.
- A MIS TIOS Y PADRINOS:** Thelma y Hugo Bolaños, por siempre creer en mí.
- A MI NOVIO:** Diego José Montúfar Milián, por tu comprensión y apoyo.
- A LA UNIVERSIDAD:** La Gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos por ser mi casa de estudios, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. La competencia desleal.....	1
1.1. Antecedentes Históricos.....	1
1.2. Naturaleza Jurídica.....	14
1.3. Elementos.....	14
1.3.1. Un acto de concurrencia.....	14
1.3.2. Concurrencia incorrecta de quien realiza el acto.....	15
1.3.3. Un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor.....	16
1.4. Competencia desleal y defensa de la competencia.....	16
1.4.1. Bienes Jurídicos protegidos .....	17
1.4.2. Actos coincidentes. Criterios de diferenciación.....	18
1.4.3. Modelos de intervención y formas de protección de la deslealtad.....	19
1.5. Competencia desleal, propiedad industrial y defensa del consumidor.....	20

### CAPÍTULO II

2. Clasificación de los actos de competencia desleal.....	23
2.1. Distintas clasificaciones.....	23
2.1.1. Clasificación de Hefermehl.....	23
2.1.2. Clasificación de Ghidini o de los perfiles funcionales de los actos concurrenciales.....	25
2.1.3. Clasificación según los intereses afectados.....	26
2.1.4. Clasificación de Roubier-Ascarelli.....	29
2.1.5. Clasificación según los supuestos concretos de comportamientos prohibidos.....	30

### CAPÍTULO III

3. Los actos de desorganización del competidor.....	39
---	----

	<b>Pág.</b>
3.1. Definición.....	39
3.2. Características.....	39
3.3. Otros actos de desorganización del competidor.....	40
3.3.1. Boicot.....	40
3.3.2. Negativa a entablar relaciones comerciales.....	44
3.3.3. Competencia parasitaria: Aprovechamiento del esfuerzo ajeno.....	46
3.3.4. Actos de obstaculización y agresión.....	47

## **CAPÍTULO IV**

4. La violación de secretos económicos.....	51
4.1. Concepto de secreto económico.....	51
4.2. Requisitos del secreto económico.....	53
4.3. Clases de secretos económicos.....	57
4.4. Otros conceptos afines.....	58
4.5. La necesidad de protección.....	59
4.6. La violación del secreto económico.....	60

## **CAPITULO V**

5. La violación de la interdicción legítima de competencia.....	63
5.1. Bien jurídico tutelado.....	63
5.2. Elementos esenciales de la no competencia.....	64
5.2.1. El derecho a restringir la competencia. Excepcionalidad y razonabilidad .....	64
5.2.2. Ilícito objetivo y de peligro. Relación de competencia.....	66
5.3. Supuestos de no-competencia.....	67
5.3.1. Patronos y ex-trabajadores.....	67
5.3.2. Administradores y socios.....	69
5.3.3. Actuación por terceras personas y abuso de la personalidad jurídica para la comisión del ilícito de no-competencia.....	70
5.3.4. Transferencia de negocios.....	71

## **CAPÍTULO VI**

6. La injerencia en relaciones contractuales ajenas.....	75
--	----

	<b>Pág.</b>
6.1. Concepto.....	75
6.2. Modalidades.....	76
6.2.1. La inducción a la infracción de obligaciones contractuales.....	76
6.2.2. La inducción a la terminación regular de relaciones contractuales.....	79
6.2.3. El aprovechamiento de las infracciones contractuales.....	83

## **CAPÍTULO VII**

7. Acciones por competencia desleal aplicables a los casos de desorganización del competidor.....	87
7.1. Definición.....	87
7.2. Acciones.....	89
7.3. Medidas cautelares.....	92
7.4. Diligencias preliminares.....	95
7.5. Legitimación.....	95
7.6. Fuero competente.....	96
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>99</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>103</b>

## INTRODUCCIÓN

Los actos de competencia desleal son definidos, en general, como toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres en materia de industria y de comercio, que por medios ilegítimos, realiza un fabricante o vendedor para aumentar su cuota de mercado y persiga desviar clientela de un agente del mercado.

El estudio de esta materia constituye un elemento esencial que garantiza al consumidor y al comerciante, la protección que merece frente a prácticas que pudieran resultarles inadecuadas, así como también la búsqueda de mecanismos que respondan al marco de la economía de mercado propugnada por la Constitución Política de la República de Guatemala.

En Guatemala, no obstante, la vigencia de varios instrumentos legales, éstos son insuficientes, además que su aplicación real y efectiva es muy escasa y son muy pocos los casos que llegan a los tribunales. Adicionalmente, el tema de competencia en los mercados no ha sido objeto de discusión profunda en foros de la sociedad civil o círculos empresariales, ni ha formado parte de la agenda de prioridades de los sectores político y gubernamental del país.

Con base en lo anterior, la presente investigación contiene un estudio global y actualizado de una materia compleja y de gran importancia como lo es la competencia desleal y dentro de ella, los actos de desorganización del competidor, formulando la siguiente pregunta: ¿cuáles van a ser las acciones legales aplicables a los actos de desorganización del competidor como efecto inmediato de la competencia desleal?

Como ya se mencionó, la República de Guatemala carece de un cuerpo normativo desarrollado que se refiera a la competencia desleal; y es ante esta realidad jurídica, que debe afrontarse la problemática objeto de la presente investigación; por lo tanto, la hipótesis se planteó de la siguiente manera: “Existen acciones de carácter

general que ofrezcan remedios preventivos y definitivos, en contra de los actos de desorganización del competidor, como efecto inmediato de la competencia desleal.”

Es por ello que plantee los siguientes objetivos: Generales: a) Demostrar que la competencia es un proceso que en ocasiones puede ser descrito y no claramente definido; y b) Determinar todas las posibles conductas de competencia desleal que se puedan dar en el mercado. Así como también los siguientes objetivos específicos: a) Comprobar que existen más acciones procesales aplicables a los actos de desorganización, que los establecidos en el Artículo 362 del Código de Comercio; y b) Comprobar que existen acciones de carácter general que ofrezcan remedios preventivos y definitivos, para los actos de desorganización del competidor, como efecto inmediato de la competencia desleal.

Para la presente investigación formulé el siguiente supuesto: Los actos de desorganización del competidor como efecto inmediato de la competencia desleal, supone el aprovechamiento, en el caso del beneficiario, hacerse de secretos industriales de otros competidores para difundirlos y utilizarlos, la obtención de una sub-licencia de tecnología; la obtención de productos fuera del ámbito territorial pactado; o adquirirlos a un precio inferior al fijado por el fabricante al mayorista.

Para la ejecución de la presente investigación utilicé los siguientes métodos de investigación: Analítico-Sintético, Inductivo-Deductivo y el Jurídico. También se utilizaron las técnicas bibliográficas y documentales, para estructurar debidamente la información acerca de las acciones por competencia desleal aplicables a los actos de desorganización del competidor y posteriormente proceder a su análisis e interpretación.

El presente trabajo se encuentra distribuido en siete capítulos, desarrollando en el primero de ellos, los antecedentes históricos de la competencia desleal, su naturaleza jurídica, los elementos que la conforman, la defensa de la competencia, así como también la competencia desleal, propiedad industrial y defensa del consumidor. En el

segundo capítulo se establecen las distintas clasificaciones de los actos de competencia desleal. El capítulo tercero, comprende la definición de los actos de desorganización del competidor y sus características. En el cuarto capítulo, se desarrolla el tema de la violación de secretos económicos. El quinto capítulo, está orientado al análisis de la violación de la interdicción legítima de competencia. En el capítulo sexto, se desarrolla lo concerniente a la injerencia en relaciones contractuales ajenas, su concepto, modalidades y la inducción a la terminación regular de relaciones contractuales y el aprovechamiento de las infracciones contractuales. El último capítulo comprende las acciones por competencia desleal aplicables a los casos de desorganización del competidor, su definición, las medidas cautelares, diligencias preliminares y la legitimación necesaria para llevarlas a cabo.

## CAPÍTULO I

### 1. La competencia desleal

#### 1.1. Antecedentes históricos:

Resulta conveniente comenzar el estudio de la prevención y represión contra la competencia desleal centrandolo la materia dentro de su contexto de evolución histórica.

Para ello es imprescindible, en primer lugar, referirse a la experiencia continental europea. Sin duda se considera como la más precisa de las divisiones temporales, la trazada por el profesor Aurelio Menéndez en su discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia española en el año 1988. El catedrático distinguió entre tres períodos evolutivos: el modelo paleoliberal; el modelo profesional o corporativo y, por último, el modelo social. Este esquema temporal será utilizado de base a continuación<sup>1</sup>.

#### I. Período paleoliberal:

En la segunda mitad del siglo XVIII se produce la revolución burguesa, la cual elimina los vínculos feudales y corporativos del antiguo régimen. El origen de la competencia desleal está en relación directa con la consolidación de la revolución industrial, sistema basado en la libertad de empresa y en la libre competencia, lo que supuso la consolidación del derecho de propiedad como derecho fundamental e impuso la necesidad de protección de los derechos de propiedad industrial.

En el principio de este capitalismo liberalista, el afán de crecimiento de las empresas reclamaba la ausencia de frenos estatales. Ya con el desarrollo asentado de la industria, las empresas tuvieron que recurrir a un sistema de autotutela y de

---

<sup>1</sup> MENÉNDEZ, Aurelio. **La competencia desleal**, página. 18.

armisticio entre ellas, para evitar y limitar riesgos naturales y permanentes, tales como las guerras de precios, la competencia en el mercado laboral o las ofensivas políticas de venta. Sin embargo, dichas treguas y alianzas no bastaron cuando progresivamente comenzaron a aparecer en escena competidores que se aprovecharon de la ausencia de reglas estatales para atacar la posición de las empresas afianzadas en el mercado.

En este contexto comenzó a desarrollarse una normativa protectora, cuyas características fueron; la especialidad, en cuanto existe una regulación fragmentaria y no de carácter general respecto de las conductas concurrencialmente desleales; la tipicidad, en cuanto tan sólo se reprimían las conductas que expresa y taxativamente venían determinadas por ley; y la naturaleza penal de las sanciones, característica que obedecía a la ideología liberal, la cual excluía la intervención del Estado excepto en los casos de grave vulneración de los derechos básicos de los operadores de mercado.

Los ordenamientos europeos de principios y mediados del Siglo XIX respondían a este modelo. En Francia, encontramos la primera manifestación legislativa en el Artículo 418 del Código Penal Napoleónico, el cual hace referencia al secreto industrial, si bien existían antes de 1810 algunas manifestaciones normativas al respecto. Dicho Artículo aplicaba graves sanciones a quien revelara un secreto de fábrica a un extranjero o a un francés residente en el extranjero. En materia civil, la competencia desleal se desarrollará en Francia a través de la jurisprudencia, que elaboró una disciplina unitaria, fuertemente especializada y en armonía con las exigencias empresariales, sobre la base de la cláusula general de responsabilidad civil contenida en los Artículos 1382 y 1383 del Código Civil. Se trataba de una protección dispensada a un competidor cuyos derechos habían sido lesionados por otro competidor mediante actos desleales como la denigración, la provocación de confusión entre las prestaciones o la violación de secretos industriales. El criterio de valoración de la deslealtad era la falta de adecuación a los usos profesionales, por lo que esta doctrina, denominada "*concurrente déloyale*", será fundamento del siguiente período corporativo o profesional. En definitiva, el Artículo 1382 era utilizado para reprimir la deslealtad profesional, mientras que el

Artículo 418 del Código Penal sancionaba las conductas consideradas graves de competencia desleal.

Alemania es otro supuesto claro de encuadramiento en el modelo paleoliberal. La jurisprudencia no desarrolló en profundidad la competencia desleal, y la regulación original fue fragmentaria, partiendo de la "*Markenschutzgesetz*" (Ley de Protección de Marcas) de 1874, y continuando por la "*Gesetz zum Schutz der Warenzeichnung*" (Ley de Protección de Signos Distintivos) de 1894, cuya esencia era de naturaleza penal. Ya con influencias del modelo profesional, se promulgó la "*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*" (Ley de Competencia Desleal) del 27 de mayo de 1896, derogada por la nueva Ley de Competencia Desleal del siete de junio de 1909, la que sirvió de modelo a otras legislaciones europeas, al igual que la Ley de Competencia Desleal portuguesa del 21 de mayo de 1896. Por su parte, Austria siguió una evolución semejante a la alemana en cuanto a la aceptación y configuración de los modelos a seguir.

En Italia, si bien tampoco la jurisprudencia construyó una disciplina unificada, los jueces recondujeron la represión contra la competencia desleal a la norma general respecto del ilícito civil extracontractual, esto es, al Artículo 1151 del Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, pese a ser un precepto civil, el sentir mayoritario de la jurisprudencia era el de revestir al ilícito con connotaciones típicamente penales, es decir, se defendía que en el injusto se considerase el fraude o la malicia y no la existencia de un daño que debiera ser reparado.

En España, al igual que en Alemania, los tribunales no utilizaron el recurso a los preceptos de responsabilidad civil aquiliana (Artículo 1902 del mismo cuerpo legal) y contractual (Artículo 1101 del Código Civil español) para construir una doctrina general sobre el ilícito desleal. Siguiendo la protección típicamente penal y fragmentaria del período, se tipificaron sólo los ilícitos contra los derechos de marca y patente a través de los Artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial del 16 de mayo de 1902. A pesar de tratarse ésta de una ley de carácter comercial, se la ha considerado una

norma penal por llevar incorporadas sanciones penales, como es el caso de las conductas punibles del Artículo 132 de dicha ley.

A nivel supranacional, el 20 de marzo de 1883 se firmó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial<sup>2</sup>, el cual, en su versión original, no contenía precepto alguno sobre la competencia desleal. En la revisión de Bruselas del 14 de diciembre de 1900 se introdujo el Artículo 10 bis, por el que se estableció que los ciudadanos de los países de la Unión gozarían en cualquiera de los Estados miembros de la protección contra la competencia desleal acordada para sus nacionales. En la sucesiva revisión de Washington del dos de junio de 1911 se afirmó genéricamente que todos los países miembros de la Unión deberían crear una normativa apropiada para reprimir la competencia desleal. Pero no es sino en la revisión de La Haya del seis de noviembre de 1925, donde por fin se introduce en el Artículo 10 bis una cláusula general de deslealtad, estableciendo como criterio de valoración de las conductas a los usos honestos en materia comercial e industrial. Dicha cláusula general se mantuvo en las sucesivas revisiones de Londres del dos de junio de 1934, Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

Esta norma supondrá el punto de partida para el período del modelo profesional o corporativo, y es allí donde será analizada en detalle.

## **II. Modelo profesional o corporativo:**

Este modelo se desarrolla con la consolidación del liberalismo económico a finales del Siglo XIX y principios del XX y se caracteriza por la exigencia, por parte de los sectores profesionales, de una protección generalizada frente a los actos de competencia desleal. Los empresarios demandan la intervención del Estado en defensa de sus intereses adquiridos en el mercado. En tal contexto, como comenta el profesor

---

<sup>2</sup> GACHARNÁ, María Consuelo. **La competencia desleal**, página 26.

Aurelio Menéndez<sup>3</sup>, se perfila la necesidad de una disciplina común privada, "...dotada de una fuerte impronta profesional, encaminada a reprimir aquellas modalidades competitivas que la corporación de los empresarios estimara incorrectas". Se recurre entonces a la prohibición del acto de competencia desleal en general, superándose la tutela fragmentaria de las legislaciones especiales que protegen los derechos de exclusiva sobre bienes inmateriales.

A nivel técnico-jurídico, esta tendencia a elaborar una regulación privada y específica respondía a la necesaria superación de la normativa penal y a la insuficiencia de la normativa aquiliana para dar respuesta a la concurrencia desleal.

Por un lado, comienza a considerarse al ilícito de competencia desleal como un ilícito de carácter objetivo y de peligro. Se postula que en la sanción del comportamiento desleal en materia concurrencial se debe prescindir de la culpa y del dolo, ya que la antijuridicidad abstracta del acto es la base de la prohibición de cometer este tipo de ilícitos. No es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor.

La anterior normativa penal implicaba la necesidad de culpabilidad para estimar las pretensiones ejercidas frente a actos desleales. Dicha normativa permitía sancionar únicamente los comportamientos tipificados, impidiendo la posibilidad de perseguir aquellos actos desleales no contemplados expresamente en la ley penal. Además, se impedía introducir la acción de cesación o de prohibición, ya que, en sede penal, si el que cometía un acto de competencia desleal no cesaba en ello, sería castigado a través de la agravante de reincidencia, no pudiendo recurrirse a sanciones de tipo civil

Por otro lado, la creación de esta disciplina específica para la competencia desleal surgió como respuesta a la limitación que supone la aplicación a esta materia de los

---

<sup>3</sup> MENÉNDEZ, **Ob. Cit**; página 24.

principios generales de responsabilidad extracontractual. El carácter meramente represivo de tal normativa y su vinculación directa al elemento del daño (es decir, la necesidad de que exista un daño concreto para que pueda activarse la protección legal), hacen que se impida llevar a cabo acciones (como la acción de prohibición) que intenten evitar que un daño se produzca a pesar de que el mismo aún no se haya manifestado, pese a la aparición de indicios objetivos que pueden desembocar en su producción.

En virtud de la impronta corporativista que impregna esta materia, el acto de competencia desleal se configura como una violación a las reglas de deontología profesional, y el bien jurídico que se protege es el daño causado al empresario por la desviación de la clientela de su empresa hacia la empresa del competidor. En consecuencia, el criterio de calificación de la conducta será la adecuación o no del acto de competencia a los usos y costumbres mercantiles reinantes en la época. Vemos, pues, cómo el hilo conductor de este modelo es la intención de proteger los intereses de los operadores de mercado, y es a través de esta herramienta concedida a aquellos mediante la cual, por vía indirecta, se tutelan los intereses de los consumidores y de la sociedad en general.

A los parámetros de esta época responden la Ley de Competencia Desleal alemana del siete de junio de 1909, los Artículos 2598 y 2599 del Código Civil italiano de 1942, la "*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*" (Ley Federal contra la Competencia Desleal) austríaca del 26 de septiembre de 1923, y el desarrollo continuo de la jurisprudencia francesa sobre "*concurrence déloyale*". En España, forman parte de esta segunda etapa el Estatuto de Publicidad del 11 de junio de 1964 y la Ley de Marcas del 10 de noviembre de 1988. Esta última establecía en su artículo 87 una cláusula general de deslealtad aludiendo a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Por su parte, el Artículo 88 enumera los actos típicos de competencia desleal que debían ser interpretados en función de la cláusula general.

Por último, se debe hacer mención especial al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, a través del cual se generaliza el modelo profesional en los ordenamientos europeos más representativos. Este Convenio exige a los pujantes países industrializados a configurar una disciplina de la competencia desleal como un aspecto de la tutela de la propiedad industrial, común en sus grandes rasgos e inspirada en los intereses profesionales. Su contenido refleja el deseo de los sectores empresariales dominantes de utilizar dicha normativa para orientar unitariamente, en sentido netamente corporativo, los puntos de referencia de las distintas disciplinas nacionales, a la vez que el de influir en las legislaciones nacionales en formación.

Los portadores de los intereses profesionales consiguieron el objetivo mediante la imposición de una codificación encuadrada en el ámbito de un criterio general de calificación referido a los usos honestos en materia industrial y comercial. Resulta significativo que en la redacción del Artículo 10 bis, a la hora de analizar los criterios de calificación, se dejó de lado la referencia a parámetros comunes como *“tous les actes contraires á la loi, aux usages commerciaux ou á l’équité”* (todos los actos contrarios a la ley, los usos comerciales o a la equidad) para acoger la fórmula de los usos honestos en materia industrial y comercial. Con ello se garantizaba que, en todos los países adherentes, los conflictos de competencia desleal entre ellos se juzgaran según el derecho de la clase mercantil.

Como colofón de la imposición de las ideas corporativas, se registra en el Convenio una más que llamativa afirmación: el reconocimiento, por medio de la incorporación del Artículo 10 ter, de la legitimación de las asociaciones profesionales para actuar en materia de competencia desleal. La intención de dicho Artículo va más allá de permitir la aparición de entidades de vigilancia, persiguiendo en verdad solventar las posibles carencias de costos y legitimación para iniciar acciones judiciales. Pero, además, dicha norma sitúa a la clase empresarial como el único grupo colectivo legitimado para la defensa concurrencial, reiterándose así la hegemonía del

corporativismo, ya expuesta respecto del criterio de calificación consagrado en el Artículo 10 bis.

Ello se confirma con el silencio del Convenio respecto de una directa iniciativa pública con relación a la competencia desleal, la cual era, como hemos visto, objeto de represión penal en numerosas legislaciones nacionales. El silencio es también elocuente respecto de la legitimación de los consumidores.

### **III. Modelo social:**

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los países europeos consideraron necesario hacer un giro en la disciplina hacia el interés social, surgiendo la necesidad de derrocar el modelo profesional individualista para asentar el denominado modelo social, que dará gran juego al interés colectivo y público.

En consecuencia, se aprecian cambios importantes en relación con los pilares que sostenían el modelo profesional o corporativo anterior. En lo referido al objeto, se vislumbra una transición hacia una concepción de la protección del orden económico del mercado no sólo con respecto a la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado.

En cuanto a los criterios de valoración o calificación de la deslealtad<sup>4</sup>, ésta ya no se mide exclusivamente en función de la adecuación a los usos y costumbres profesionales, sino en atención a los principios del ordenamiento económico tales como la libre competencia y la tutela del consumidor. El criterio más reciente para considerar la deslealtad, es su contrariedad a la buena fe o las buenas costumbres. Legislaciones como la alemana (Artículo primero de la Ley contra la Competencia Desleal de 1909) o la española (Artículo quinto de la Ley de Competencia Desleal del 10 de enero de 1991,

---

<sup>4</sup> **Ibid**, página 29.

siguiendo el ejemplo del Artículo primero de la Ley suiza de 1943) se han inclinado hacia su consideración.

De la misma manera el cambio se produce respecto de las conductas reprimidas, admitiéndose ciertas actividades consideradas anteriormente como desleales, ya que al tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección, se permiten algunas prácticas que resultan beneficiosas para el consumidor o para el sistema económico en su conjunto.

Este período está marcado por la teoría política predominante en Europa del Estado Social de Derecho. La intervención de un Estado fuerte en la economía, marca el desarrollo de la materia. En un principio, el Estado intervino en la formación de otras ramas del derecho de la competencia: la defensa de la competencia y el derecho del consumidor como parte débil en las relaciones de mercado. El siguiente paso fue su intervención directamente en la protección contra la competencia desleal. Esta actuación estatal se define por el declive del papel de la ley general y abstracta, para convertirse ésta en un instrumento de naturaleza administrativa, en el sentido de disciplina que emana del Estado, contrapuesta a la autorregulación de los empresarios. Se intenta así combatir los abusos del poder económico, para que el Estado asuma funciones reguladoras y redistributivas, de modo tal que no sólo interviene a través del derecho público económico, sino que se sirve también del derecho privado para alcanzar sus metas propias del estado social.

En países como Alemania, Italia y España, el cambio legislativo tiene su fundamento en las constituciones económicas, las cuales garantizan la función social del derecho de la competencia. En Alemania ello ha implicado que la Ley de Competencia Desleal de 1909 haya sido reformada el 21 de julio de 1965 para conceder legitimación activa a las asociaciones de consumidores mediante la reforma de su Artículo 13.1. En Italia, por los años ´60 comienza a considerarse que la normativa sobre competencia desleal debe proteger todos los intereses en juego del

mercado. En este sentido, parte de la doctrina entiende que el Artículo 2598 del Código Civil debe interpretarse en función del Artículo 41.2 de la Constitución italiana, de tal forma que en la valoración de las conductas relacionadas con el derecho de la competencia deben tenerse en cuenta los intereses colectivos que imponen un modelo de comportamiento coherente con la utilidad social. Sin embargo, otro amplio sector, apoyado por la jurisprudencia, considera que el Artículo 41 no debe aplicarse de forma inmediata y niega que por medio de la normativa sobre competencia desleal se deban tutelar directamente los intereses de los consumidores y los intereses colectivos en general a pesar de que el Artículo 2601 del Código Civil legitime a las sociedades de consumidores en los procesos de competencia desleal.

En España, la Constitución de 1978 contiene en su articulado una fuerte impronta social, declarando enfáticamente la necesidad de la intervención del Estado en las relaciones económicas y previniendo una fuerte protección a los derechos de los consumidores. Sin embargo, el modelo social no se establecerá definitivamente sino hasta la década de los '90, mediante la promulgación de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (ya que la regulación inmediatamente anterior de la Ley General de Publicidad de 1988 seguía claramente la tradición corporativista). Esta Ley de Competencia Desleal es la más social y progresista de Europa, ya que no sólo se impone el criterio valorativo de la buena fe, sino que también se prescinde de la necesidad de que exista una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo, y promueve firmemente la participación de las asociaciones de consumidores en el control de la deslealtad concurrencial.

Con respecto a Francia, cabe referirse nuevamente a la evolución de la jurisprudencia, la cual, en numerosas resoluciones, reviste a la "*concurrence déloyale*" de tintes claramente sociales y protectores de todos los intereses en juego en el mercado. Se destaca en este período la Ordenanza del uno de diciembre de 1986 relativa a la libertad de precios y de la competencia.

Por último, es importante señalar que en países como Alemania existen en la actualidad, tesis revisionistas de la regulación específica de la competencia desleal, lo cual demuestra el grado de interés y debate que despierta la materia en los Estados continentales europeos.

#### **IV. Antecedentes en América:**

En lo que a América Latina respecta, si bien en la última década del Siglo XX se han dictado normas específicas sobre la materia en países como Venezuela, Paraguay y Perú, es en Colombia donde encontramos el antecedente legislativo más remoto. Ya el Artículo 10 de la Ley 155 de 1959 consagraba el concepto de competencia desleal. Asimismo, los Artículos 75 a 77 del Código de Comercio se referían a los hechos que constituyen competencia desleal y a las acciones judiciales contra la misma. Dicha normativa ha sido derogada expresamente por la Ley 256 de 1996, la cual supuso el abandono de los postulados corporativistas y la adopción de un modelo claramente social<sup>5</sup>.

En los Estados Unidos de América, los antecedentes jurisprudenciales datan de principios del Siglo XIX, pues aunque en aquel momento fueron considerados como marcarios, hoy hubieran sido propios de lo que se conoce como competencia desleal, pues eran resueltos según los supuestos de este tema.

Así, la jurisprudencia norteamericana fue evolucionando hasta que en la segunda mitad del Siglo XX empezaron a plasmarse las manifestaciones legislativas y de recopilación, iniciando por la "*Uniform Deceptive Trade Practices Act*" de 1964, siguiendo con la "*Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law*" de 1970, la "*Uniform Trade Secrets Act*" de 1979, relativa a los secretos industriales. Sin embargo, como es propio del "*common law*", la jurisprudencia sigue siendo el motor de cambio y principal referente a la hora del análisis de la materia en ese país.

---

<sup>5</sup> **Ibid**, pág. 32.

## **V. Antecedentes históricos, legales e institucionales en Guatemala:<sup>6</sup>**

En Guatemala, la discusión seria sobre el tema de políticas de competencia, se inició recientemente, pese a que distintos aspectos vinculados con el funcionamiento libre de los mercados están contemplados desde hace varias décadas dentro del ordenamiento jurídico del país. Así, el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal y sus reformas, que data de la década de los años setenta, tipifica y sanciona con multas pecuniarias y con prisión una serie de prácticas dañinas a la competencia y al bienestar de los consumidores contenidos en los Artículos 340, 341 y 342.

La actual Constitución Política de la República, vigente desde 1986, contempla en los Artículos 43, 119 y 130, aspectos fundamentales en materia de competencia y economía de mercado, tales como: los deberes que tiene el Estado de proteger la economía de mercado e impedir prácticas que restringen la competencia y que, por lo tanto, son perjudiciales a los intereses y bienestar de los consumidores.

El Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio que data de 1970 contiene varios artículos (del 361 al 367) dedicados a tipificar, prohibir y sancionar todas aquellas conductas y actos que afectan los derechos tanto de competidores como de los mismos consumidores, tal es el caso de la competencia desleal.

Asimismo, el Decreto 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial y sus reformas contenidas en el Decreto 11-2006, se dedica un capítulo único para la represión de la competencia desleal en materia de propiedad industrial.

No obstante, la vigencia de estos instrumentos legales, la aplicación real y efectiva de dicha regulación son muy escasas y son muy pocos los casos que involucran a los

---

<sup>6</sup> ROMERO, Antonio y Carlos E. González. “Condiciones Generales de Competencia en Guatemala”. <http://biblio2.url.edu.gt:8991/libros/Cepal.pdf> (10 de junio de 2006).

mencionados artículos que llegan a los tribunales. Adicionalmente, el tema de competencia en los mercados no ha sido objeto de discusión profunda en foros de la sociedad civil o círculos empresariales, ni ha formado parte de la agenda de prioridades de los sectores político y gubernamental del país.

Cabe recordar que hasta fines de los años ochenta la economía de Guatemala y la del resto de los países centroamericanos estuvieron altamente reguladas y con fuerte proteccionismo, en el contexto de la aplicación del modelo de desarrollo hacia dentro, basado en la industria sustitutiva.

Esto implicó la instauración de varios obstáculos al funcionamiento de la economía de mercado y la libre competencia. Estos obstáculos iban desde excesivas regulaciones sectoriales, pasando por restricciones al acceso de los mercados domésticos, hasta altas tarifas arancelarias de importación para proteger la producción nacional de la competencia internacional.

De hecho, se puede afirmar que en Guatemala hoy día existe gran desconocimiento sobre las políticas de competencia tanto por parte de funcionarios públicos como de empresarios y académicos. Recientemente, se ha empezado a despertar el interés y preocupación con relación al tema de competencia, en ciertos círculos pequeños en el ámbito político, gubernamental, académico y empresarial en el país.

Uno de los claros avances es que se ha incorporado el área de competencia como campo de acción en el marco del funcionamiento del sector público, particularmente en el nivel del gobierno central. Al respecto, el Decreto 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo incorpora en el cuadro de funciones del Ministerio de Economía, en el Artículo 32, lo que se refiere a "...hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento de la

competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de empresas monopólicas”.

Adicionalmente, se comienzan a dar algunos seminarios y foros de discusión sobre el tema, promovidos por el Ministerio de Economía, por algunas universidades locales y por organismos de cooperación internacional, incluyendo la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

## **1.2. Naturaleza Jurídica:**

La competencia desleal definida como el conjunto de prácticas empleadas por un participante del mercado para aumentar sus beneficios mediante actividades consideradas fuera de los mecanismos de transacción autorizados. Así como también, la situación por la cual una empresa aprovecha cierta situación de dominio y llevan a cabo determinadas actuaciones para tomar ventaja respecto a las competidoras del sector; por lo que su contenido es propio del Derecho Mercantil y éste considerado como una rama del Derecho Privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio.

## **1.3. Elementos:**

La competencia desleal se integra con tres elementos básicos:

### **1.3.1. Un acto de concurrencia:**

Es necesario que el autor del acto ejerza una actividad que suponga clientela, y que la persona que se perjudica por la comisión del acto realice la misma actividad. Aunque tradicionalmente el competidor sólo tenía la calidad de productor, industrial o comerciante, el moderno desarrollo de la disciplina supuso incluir a toda persona que se

encuentra en relación de competencia, cualquiera fuere el sector de su actividad económica.

Es posible admitir que se pueda cometer actos de competencia desleal sin necesidad de estar en relación de competencia, esto es, incluir casos en que el autor y la víctima del acto desarrollan actividades diferentes, por ejemplo, el autor aprovecha indebidamente la reputación adquirida por la víctima en el desarrollo de una actividad diferente; pero en sentido estricto, la competencia desleal sólo puede producirse entre personas que ejercen una misma actividad o similar, destinada a satisfacer las necesidades de una misma clase de consumidores, de una misma clientela.

Es necesario que el acto de competencia pueda influir asevera Siegbert Rippe, "...sobre la clientela del competidor, captándola para sí, o simplemente desviándola; y esto se puede producir si las actividades son competitivas, si satisfacen las mismas necesidades, si atienden las necesidades de un mismo grupo de consumidores. Es una cuestión de hecho determinar si la clientela de uno, puede ser atraída o desviada en favor del competidor."<sup>7</sup>

Es necesario, asimismo, que el acto se cometa con un fin de competencia, esto es, con la pretensión o finalidad, real o potencial, de formar una clientela propia con perjuicio del competidor, o desviar la clientela ajena.

### **1.3.2. Competencia incorrecta de quien realiza el acto:**

De acuerdo a Rippe Siegber, el acto de competencia es desleal, "...no por el hecho en sí mismo de atraer o desviar la clientela ajena, sino porque se emplean medios desleales tendientes a ese fin."<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> RIPPE, Siegbert, **La competencia desleal**, <http://dpi.bioetica.org/docdpi/rippe.htm> (5 de julio de 2006).

<sup>8</sup> **Ibid.**

Hay quienes exigen dolo o culpa para calificar un acto de concurrencia, desleal; pero en general es suficiente que el acto sea contrario a lo usos honestos que deben regir las relaciones comerciales, o a la corrección profesional que debe imperar en el ejercicio de una actividad económica, o a la buena fe que debe informar el desarrollo de la competencia en una economía de mercado; conceptos mutables que se corresponden con la opinión de la conciencia pública sobre el modo de comportarse los comerciantes, productores o industriales en sus relaciones en un momento y lugar determinados, conceptos que en definitiva serán interpretados por la autoridad judicial interviniente.

### **1.3.3. Un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor:**

La noción de perjuicio referido a la concurrencia desleal es sumamente flexible, desde los que exigen un perjuicio efectivo, material o moral, pasando por los que requieren que el acto tenga la idoneidad de provocar un perjuicio, hasta los que entienden que es suficiente la sola posibilidad del perjuicio, e incluso, que el perjuicio no es necesario, entendiéndose que el acto de competencia desleal debe ser sancionado desde sus orígenes para evitar precisamente la producción de todo daño.

### **1.4. Competencia desleal y defensa de la competencia:**

En primer lugar debemos enmarcar el estudio de la materia bajo el prisma del elemento intencional de los que intervienen en el mercado, en el sentido de que se considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Este principio general tiene reflejo, entre otras previsiones legales, en la prohibición expresa de todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda

producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

En segundo lugar debemos aludir al abuso de posición dominante, figura que ofrece más dificultades en lo que se refiere a su verificación, pues se refiere a la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado, así como el abuso de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

#### **1.4.1. Bienes jurídicos protegidos:**

Dentro del ámbito de la libertad de industria, comercio y trabajo que establece la Constitución Política de la República en el Artículo 43, supone como pieza básica la libre competencia, fundamentada ésta última en el esfuerzo de los operadores económicos por conseguir una ventaja, mediante la obtención de un mejor posicionamiento que permita atraer clientela y proveedores.

Derivado que esa libertad contemplada en la Constitución Política de la República, presupone la aplicación de la autonomía de la voluntad en el ámbito del tráfico mercantil, se ha ocasionado en múltiples ocasiones, prácticas abusivas para lograr esta ventaja competitiva por parte de los operadores, las cuales les han permitido acaparar y atraerse para sí el mercado, restringiéndose la libertad de acceso a él y manipulándose las condiciones y elementos organizativos de la actividad económica.

De acuerdo a Rafael Bellido Penadés, "...la distorsión en la competencia por parte de los sujetos económicos intervinientes se ha debido básicamente a dos grandes

fenómenos: Por un lado, la autonomía de la voluntad consintió que los competidores pudieran perder agresividad que de ellos se esperaba y que establecieran acuerdos entre sí de no competir....Por otro lado, existe el fenómeno contrario al anterior, el otro aspecto problemático de la competencia: la degeneración en la lucha este caso de “pérdida” de agresividad empresarial a través del recurso a cualquier medio ilícito o desleal para atraerse a los consumidores...”<sup>9</sup>

#### **1.4.2. Actos coincidentes. Criterios de diferenciación:**

La doctrina española, ha considerado que los actos de competencia desleal caen dentro de la órbita de la defensa de la competencia cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) que el acto pueda ser calificado como de competencia desleal; b) que el acto dañe de manera sensible el normal desenvolvimiento del mercado; y c) que la alteración producida en el mercado afecte gravemente el interés público, la libre competencia y el orden público económico. Es decir, para que la conducta desleal recaiga dentro de la órbita de la defensa de la competencia, debe tener una especial gravedad como para causar una sensible y determinable perturbación en los mecanismos que regulan el mercado y afectar directamente el interés general.

Otra parte de la doctrina española<sup>10</sup> considera que lo decisivo no es que la conducta sea contraria al interés general, sino que lo importante es considerar la magnitud de la perturbación del sistema competencial que produce un acto determinado. Lo decisivo es la incidencia directa del acto en el mercado.

En relación a la jurisprudencia estadounidense, ésta analiza el acto desleal desde su vocación o tendencia hacia una conducta “*antitrust*”. La “*incipiency doctrine*” tiene un fuerte carácter preventivo y propugna anticipar el control “*antitrust*” sobre ciertos actos desleales antes de que éstos, por su propia naturaleza, reúnan los

---

<sup>9</sup> BELLIDO Penadés, Rafael, **La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil**, pág. 20

<sup>10</sup> TRONCOSO, Mauricio, **El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (reflexiones en torno al art. 7, LDC)**, página 67.

requisitos que los conviertan en actos monopolísticos o de posición dominante. El problema de esta doctrina es que no define lo que se entiende como acto tendiente hacia una conducta “*antitrust*” ni delimita su alcance.

#### **1.4.3. Modelos de intervención y formas de protección de la deslealtad:**

En algunos países, como es el caso de Venezuela, Perú y Colombia, tanto la prevención y represión contra la competencia desleal como la defensa de la competencia han sido atribuidas a órganos administrativos. En otros países se ha optado por facultar el entendimiento de los actos de competencia desleal a los tribunales ordinarios en materia comercial y preservar para la vía administrativa la defensa de la competencia.

Al estar involucrado directamente el interés público en la defensa de la competencia, es la administración del Estado la encargada de velar por la protección de sus propios intereses, y por ende de los de la sociedad en general. Debido a esta función de autotutela es que la defensa de la competencia interesa al derecho administrativo y la jurisdicción encargada es la administrativa, ya sea directamente a través de los tribunales contencioso-administrativos o, mediante un tribunal administrativo especial creado al efecto.

Por su parte, la defensa contra los actos de competencia desleal que no afectan al interés público-económico general debe confiarse, no a la administración pública, sino a los particulares para que defiendan sus propios intereses, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en lo comercial. Si los asuntos de competencia desleal se ventilasen por vía administrativa, las posibilidades de defensa del agraviado se verían injustificadamente cercenadas.

Con relación a la defensa de la competencia, existen dos vertientes de pensamiento encontradas: por un lado, se alinearon los defensores de la tesis

procesalista o monista, por la cual todos los actos de competencia desleal con incidencia en el interés público y en el funcionamiento del mercado son de exclusiva competencia del tribunal de defensa de la competencia. Según esta teoría, el órgano administrativo absorbe todos los actos desleales con estas características, no pudiéndose abrir respecto de los mismos la vía comercial ordinaria, evitándose así una posible contradicción entre las resoluciones de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción civil. Por otro lado, los defensores de la tesis sustantivista o dualista sostenían que el órgano administrativo juzga y sanciona conductas de competencia desleal, siempre y cuando haya lesión al interés general y al mercado.

### **1.5. Competencia desleal, propiedad industrial y defensa del consumidor:**

El derecho de la competencia desleal también presenta relación con el derecho de marcas, designaciones y patentes. Si bien ambas disciplinas cumplen una clara función de protección de la competencia, lo que las distingue es su objeto. Mientras que la competencia desleal establece los criterios de comportamiento dentro de los cuales se debe desenvolver la actividad competencial, el derecho de propiedad industrial protege una serie de derechos subjetivos de exclusiva que implican la creación de una situación de monopolio que, como consecuencia lógica, restringe la competencia. La restricción tiene su fundamento en permitir la diferenciación de los productos o servicios de los operadores de mercado (marcas) y en premiar y proteger la capacidad inventiva y la actividad empresarial (patentes).

La normativa de defensa del consumidor preserva el interés general del consumidor y del usuario frente a los actos abusivos de los operadores de mercado que lesionan sus derechos. La prevención y represión contra la competencia desleal pretende evitar los actos desleales de los competidores entre sí. En el primer caso la relación es vertical, mientras que en el segundo es, con matices, horizontal. Como señala el catedrático español José Massaguer<sup>11</sup>, el bien jurídico que pretende

---

<sup>11</sup> MASSAGUER, José, *Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico*, pág. 36

protegerse mediante la regulación de la competencia desleal no es el legítimo interés económico del consumidor, sino el orden concurrencial por sí mismo considerado, siendo el interés relevante de los consumidores en este ámbito el mantenimiento de una competencia libre y no falseada.



## CAPÍTULO II

### 2. Clasificación de los actos de competencia desleal

#### 2.1. Distintas clasificaciones:

##### 2.1.1. Clasificación de Hefermehl:<sup>12</sup>

Una de las clasificaciones más difundidas es la construida por Hefermehl, la cual ha sido adoptada por la mayoría de la doctrina alemana y parte de la suiza, e introducida en el derecho español por Miguel Virgos Soriano.

Hefermehl agrupa los actos de competencia desleal en cinco estamentos:

#### 1. Los actos que implican la captación desleal de la clientela (“Kundenfang”):

En este grupo se incluyen los actos de confusión de prestaciones, engaño, publicidad engañosa, publicidad molesta, la amenaza, la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación y la explotación de confianza, entre otros.

#### 2. Los actos de obstaculización desleal de los competidores (“Behinderung”):

Dentro de este grupo se incluyen la violación de secretos, los actos de denigración, los actos de discriminación, el boicot, el dumping, y la publicidad creativa.

---

<sup>12</sup>HEFFERMEHL, Wolfgang, [www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml) - 47k (9 de julio de 2006).

### **3. Los actos de explotación desleal de esfuerzos ajenos (“Ausbeutung”):**

En este apartado se encuentran los actos de imitación servil, el aprovechamiento de la reputación ajena, y la divulgación de secretos.

### **4. Los actos de obtención de una ventaja competitiva mediante la violación de normas (“Rechtbruch”):**

Se incluyen aquí la violación a precios impuestos por ley, el incumplimiento contractual, la inducción a la violación contractual y la ruptura del vínculo de distribución.

### **5. Los actos de perturbación del mercado (“Markstörung”):**

En este grupo se incluyen la entrega gratuita de productos de prensa y el abuso de la posición dominante, entre otros.

Esta clasificación ha sido criticada por Aurelio Menéndez<sup>13</sup>, quien manifiesta que la racionalidad interna de cada grupo no es unitaria, puesto que se funda más en un criterio fenomenológico que valorativo-normativo. Dentro de cada grupo se incluyen actos de muy distinta naturaleza que podrían ser enmarcados perfectamente en otros grupos o en más de un grupo.

---

<sup>13</sup> MENÉNDEZ, **Ob. Cit**; página 35.

### **2.1.2. Clasificación de Ghidini o de los perfiles funcionales de los actos concurrenciales:<sup>14</sup>**

La clasificación más extendida entre la doctrina italiana es la elaborada por Gustavo Ghidini. El autor sostiene que para clasificar los actos de competencia desleal debe ponerse el acento en los perfiles funcionales de la actividad concurrencial de la empresa y su coherencia con los intereses garantizados por la constitución económica.

Sobre la base de dicha idea, circunscribe los actos concurrencialmente desleales dentro de las siguientes funciones de la empresa:

#### **1. Función distintiva:**

Entre los actos que pueden afectar la capacidad de las empresas de diferenciarse entre sí, señala la confusión, el abuso de signos distintivos y la imitación servil.

#### **2. Función promocional:**

Dentro de los actos que pueden afectar a la función de promoción de los productos de la empresa incluye la denigración, la comparación desleal, la publicidad engañosa y la apropiación de la fama de productos o de empresas.

#### **3. Función distributiva:**

A la función de libre acceso al mercado y distribución equitativa del mismo asocia los actos de violación de derechos de exclusiva, maniobras de precios y boicot.

---

<sup>14</sup> GHIDINI, Gustavo, **La competencia desleal desde las corporaciones al corporativismo**, página 118.

#### **4. Función de política personal:**

A la que reconduce los actos de transferencia desleal de dependientes y agentes.

#### **5. Función de investigación y desarrollo:**

Dentro de la cual incluye los actos de abuso de secretos, de competencia desleal de los ex dependientes, de competencia parasitaria y de violación de normas públicas.

Esta clasificación, que pretendía corregir la falta de racionalidad interna de la construida por Hefermehl<sup>15</sup>, también ha sido criticada por Aurelio Menéndez<sup>16</sup> y por Alberto Emparanza Sobejano en el mismo sentido que la anterior. Aducen los citados autores que dicha clasificación parte de criterio puramente fenomenológico y sociológico (los diferentes perfiles funcionales de la actividad concurrencial) y no de un criterio normativo que proporcione elementos para decidir la lealtad o deslealtad de un acto, propio de la disciplina de la prevención y represión contra la competencia desleal.

##### **2.1.3. Clasificación según los intereses afectados:**

Sin duda la clasificación que más difusión ha tenido en la doctrina europea es la elaborada por Emmerich, adaptada por el profesor Menéndez<sup>17</sup> y adoptada por la mayoría de los autores españoles. Emmerich sistematiza los actos de competencia desleales en cuanto aquellos que lesionan el interés del consumidor; el interés del competidor y el interés público.

La adaptación llevada a cabo por Menéndez tiene como objetivo adecuar esta sistematización a los postulados del Estado Social de Derecho, respetando su

---

<sup>15</sup> HEFFERMEHL, Wolfgang, [www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml) - 47k (9 de julio de 2006).

<sup>16</sup> MENÉNDEZ, Ob. Cit; pág. 84.

<sup>17</sup> **Ibid**

estructura pero formulándola en términos funcionales desde la óptica de la prevención y represión contra la competencia desleal. Así, los grupos de casos pueden construirse en torno a las tres funciones que la perspectiva del modelo social atribuye a la competencia desleal. El primer grupo responde a la función de protección del empresario, que consiste en la salvaguarda de la posición adquirida en el mercado. Dentro de este grupo sitúa a: la violación de secretos, la imitación servil que no genera riesgo de confusión, la concurrencia parasitaria, la confusión, la incitación a ruptura de contratos y la apropiación ilegítima de clientela o de listas de clientela. El segundo grupo responde a la protección del consumidor, que consiste en garantizar su autonomía de decisión. En este grupo incluye a: la publicidad insincera desleal, la publicidad comparativa desleal, la explotación de los sentimientos o pasiones del consumidor y la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación. Por último, responden a la función de protección del mercado (es decir, al mantenimiento del orden competencial libre y no falseado, asegurando la “par condicio concurrentiorum”) los actos desleales de discriminación, la venta a pérdida, el abuso de la posición dominante y la obtención de ventajas mediante la violación de normas.

Esta clasificación tampoco está exenta de inconvenientes. El propio Menéndez y otros renombrados juristas españoles han señalado que un acto de competencia desleal puede caer en cualquiera de los tres grupos señalados. De hecho, no hay uniformidad entre los doctrinarios respecto de qué actos deben ser incluidos en cada uno de ellos. A modo de ejemplo, los actos de confusión lesionan los intereses de los empresarios, de los consumidores y del orden concurrencial. Algunos autores los colocan dentro de los actos que afectan a los empresarios y otros dentro de los actos que afectan al consumidor.

La solución dada por Menéndez a esta dificultad es la inclusión del acto en aquel grupo que recoja de forma más marcada la función de su deslealtad, analizándose para cada acto cuál es el interés que más se desea proteger: si el del empresario, el del consumidor o el del correcto funcionamiento de mercado. En caso de que un acto sea

desleal, conforme a los intereses de un sector, y leal, conforme a los intereses de otro, primará siempre la protección del correcto funcionamiento del mercado; por lo que si un acto es contrario a los intereses de los competidores o de los consumidores, pero respeta las reglas del mercado, no se reputará desleal.

A nuestro juicio, si bien esta clasificación constituye el mayor esfuerzo realizado hasta el momento para recopilar los actos desleales desde una perspectiva de la competencia desleal, la gran amplitud de criterio que supone indagar sobre la función de la deslealtad hace que los supuestos puedan ser trasladados libremente de un grupo a otro y que la sistematización pierda su requisito propio de estabilidad. Asimismo, resulta arriesgado afirmar a priori que un acto no debe ser reprimido por el mero hecho de que se repute leal desde el punto de vista de los intereses del mercado. Habrá que analizar las características concretas de cada acto y reprimir, en su caso, las conductas reprochables contra el empresario para no dejarlas impunes, pese a que no afecten al mercado.

Por otro lado, teniendo en cuenta nuestra visión más corporativista de la materia, la referencia al consumidor y a la afectación del funcionamiento del mercado desvían la atención sobre los actos que afectan al competidor, originario y principal sujeto de protección de la disciplina.

#### **2.1.4. Clasificación de Roubier – Ascarelli:<sup>18</sup>**

Otra clasificación mucho más fenomenológica pero más estable es la diseñada por Roubier, quien divide los actos de competencia desleal en cuatro grupos:

##### **1. Los actos de confusión:**

Por los cuales los competidores buscan confundir a los consumidores sobre los productos, servicios o el establecimiento de otro competidor mediante la confusión, el engaño y la imitación desleal de las prestaciones.

##### **2. Los actos de denigración:**

Por los cuales se busca desprestigiar los productos, servicios o el establecimiento de un competidor mediante la denigración y la publicidad comparativa.

##### **3. Los actos de desorganización interna del competidor:**

Por los cuales se pretende la desarticulación de la empresa del competidor y su eliminación del mercado mediante la violación de secretos, la supresión de signos distintivos, la supresión de la publicidad y la inducción a la violación contractual.

##### **4. Los actos de desorganización general del mercado:**

Por los cuales se pretende la obtención de provechos desleales fruto del desorden al que se condena al mercado, mediante la venta a pérdida y la violación de normas.

---

<sup>18</sup> ROUBIER, Paul, <http://www.monografias.com/Derecho/more21.shtml> (14 de julio de 2006).

Ascarelli ha modificado dicha clasificación, sugiriendo tres categorías:

La primera integrada por los actos de confusión; la segunda conformada por actos de denigración o de apropiación de méritos no verdaderos; y la última por los actos de sustracción, que puedan impedir la afluencia de clientes a otro empresario o perjudicar la eficiencia de la organización ajena.

La clasificación de Roubier no está elaborada desde el punto de vista de los fines o las funciones perseguidas por la prevención y represión de la competencia desleal. Se atiene a criterios puramente fenomenológicos y no es plenamente abarcadora de todos los actos desleales. No obstante, la misma se presenta como una sistematización dotada de estabilidad, en la cual los actos incluidos, están definidos dentro de una categoría determinada.

#### **2.1.5. Clasificación según los supuestos concretos de comportamientos prohibidos:**

##### **1. Aprovechamiento del esfuerzo de otros participantes en el mercado:**

Un primer grupo de supuestos concretos de competencia desleal es el que caracteriza a esos supuestos porque todos ellos persiguen aprovecharse del esfuerzo de otros participantes en el mercado.

##### **A. Actos de Confusión:**

Los actos de confusión son los más antiguos y más frecuentes. El Artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París ya lo consideraba desleal.

La modalidad más evidente de actos que persiguen aprovecharse del esfuerzo de un competidor es aquella actuación que persigue inducir a confusión a los clientes

potenciales sobre las prestaciones que se ofrecen o las propias empresas que compiten en el mercado. Obsérvese que al hacer referencia a la confusión se trata no de un engaño sobre las características de la prestación que se ofrece, sino que se trata de crear una situación en la que el cliente potencial no está en condiciones de distinguir las prestaciones que le ofrecen las distintas empresas o no está en condiciones de distinguir a estas mismas empresas que actúan en el mercado.

Esto es, que al cliente potencial se le induce a adquirir las prestaciones de una empresa creyendo que son de otra o se le induce a creer que dos empresas distintas son la misma.

Ante la ambigüedad del término confundibilidad o idoneidad para crear confusión, en el caso de la jurisprudencia española se han establecido reglas para que los tribunales sean capaces de apreciar dicho rasgo.

La primera de éstas es la denominada, regla del conjunto de la memoria, en virtud de la cual se establece que la competencia debe establecerse en su conjunto y no elemento por elemento. Los destinatarios no pueden comparar simultáneamente los productos o servicios, sino que la competencia se debe de hacer conforme a la memoria del producto junto con el que se tiene delante (por ejemplo, la comparación entre la caja del detergente que un consumidor puede mantener en sus manos junto la caja del detergente que recuerda según su memoria.

La segunda regla, se refiere al estado de todas las circunstancias, y establece que en materia de signos no se debe analizar tanto la confundibilidad fonética con la confundibilidad gráfica (por ejemplo, "S" con "ESE", se puede apreciar una confundibilidad fonética pero no gráfica).

La siguiente regla se enfoca en el destinatario, por lo que resulta preciso atender al punto de vista del destinatario del acto o prestación, ya que no se puede tratar por

igual, productos que se venden al público en general que al público especializado. Se toma como parámetro el consumidor medio para saber si un acto o prestación determinada es idónea para generar confundibilidad.

La confundibilidad es una cuestión de hecho y no tanto de Derecho y por lo tanto son en los juicios donde se determina si un acto merece el calificativo de idóneo de generar confusión.

Por último, hay que distinguir entre confusión directa e indirecta (por asociación). La directa supone la aptitud de los actos o establecimientos para ser confundibles por si mismos, mientras que la confusión indirecta presupone la no existencia de confundibilidad material, pero si una asociación entre un producto y otro, o un servicio y otro de tal manera que ambos productos o servicios proceden de la misma fuente. Un ejemplo curioso fue el que se dio en los tribunales franceses cuando el titular de la conocida marca de quesos "La vaca que ríe" acusó a un competidor de deslealtad por comercializar éste en el mercado quesos cremosos bajo la marca "La vaca que llora".

Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

## **B. Explotación de la Reputación Ajena:**

Se considera desleal todo el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

## **C. Actos de Imitación:**

Este tipo de actos constituye competencia desleal cuando se hace de tal manera que resulta idónea para crear confusión entre la clientela sobre la procedencia

empresarial de los productos o servicios o para crear riesgo de asociación o dar lugar a la explotación de la reputación ajena.

Cuando la imitación de las prestaciones o productos de un competidor es sistemática, puede considerarse desleal en la medida en que impide que el competidor imitado pueda adquirir una posición diferenciada en el mercado de la que ocupa el imitador.

En especial cabe considerar que cuando la imitación se realiza mediante meras reproducciones de los productos imitados, obtenidas por medios técnicos de reproducción, esa imitación es un acto de competencia desleal, no solo por constituir un acto de imitación o copia en particular, sino por atentar contra la buena fe objetiva que se exige a todos los participantes en el mercado.

#### **D. Violación de secretos:**

Evidentemente, una modalidad clásica de competencia desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno es la sustracción o explotación de secretos empresariales.

Para que exista un acto de competencia desleal es preciso que concurren dos requisitos: a) Existencia de un secreto empresarial digno de protección, y b) Divulgación del mismo que constituyan o sean consecuencia de una actuación incorrecta.

### **2. Ataques directos a otras empresas participantes en el mercado:**

#### **A. Actos de denigración:**

Una manera tradicional de competir deslealmente consiste en tratar de perjudicar al competidor desacreditándole, bien a él, bien a sus productos o prestaciones,

mediante manifestaciones que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que se trate de manifestaciones exactas, verdaderas y pertinentes.

Especial importancia tiene que se trate de manifestaciones pertinentes, esto es, manifestaciones que se refieran a los productos o empresas mismos y su actuación en el mercado, considerados de manera objetiva.

Por ello no son pertinentes en ningún caso las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado. Además, el carácter exacto y verdadero de las manifestaciones que se, realicen sobre un competidor debe ser probado, llegado el caso, por quien hizo tales manifestaciones.

## **B. Inducción a la Ruptura Contractual:**

Otra forma típica de perjudicar deslealmente a un competidor consiste en inducir a sus trabajadores, proveedores, clientes y otras personas vinculadas con él a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con ese competidor.

Evidentemente la resolución del contrato anticipada y sin justa causa, cuando se trate de un contrato por tiempo determinado, constituye una modalidad indudable de infracción de obligaciones contractuales básicas.

La inducción a una terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual por quien nada ha tenido que ver previamente con esa infracción contractual, no es por si mismo un acto de competencia desleal, a no ser que vaya acompañada de otras actuaciones contrarias a la buena fe objetiva.

### **C. Ventas a pérdida:**

Por supuesto, dentro de un sistema competitivo cada participante en el mercado puede fijar libremente los precios de sus productos o prestaciones. Este es el principio general. Sin embargo, puede haber determinados casos en que se venda con pérdida, lo cual no es normal en una actuación competitiva. Aun así, la venta a pérdida, por sí sola, no puede calificarse como actuación desleal. Puede haber razones objetivas que la justifiquen. Piénsese en el supuesto en que es necesario obtener ingresos con urgencia o en el caso de que exista un exceso de mercadería que pone en peligro la viabilidad de la empresa.

Pero hay supuestos en los que la venta a pérdida va claramente dirigida a perjudicar a un participante en el mercado, con el fin de desacreditar la imagen de sus productos o servicios (piénsese en la venta a pérdida de productos de clientela selecta) o pura y simplemente a excluir al competidor del mercado. Es el supuesto que se produce cuando el competidor no puede seguir la guerra de precios con venta a pérdida y se ve forzado a abandonar el mercado.

### **3. Actos que inciden en general en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado, impidiendo un funcionamiento correcto del mismo:**

#### **A. Actos de Engaño:**

El Convenio de París (Artículo 10bis.3) obliga a los Estados miembros a prohibir 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”. El alcance de este Artículo es muy amplio, ya que abarca cualquier acto en el ejercicio del comercio que implique una marca, signo, etiqueta, lema, forma o color de los productos, o cualquier otra indicación distintiva utilizada por un empresario. Así pues, se

consideran pertinentes a la prohibición de la confusión no solo las indicaciones utilizadas para diferenciar a los productos, servicios o negocios, sino también la apariencia de los productos y la presentación de los servicios.

Los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce a error.

Por ello la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas, sobre las características de todo tipo de las prestaciones que se ofrecen, constituye un acto de competencia desleal. Para juzgar si el engaño existe hay que considerar en su conjunto el mensaje que se transmite a la clientela potencial, las circunstancias en que ese mensaje se hace llegar a esa clientela y las propias características de la clientela.

Se trata de las indicaciones de origen comercial, por una parte, y de la apariencia de los productos, por otra. No obstante, esto no excluye ni limita la protección de otros atributos o logros contra la confusión.

Toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, ubicación, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, a demás de la omisión de las verdaderas indicaciones.

## **B. Ofrecimiento de Primas:**

También desorganiza el mercado el ofrecimiento de primas (regalos o ventajas) a quien realice alguna adquisición, cuando la ventaja en que consiste la prima y la forma en que se ofrece hace pasar a segundo término el precio y las características del producto o servicio que hay que adquirir para obtener la prima.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando la prima consiste en la participación en sorteos con premios espectaculares, de tal forma que la adquisición del producto al que la prima se vincula pasa a segundo término en la decisión de muchos consumidores.

#### **4. Publicidad:**

Muchos de los actos de competencia desleal se instrumentan a través de la publicidad. Esto es especialmente cierto en relación con los actos de confusión, de engaño o de denigración.

Hay un supuesto, sin embargo, al que importa hacer una referencia especial por sus importantes peculiaridades. Se trata del supuesto de la denominada publicidad comparativa. Existe publicidad comparativa siempre que en una actividad publicitaria se comparen o se confronten los productos, servicios o una empresa determinada con los productos o servicios de una empresa competidora o con la propia empresa competidora en sí misma considerada. La comparación tendrá lugar normalmente porque se indican diferencias o coincidencias entre los productos, servicios o empresas objeto de la comparación.

Evidentemente, lo importante es que se transmita al público o a los destinatarios de la publicidad la comparación, cualquiera que sea la forma concreta en que ésta se plantee. Puede ser mediante un mensaje publicitario estricto, esto es, sin intervención de personas de ninguna clase, o puede ser en forma de manifestaciones personales de actores o personas contratadas para la realización del anuncio. No hay diferencia alguna entre el hecho de que el mensaje se transmita como un mensaje objetivo o que ese mensaje se ponga en boca de personas contratadas al efecto.

La publicidad comparativa es potencialmente peligrosa como instrumento competitivo, porque a través de ella es fácil desacreditar a los competidores o a sus

productos, o aprovecharse de la reputación adquirida por éstos. Pero, desde otra perspectiva, esa publicidad comparativa, si está correctamente realizada, tiene la ventaja de transmitir a los consumidores las diferencias o coincidencias entre los productos que compiten en el mercado, proporcionando así una información que de otra manera no sería tan fácilmente accesible.

Por ello, se admite en general la publicidad comparativa, pero se imponen exigencias especiales para considerarla lícita. No sólo se exige, con carácter general, que no sea engañosa, que no dé lugar a confusión, ni desacredite, ni denigre, sino que además, se exige con carácter específico que los bienes o servicios que se comparen satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad y que la comparación se refiera a características esenciales y pertinentes de los productos y que esas características que se invocan en la comparación sean objetivamente verificables y representativas de los bienes o servicios comparados.

Si no se cumplen esos requisitos, la publicidad comparativa sería desleal, porque entonces sería engañosa o denigratoria.

## CAPÍTULO III

### 3. Los actos de desorganización del competidor

#### 3.1. Definición:

Son aquellos que persiguen la desestabilización de la organización de los factores productivos y de la estructura logística del competidor, quien precisa que los mecanismos previos a la introducción e identificación del producto o servicio en el mercado (para el inicio de la competencia por la clientela) no sean alterados por conductas desleales. Dentro de este grupo encontrarán cabida: la violación de secretos, los actos de inducción a la violación contractual, la violación de la no-competencia, la discriminación y el boicot empresarial, la negativa injustificada a entablar relaciones comerciales, los actos de obstaculización, los actos de agresión, los actos de imitación que no generen confusión, la competencia parasitaria y los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, entre otros.

#### 3.2. Características:

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

- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos

### **3.3. Otros actos de desorganización del competidor:**

#### **3.3.1. Boicot:**

Uno de los actos más usuales de discriminación empresarial no dirigida hacia el consumidor, es el boicot. La palabra boicot<sup>19</sup> debe su origen al capitán irlandés Sir Charles Cunningham Boycott, propietario de tierras en Lough Mask y mandatario de otro terrateniente de la zona. Su principal actividad era la administración de los arrendamientos de esas tierras. El Capitán Boycott trataba brutal y despóticamente a los arrendatarios, lo cual generó el odio de ellos. Así, en 1879, la liga de campesinos hizo un llamamiento generalizado a sus miembros para que rompieran relaciones comerciales con Boycott. Fue tal situación de aislamiento que el mismo gobierno acudió en su ayuda trayendo trabajadores del Ulster. Pese a esta ayuda, los problemas del capitán irlandés no se solucionaron, llevándolo esta situación a la ruina.

Este acto supone una medida de fuerza de larga data y gran raigambre, la cual, en los casos en que carezca de justificación y esté dirigida hacia un operador de mercado, constituirá un acto de competencia desleal.

---

<sup>19</sup> DAVITT, Michael, **The Fall of Feudalism in Ireland**, <http://es.wikipedia.org/wiki/Boicot> (26 de septiembre de 2007).

No es pacífica la definición de boicot. En primer lugar, no existe consenso respecto de la necesidad o no del elemento organizativo de este acto. Una parte de la doctrina considera indispensable la concertación entre una pluralidad de sujetos contra el boicoteado; mientras que otra parte, hoy día minoritaria, considera también boicot a la acción directa entre boicoteador y boicoteado, por lo que la negativa directa de un solo sujeto a entablar relaciones comerciales con otro encuadraría dentro de la definición de boicot. A nuestro criterio, la concepción social y económica generalizada de este acto remite a la existencia de una conducta llevada a cabo por una pluralidad de sujetos de manera coordinada o concertada, siendo esta coordinación o concertación de un conjunto significativo de actores lo característico del acto.

Otro elemento discutido es la necesidad de instigación por parte del boicoteador. Para los autores que señalan la necesidad de la instigación, los sujetos intervinientes son como mínimo tres: el boicoteador o instigador, el receptor de la instigación que hace efectiva la actuación obstruccionista y el boicoteado o perjudicado por la práctica desleal. También a nuestro juicio, la instigación no es un requisito indispensable, dado que no siempre será posible determinar cuál de los que realizan la obstrucción es el instigador y que, en un gran número de casos, los que llevan adelante el boicot deciden esa conducta de común acuerdo y de manera coordinada, sin que se destaque la presión o la persuasión de uno de los boicoteadores sobre los demás.

Asimismo, el boicot no necesariamente supone la negativa a entablar relaciones comerciales o la rescisión de aquellas existentes por parte de los boicoteadores coordinados o concertados, sino que cualquier otro tipo de perjuicio económico relevante de carácter discriminatorio llevado a cabo de forma coordinada o concertada configura el ilícito (por ejemplo, en la acción coordinada de vender suministros a un determinado operador de mercado a precios o en condiciones inaccesibles, fuera de parámetros de mercado e injustificadamente distintos a los que se vende al resto de los operadores).

Otro punto de conflicto es la necesidad o no de que el boicoteado se encuentre en situación de dependencia económica absoluta respecto de los boicoteadores debido a la posición de dominio de éstos en el mercado. Si bien este elemento suele darse en la mayoría de los supuestos, tampoco es excluyente para la consideración del ilícito. No obstante, para que exista boicot, siempre deberá darse una dependencia al menos relativa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esto es lo que se ha dado en llamar poder de mercado puntual respecto de un producto o servicio o en relación al prestigio del producto en cuestión en una determinada circunstancia. Entonces, lo necesario para su configuración es que la acción conjunta de los boicoteadores, por las características de su relación con el boicoteado, pueda generar en el caso concreto, por la falta de alternativas suficientes y viables, un perjuicio al boicoteado, al provocar en su actividad o en el negocio concreto un obstáculo, sea éste salvable o insalvable (por ejemplo, en el caso que el boicoteado se haya comprometido a entregar a un cliente un producto y los boicoteadores se nieguen a suministrarle de materia prima específica para la entrega. El boicoteado podría obtener dicha materia prima de otros proveedores pero con una diferente calidad, o tendría que recurrir a su compra en otro mercado geográfico distinto del suyo, con los consiguientes mayores costos que ello implicaría).

Como consecuencia de lo expuesto, el boicot podría ser definido como aquel acto de competencia desleal por el cual dos o más operadores de mercado coordinan o conciertan voluntariamente su relación comercial con un operador de mercado en competencia horizontal o vertical con aquéllos, de tal manera que de dicha coordinación pueda resultar un perjuicio injustificado, ya sea directo o indirecto, sobre el sujeto agredido.

Ahora bien, en el análisis del concepto se han podido perfilar algunas características del acto, como son la organización, la amplitud del tipo de conductas alcanzadas y las características de la relación entre boicoteadores y boicoteado.

Otra de las cuestiones a analizar es la voluntariedad en la actuación de los boicoteadores. Habrá que determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el boicoteador actuó con la suficiente independencia respecto del resto de sus coautores como para tomar libremente la decisión comercial adoptada. Por lo tanto, no será responsable por daños y perjuicios aquel operador que no haya tenido otra opción que adherirse al boicot. La imposibilidad de optar por otro camino no debe ser considerada de forma absoluta, sino que, atendiendo al caso concreto, deberá ponderarse la intensidad del reproche o la sanción contra el receptor de la instigación que hace efectiva la actuación obstruccionista en caso de que éste incumpla la directiva recibida por el resto de los boicoteadores (o el boicoteador, en su caso). Si el reproche o las consecuencias de no llevar a cabo el boicot fueran tan gravosas como para no dar opción al boicoteador a no sumarse al boicot, aquél no podrá ser objeto de la sanción de resarcimiento de daños y perjuicios.

El boicot se considera desleal cuando su objetivo, revelado por las circunstancias objetivas del caso, no sea otro que eliminar al competidor o generarle un obstáculo relevante en su actividad. Es decir, de acuerdo con el principio de competencia eficiente, el progreso de las propias prestaciones en el mercado no puede constituirse mediante la obstaculización de la capacidad de competir de los competidores por medio de acuerdos pactados con otros operadores de mercado.

En consecuencia, el boicot en principio es inadmisibles, salvo que exista una razón especial que lo justifique y que pueda ser fehacientemente probada. Debe existir un motivo apreciable que haga pesar más los intereses de los autores del acto que el interés de la víctima en que su competencia no se vea obstaculizada.

No obstante, la voluntariedad no es un elemento esencial del boicot como acto de competencia desleal, dado que sí cabrá aplicar sobre el boicoteador presionado el resto de las medidas preventivas de la disciplina (como las derivadas de las acciones de prohibición o de cesación de la conducta). Ello por cuanto el boicot, como acto de

competencia desleal, es un acto objetivo y de peligro. Salvo para la determinación de daños y perjuicios, lo relevante será examinar si las circunstancias objetivas del caso revelan el cumplimiento de los requisitos necesarios para considerar el acto como boicot, no siendo necesario que el resultado del boicot se haya producido para que el acto pueda ser reprimido.

### **3.3.2. Negativa a entablar relaciones comerciales:**

La negativa a entablar relaciones comerciales, comúnmente conocida como negativa de venta<sup>20</sup>, es el acto de competencia desleal de carácter discriminatorio mediante el cual un operador de mercado rechaza contratar con otro operador en competencia directa o indirecta con aquél, o finaliza una relación comercial en vigencia, sin que dicha ruptura implique una violación contractual.

Asimismo, la ruptura o la negativa a contratar puede manifestarse indirectamente en aquellos casos en los que, a pesar de no existir una negativa expresa, las condiciones impuestas por el actor imposibiliten o tornen antieconómica en la práctica la aceptación de éstas por la contraparte.

A diferencia del boicot, en la negativa a entablar relaciones comerciales el elemento organizativo no es un requisito típico del acto, dado que la conducta es llevada a cabo por un operador de mercado con otro.

Entre los tipos de conductas, podemos destacar la negativa: de venta de un servicio, productos o suministros, de distribución, agencia y otras relaciones comerciales afines, a otorgar licencias correspondientes a derechos de exclusiva, a entablar relaciones asociativas o corporativas y de compra o adquisición de productos, servicios o suministros.

---

<sup>20</sup> KAPLAN, Ernest George, **Franquicia y libre competencia**, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf> (12 de octubre de 2007).

En cuanto a las clases, las negativas pueden ser horizontales o verticales, y pueden ser de agresión, cuando lo que se persigue es la eliminación del competidor del mercado, de perturbación, o de extorsión, cuando la negativa persigue la realización por parte del sujeto pasivo de actos no solicitados por éste, como son los casos de ventas o compras atadas, en donde se amenaza al proveedor o cliente con la negativa a vender o comprar en caso de que no se adquieran otros bienes no deseados por el comprador, o en el caso de que no se realicen o se abstengan de realizar determinados actos.

Respecto a las características, la figura de la negativa a entablar relaciones contractuales tendrá sentido en la medida en que la conducta no implique la violación contractual por parte del actor. En los casos de violación contractual, el sujeto pasivo dispondrá de las acciones contractuales correspondientes. Los supuestos típicos de interrupción de relaciones se configuran en relaciones en donde el que se niega a seguir contratando está legitimado comercialmente para ello.

Por otro lado, entendemos que, al igual que en el caso del boicot, no es necesario que el sujeto pasivo se encuentre en una situación de dependencia económica absoluta respecto del sujeto activo. Si bien este elemento suele ser una constante en este tipo de actos, no es excluyente. Pensamos que basta con que se dé una situación de dependencia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso. Lo necesario para la determinación del ilícito es que la conducta potencialmente pueda causar un perjuicio injustificado al sujeto pasivo.

Por último, la negativa a entablar relaciones comerciales constituye un acto objetivo y de peligro, y cumple también una importante función instrumental respecto de la defensa de la competencia.

### **3.3.3. Competencia parasitaria: Aprovechamiento del esfuerzo ajeno:**

La competencia parasitaria implica el aprovechamiento del esfuerzo ajeno no justificado por los usos y costumbres mercantiles, recibiendo el aprovechador una ventaja no obtenida como consecuencia del desarrollo de su propia iniciativa.

No son actos de desorganización del competidor los supuestos de aprovechamiento o explotación de la reputación ajena, los cuales constituyen una especie de la competencia parasitaria por los que se asocia una prestación propia con la de un tercero en el proceso de mercadeo hacia el consumidor, o se imitan o reproducen deslealmente las prestaciones ajenas, identificándose el producto propio con la reputación del competidor. Al ser el consumidor el destinatario del aprovechamiento de la reputación, estos actos de aprovechamiento o explotación de la reputación ajena constituyen actos contra la competencia en el mercado.

En principio, con motivo de la imitación, el aprovechar el esfuerzo de un competidor, salvo que esté protegido por un derecho de exclusiva, no es una práctica ilícita. El obtener procedimientos mediante la ingeniería inversa (que suele ser empleada por empresas, para analizar si el producto de su competencia infringe patentes de sus propios productos), el imitar prestaciones sin riesgo de confusión, el mejorar los canales de distribución o las comunicaciones gracias a las obras de infraestructura desarrolladas por un tercero no son conductas que puedan ser reputadas como desleales. La deslealtad vendrá determinada por la contrariedad de las conductas a los usos y costumbres mercantiles, o por la finalidad de desarticulación de los esfuerzos llevados a cabo por el competidor para implementar su organización o mejorar el valor agregado de sus bienes o servicios. Cuando el aprovechamiento del esfuerzo esté casi exclusivamente encaminado a, y sea apto para, obstaculizar al competidor mediante la destrucción de su posición ganada en el mercado, sin que ello responda en lo más mínimo a la eficiencia de la propia actuación, cuando la finalidad pueda ser la creación de una desventaja comercial por la imposibilidad de amortizar los

costos de creación por parte del imitado, o cuando en el aprovechamiento se manifiesta la mala fe concurrencial, allí podrá considerarse la conducta como desleal.

Cabe señalar que estos actos se distinguen del aprovechamiento de infracciones contractuales en que, en estos últimos, el aprovechamiento deriva de una infracción contractual concomitante o previa. Los actos de aprovechamiento del esfuerzo no dependen de un acto ilícito previo o concomitante, sino que la deslealtad se revela en el propio acto autónomo de aprovechar ilícitamente el esfuerzo.

#### **3.3.4. Actos de obstaculización y agresión:**

Los actos de obstaculización son todos aquellos actos desleales aptos para impedir injustificadamente el normal desenvolvimiento de las actividades de un competidor o para desestabilizar la organización de los factores productivos y la estructura logística en un momento previo a la introducción del producto o servicio en el mercado, en el sentido de que no afectan la competencia de los productos una vez introducidos e identificados en el mercado, sino que afectan la estructura organizativa del competidor y la propia introducción e identificación de los productos.

Por su parte, los actos de agresión, si bien no difieren demasiado de los actos de obstaculización y la línea de división entre ambos es muchas veces confusa, tienen un componente adicional de acción directa contra el competidor ofendido. Más que obstaculizar la actividad, los actos de agresión persiguen hostigar y causar un daño injustificado en el competidor, con el propósito, objetivamente considerado, de desarticularlo y eliminarlo del mercado.

Como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, la mayoría de los actos de desorganización del competidor responden a las características de la obstaculización o de la agresión.

Entre los supuestos de obstaculización y agresión más frecuentes, encontramos la supresión, ocultación, alteración o modificación de medios o signos distintivos. Estos actos tendientes a desorganizar al competidor pueden estar dirigidos tanto a la propia organización interna de aquél (cuando lo que se altera o suprime son los códigos de barra, números de serie y otras indicaciones que impiden al productor identificar el tipo de producto, su destino, el tipo de fabricación o las condiciones particulares de venta<sup>21</sup>), como a la organización dirigida a que el consumidor identifique el producto (siendo lo suprimido en este caso el signo distintivo que permite identificar el origen, la calidad, el precio, la composición o las medidas del producto. La sustitución o modificación puede ser total o parcial, o puede suponer la sustitución en el producto de la marca del agredido por la del agresor.

Otro supuesto extendido de obstaculización es el ofrecimiento de condiciones comerciales significativamente ventajosas (descuentos, garantías, etcétera) a cambio de que se adquiera exclusivamente el producto a quien ofrece la ventaja. En este caso no hay negativa a entablar relaciones comerciales, sino que la ilicitud deriva del propio ofrecimiento positivo. La deslealtad se manifiesta en aquellos casos en los que no existe razón alguna de eficiencia que justifique la solicitud de exclusividad, advirtiéndose el objetivo del oferente, generalmente un competidor dominante o empresa fuerte, de restringir la competencia mediante la obstaculización de la permanencia o el acceso al mercado de competidores o potenciales competidores.<sup>22</sup>

También pueden constituir actos de obstaculización o agresión, entre otros, la inducción a la ruptura de las negociaciones previas a la celebración de un contrato (acto que no puede considerarse como inducción a la violación contractual o a la terminación regular de un contrato, dado que en la etapa de negociación no existe una relación contractual en vigencia) o la interferencia de la concreción del mismo, la sustitución de los productos del competidor por los propios, la inserción de datos falsos del competidor en archivos, la interceptación y violación de correspondencia o su publicación, la

---

<sup>21</sup> OTAMENDI, Jorge, **La competencia desleal**. Pág. 69.

<sup>22</sup> **Ibid**

divulgación de informaciones falsas sobre las finanzas o el estado de los negocios del competidor, el bloqueo de las comunicaciones, la destrucción de los servicios llevados a cabo por el competidor, la derivación de las comunicaciones del competidor hacia la organización propia para captar clientes, la venta de repuestos en mal estado para que el producto del competidor no funcione, la iniciación de mala fe de múltiples demandas infundadas a los efectos de desprestigiar al competidor, la persecución y amenaza a los vendedores del competidor para interrumpir las ventas, la compra de un local donde el competidor es inquilino a los efectos de no renovar el contrato o desalojarlo, la amenaza de revelar una información real o desproporcionada a cambio de la obtención de una contratación o de ciertas ventajas comerciales.



## CAPÍTULO IV

### 4. La violación de secretos económicos

#### 4.1. Concepto de secreto económico:

Es necesario empezar por definir y delimitar el objeto de protección de este supuesto de competencia desleal. La seguridad jurídica del tráfico requiere que se proporcionen pautas claras de cuándo nos encontramos y, más aún, de cuándo no nos encontramos ante un secreto económico, a los efectos de dejar fuera del ilícito competencial toda información que no revista el carácter de secreta y que puede ser utilizada e intercambiada libremente para el fomento del desarrollo comercial.

La definición que sienta las bases de los aspectos fundamentales del secreto es la proporcionada en los incisos a), b) y c) del Artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPs), los cuales han sido transcritos en el Artículo 174 del Decreto del Congreso de la República 57-2000 Ley de Propiedad Industrial, en el que se dispone que, para que una información ostente la calidad de secreto empresarial la información que tenga un valor comercial por el hecho de que su propietario la mantiene reservada y que: a) no debe ser, como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) debe ser objeto de medidas razonables, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Tomando en cuenta la definición anterior, otras conceptualizaciones matizan determinados aspectos del secreto. Así, el Artículo 162 del Código Penal Suizo<sup>23</sup> lo entiende como una “información no conocida públicamente y no accesible, que afecte a

---

<sup>23</sup> CORREA, Carlos, **Protección de la información confidencial y competencia desleal**, pág. 112.

un proceso de fabricación, cuyo secreto en lo que se refiere al procedimiento goce de un justificado interés, y que de hecho quiera mantenerse en secreto”. Esta definición limita el secreto al proceso de fabricación, y, en vez de hablar de valor económico, hace referencia al goce de un justificado interés, y que de hecho quiera mantenerse en secreto. Asimismo, al ser un precepto penal, se resalta la intención de mantener el secreto, frente a la objetivización de las medidas de seguridad a las que se hace referencia en el inciso c) del Artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

La doctrina española ha ensayado definiciones para focalizar con más detalle las características del secreto. María Luisa Llobregat Hurtado<sup>24</sup> define al secreto, como todo conocimiento reservado sobre idea, productos o procedimientos, concretados objetivamente, aplicables a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, que por estar dotado de un valor económico actual o potencial, su titular desea mantener oculto, para lo cual adopta los medios adecuados según la naturaleza de la información. En esta definición, se hace referencia al valor económico actual o potencial y se invita a analizar los medios de protección dependiendo de la naturaleza de la información. Asimismo, extiende el secreto a otras personas que no tienen el carácter de empresarios, pero que participan en el mercado.

Massaguer<sup>25</sup>, por su parte, entiende al secreto económico como el “conjunto de informaciones o conocimientos que no son de dominio público, que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o bien para la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que, por ello, procuran a quien dispone de ellos una ventaja competitiva en el mercado, que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”. Se destaca en esta idea la referencia a ventaja competitiva en lugar de valor económico.

---

<sup>24</sup> LLOBREGAT Hurtado, María Luisa, **Aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho español y derecho norteamericano**, pág. 88.

<sup>25</sup> MASSAGUER, José, **Ob. Cit.**, pág. 114.

## **4.2. Requisitos del secreto económico:**

Tomando como sustento que el objeto del secreto es un conocimiento información, es decir, un conjunto de datos con coherencia significativa, se puede entender de las conceptualizaciones señaladas anteriormente que el secreto económico requiere tres presupuestos básicos: a) que el conocimiento o la información no sean generalmente conocidos ni fácilmente accesibles, b) que éstos tengan un valor determinado o determinable y c) que quien disponga de ellos arbitre los medios razonables para protegerlos y evitar su divulgación.

### **Notoriedad y novedad:**

El primero de los presupuestos engloba, dos características: por un lado, la falta de notoriedad, que implica que la información no aparezca libremente disponible o no esté en conocimiento de terceros; y, por otro, la novedad, que se refiere a que la información no sea fácilmente accesible para el estado de la técnica en el sector donde el secreto es aplicable.

La información no es notoria cuando es desconocida para terceros o no es de público dominio, circunstancia que debe desenvolverse en el mercado donde se utiliza, pues no se puede alegar secreto si una fórmula o técnica es desconocida para el común denominador de la gente, cuando la misma está difundida en la plaza específica de mercado.

Este desconocimiento no está ligado a la dificultad o complejidad de la información. En la sentencia estadounidense “Abbott Laboratorios v. Norse Chemical Corporation<sup>26</sup>” en la cual Abbott demandó a un ex científico-empleado y a un ex director comercial, que crearon la compañía Norse Chemical Corporation, donde se comenzó a elaborar un producto químico y se utilizaron las técnicas de marketing y las listas de

---

<sup>26</sup> **Ibid**, pág. 127.

clientes de Abbott, consideradas por éste como secreto empresarial; el tribunal de apelación del Estado de Wisconsin manifestó que un proceso puede ser sencillo y que su sencillez no es lo decisivo. Un secreto empresarial debe tratarse de una información que no es obvia o conocida por muchos en el sector.

Tampoco la falta de notoriedad debe estar relacionada con la totalidad del proceso o técnica objeto del conocimiento. Bien dispone el inciso a) del Artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPs), que la información no debe ser conocida "...como cuerpo o en la configuración precisa de sus componentes..." El secreto puede consistir en una combinación de características y componentes, aunque cada uno de ellos, individualmente considerado, sea de dominio público, si es que en la unificación y estructuración de los mismos, se obtiene un resultado desconocido.

También, Masaguer<sup>27</sup> señala el hecho de que una pluralidad de personas disponga de la información no implica que la misma deje de ser secreta, en el caso de empleados de una organización a los que se impone un deber general de confidencialidad, cuando se trate de personas que la poseen en forma compulsiva y que están vinculadas a un deber legal de confidencialidad (como pueden ser autoridades públicas a las que haya de revelar la información), en el caso de disposición del secreto sujeto a una obligación convencional, o en el supuesto de que dicha obligación se encuentre implícita en la relación mercantil (consultores, asesores, agentes, etc.) La Corte Suprema de Massachusetts, en el caso "Peabody v Norfolk", señala que una información no pierde su carácter de secreto por el hecho de ser revelada en confianza a agentes o empleados, ya que, sin la colaboración o ayuda de éstos, el empresario no podría aplicar sus conocimientos secretos.

Asimismo, la información, además de ser confidencial, debe estar dotada de un mínimo grado de novedad; es decir, no debe ser fácilmente accesible y, como señala

---

<sup>27</sup> **Ibid**, pág. 133.

Carlos Correa, en referencia al estado de la técnica, debe agregar algún elemento no trivial respecto de aquellos que son de conocimiento general en el sector de que se trate, por lo que debe contener una mínima dosis de creatividad.

Por lo tanto, la novedad debe ser relativa, siempre y cuando suponga un avance en el sector donde se utiliza. Esta relatividad puede referirse a un espacio geográfico determinado; pues si se demuestra claramente que dicho conocimiento es secreto en su ámbito territorial, bastaría, no obstante éste se encuentre difundido en otro país.

Por último, si bien las modalidades de la violación de los secretos serán analizadas más adelante, la idea de que la información no sea fácilmente accesible, nos remite al concepto de “*reverse engineering*” o ingeniería inversa. Este concepto implica la obtención de la información o de los conocimientos secretos a través del análisis del producto o la técnica desarrollada.

### **Valor competitivo:**

Este elemento es fundamental para determinar la existencia del secreto económico. No cualquier secreto que guarde el competidor será objeto de protección, sino aquel que le aporte una ventaja o utilidad (actual o potencial), derivada de su conocimiento o aplicación, frente al resto de los competidores que no gozan del mismo.

El valor competitivo está íntimamente relacionado con la confidencialidad y la protección dada al secreto. Para evaluar si hay secreto económico debe considerarse su valor en términos objetivos, pero atendiendo a las circunstancias y acciones concretas de cada caso. Las circunstancias particulares marcarán la pauta para determinar si se ha dado al secreto tal carácter.

Por último, este valor puede ser actual o potencial. Si bien existe jurisprudencia estadounidense y doctrina que plantea la exigencia de que la información sea utilizada

de manera actual y de forma continuada por el competidor, lo cierto es que el hecho de que un dato no se esté utilizando en el momento en que se produce su apropiación indebida no le resta valor, en la medida en que dicho dato objetivamente pueda en el futuro implicar una ventaja competitiva.

### **Voluntad de protección frente a la divulgación:**

La información, para ser secreta, debe estar protegida a los efectos de evitar su divulgación. Mientras que el elemento de falta de notoriedad y mínima novedad remite a las características propias de la información, la protección frente a la divulgación se refiere a los medios que se utilizan para evitar que dicha información deje de ser secreta. Este elemento no es intrínseco a los datos protegidos, sino que más bien hace referencia a la acción de protección de quien los detenta.

Es aquí donde ha de ser tomado en cuenta no sólo el aspecto inmaterial propio del conocimiento y de la información, sino también el soporte material que los incorpora. Con lo cual, en muchos casos la protección de la información estará vinculada con la protección de estos componentes donde se almacena.

Así que, es la voluntad de mantener oculto el secreto lo que determina si se configura este requisito. Sin embargo, este aspecto debe ser analizado atendiendo a las circunstancias objetivas que determinen el grado de protección; de otra manera, con la simple expresión de la voluntad de preservar un secreto, quedarían incluidos bajo esta denominación los conocimientos o las informaciones sobre los cuales no se instrumentó la debida protección. Sin embargo, este requisito habrá que ser analizado desde la razonabilidad que haya adoptado el interesado, atendiendo a las circunstancias concretas.

La voluntad de preservación puede manifestarse de forma expresa (a través de la suscripción de acuerdos de confidencialidad, la colocación de carteles, etc.), o

tácitamente, de forma que del propio actuar del titular del secreto se desprenda su voluntad de ocultación.

#### **4.3. Clases de secretos económicos:**

La doctrina en general ha delineado dos grandes categorías de secretos: Los industriales y los comerciales. Los primeros responden a aquellas informaciones o conocimientos secretos relativos al ámbito técnico y productivo de la actividad industrial. El contenido del secreto industrial puede consistir en formulaciones secretas, diseños, dibujos, patrones, procesos, información técnica no patentada, especificaciones, etc. Pero para que estos elementos puedan considerarse como secretos industriales, quien los posee debe tomar las precauciones debidas para mantenerlos como secreto o dejaría de serlo si fuese divulgado y conocido por otros individuos u otra empresa.

El secreto industrial puede consistir en una experiencia de fabricación o en un conocimiento secreto, pero también puede ser una información técnica o desarrollo técnico que aún cuando cuenta con las cualidades de patentabilidad, el poseedor buscando mayor protección, lo guarde para sí mismo, con el fin de evitar que caiga en el conocimiento público.

Por su parte, el secreto comercial en su sentido más amplio, puede ser prácticamente cualquier tipo de información a la que no se puede acceder libre o fácilmente, desde las características técnicas específicas de un producto nuevo que el empresario pretende lanzar el próximo año hasta el nombre de una empresa que se tiene como objetivo absorber. Pueden ser las líneas generales de una nueva campaña publicitaria estratégica, o quizá la lista de los clientes de la empresa. Cualquiera que sea la naturaleza de esta información, es algo que tiene valor para la empresa, y que los competidores de ésta quisieran conocer.

#### 4.4. Otros conceptos afines:<sup>28</sup>

##### **Secreto e invenciones patentables:**

Tanto los secretos industriales como las invenciones patentables suponen conocimientos novedosos y de valor competitivo. Sin embargo, para que una invención sea patentable, debe reunir una serie de requisitos que no son imprescindibles para el secreto. Así, la concesión de una patente implica una actividad inventiva, lo cual, como se estableció con anterioridad, no constituye condición indispensable en el secreto. La invención patentable debe ser susceptible de aplicación industrial y supone una novedad tal que dicha invención no debe estar comprendida en el estado de la técnica. Mientras que el secreto solamente requiere que el grado de novedad sea mínimo en relación a un proceso, fórmula, etc., que de por sí no sería patentable. En relación a la técnica, a diferencia de lo que sucede con la invención patentable, basta con que el secreto no sea fácilmente accesible.

##### **Secreto y “know-how”:**

Actualmente existe en el derecho estadounidense y en el derecho europeo una marcada tendencia jurisprudencial, legal y doctrinaria hacia la identificación entre el secreto económico y el “*know-how*”, puesto que ambos presentan grandes similitudes. Se puede definir el *segundo* como el conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público que pueden presentar una mínima novedad, cuyo titular pretende mantener bajo su control, y que reportan una ventaja competitiva. Sin embargo, existen ciertas diferencias a saber con el secreto, pues el *know-how*, lleva consigo implícita la voluntad de su transmisión a terceros, mientras que el secreto generalmente es utilizado únicamente por su titular. En el “*know-how*” necesariamente existe información a la cual se le impide el acceso a terceros, pero también encontramos conocimientos triviales que se exteriorizan abiertamente. Asimismo, el “*know-how*” puede incluir

---

<sup>28</sup> LLOBREGAT Hurtado, Maria Luisa, **Ob. Cit**; pág. 101.

conocimientos de interés para el empresario y para terceros, no siendo necesario que los mismos no se encuentren en el estado de la técnica.

### **Secreto y confidencialidad:**

La confidencialidad hace referencia a una obligación de un tercero respecto de la información secreta de otro, y no propiamente a las características de la información o conocimientos.

El concepto de confidencialidad claramente difiere del de secreto económico, ya que no contiene ciertos elementos específicos de este último, como lo son la novedad respecto del estado de la técnica y el valor competitivo.

#### **4.5. La necesidad de protección:**

El fundamento de la protección del secreto económico, que remite necesariamente a la consideración de su naturaleza jurídica, ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina y jurisprudencia tanto europea como estadounidense.

Algunos autores europeos atribuyen esta protección como un derecho de la personalidad, sosteniendo como un derecho moral al secreto en los negocios, que equivaldría al derecho a la intimidad. Sin embargo, esta visión ha sido fuertemente criticada pues un derecho de la personalidad no puede ser objeto de negocios jurídicos.

La opinión más aceptada en Europa continental es la de considerar a los secretos como bienes inmateriales de carácter patrimonial, en cuanto que son “una creación de la mente humana que, mediante medios adecuados, se hacen perceptibles

y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial<sup>29</sup>.

Sin embargo, la problemática reside cuando se debe considerar si la protección del secreto como bien inmaterial es con motivo de la existencia de un derecho de propiedad a favor del titular del secreto, o bien, si de la existencia de un derecho a favor de quien detenta el secreto de que éste no sea divulgado o adquirido por un tercero que utiliza medios ilícitos o deshonestos.

Este dilema se ha planteado de manera reiterada en la jurisprudencia estadounidense. La teoría de la responsabilidad civil, que se basa en que la protección está sustentada en el deber general de buena fe y en el deber de reparar el ilícito que supone la desposesión indebida del secreto, negándole así el derecho de propiedad que excluya su uso a terceras personas.

En América Latina, al secreto, se le considera como un bien inmaterial que es susceptible de goce plural o múltiple, ya que si dos personas poseen, crearon o idearon un mismo conocimiento secreto, sin obtenerlo de manera ilegítima, ambos tienen derecho a gozar de él.

#### **4.6. La violación del secreto económico:**

Los supuestos bajo los cuales se configura el acto de competencia desleal de violación de los mismos, según lo establece el Artículo 175 del Decreto del Congreso de la República 57-2000 Ley de Propiedad Industrial, sucede cuando un sujeto: a) Explote, sin autorización de su propietario, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso violando una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral; b) Comunique o divulgue, sin autorización de su propietario, el secreto empresarial referido en la literal anterior en provecho propio o de un tercero, o para

---

<sup>29</sup> GÓMEZ SECADE, José Antonio, **El secreto industrial, concepto y protección**, página 79.

perjudicar a dicho propietario; c) Adquiera un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos; d) Explote, comunique, promocióne o divulgue un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en la literal anterior; e) Explote un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en la literal c), o que no tenía autorización de su propietario para comunicarlo; y f) Comunique, promocióne o divulgue el secreto empresarial obtenido conforme la literal e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al propietario del secreto empresarial.



## CAPÍTULO V

### 5. La violación de la interdicción legítima de competencia

#### 5.1. Bien jurídico tutelado:

La violación a la interdicción legítima de la competencia también constituye un acto de competencia desleal. Incurre en este ilícito quien conculca una obligación legal o convencional de no competir con un determinado operador de mercado, en virtud de una potestad jurídica que legitima a este último a impedir que se lleven a cabo actos que impliquen el desarrollo de actividades en competencia.

Usualmente, la obligación de no competir se deriva de pactos específicos con ex empleados, agentes, proveedores, administradores, socios o vendedores en operaciones de transferencia de negocios. Sin embargo, esta obligación puede tener un origen legal, por estar específicamente prevista, o por derivarse de la interdicción general respecto de los actos objetivamente contrarios a los usos y costumbres mercantiles y a la buena fe; es decir, aquellos actos que responden a la definición genérica de acto de competencia desleal. En consecuencia, este ilícito concurrencial no se reduce a la violación de pactos de no-competencia, sino que también incluye toda violación a una interdicción legítima de competencia.

El ilícito de violación a la interdicción de competencia en muchas ocasiones se encuentra íntimamente vinculado al ilícito de violación de secretos económicos. Los pactos de no-competencia suelen suscribirse, entre otros motivos, con la intención de proteger al operador de mercado de posibles violaciones a sus secretos.

## **5.2. Elementos esenciales de la no competencia:**

### **5.2.1. El derecho a restringir la competencia. Excepcionalidad y razonabilidad:**

El primer requisito para que se active la protección contra el ilícito, es que el sujeto que la hace valer esté legitimado para restringir la competencia. Debe existir una causa que justifique dicha restricción, como puede ser la adquisición de un negocio o la no-competencia por parte de un ex empleado.

Este punto de partida choca con la genérica prohibición de la restricción de la competencia, postulado básico tanto de la defensa de la competencia (en el caso de que la restricción afecte al funcionamiento del mercado o al interés general) como de la prevención y represión contra la competencia desleal. No obstante, estas disciplinas admiten ciertas conductas restrictivas (la no-competencia, la distribución selectiva o exclusiva, el otorgamiento de franquicias, etc.) que, por sus efectos potenciados de la actividad económica (aumento de productividad, mejora en la calidad de los servicios, desarrollo tecnológico, etc.), son beneficiosas para el mercado, siempre y cuando no eliminen perjudicialmente la competencia y limiten la restricción a lo estrictamente necesario para lograr el objetivo pretendido.

La restricción de la competencia, por ende, sólo puede ser convalidada en casos excepcionales. La excepcionalidad se ve reforzada además por el hecho de que la restricción de competir suele o puede afectar la integración al mundo laboral o empresarial de aquella persona sobre la que pesa la obligación, afectándose así al derecho al trabajo y a la libertad de empresa.

En consecuencia, la restricción de la competencia solo será bendecida cuando los usos y costumbres mercantiles lo permitan, y cuando sea necesario preservar el esfuerzo realizado por el empresario para desarrollar su actividad. Esta

excepcionalidad implica la interpretación restrictiva de la viabilidad de la prohibición, con más razón cuando ésta no sea de origen consensual.

Ahora bien, ¿cuál ha de ser el criterio para afirmar por vía excepcional que la restricción de la competencia se ajusta a los usos y costumbres mercantiles, y mantiene el equilibrio entre el desarrollo de la actividad empresarial y los derechos al trabajo y libertad de empresa? Javier Ayuso<sup>30</sup> trae a colación la difundida regla de razonabilidad o regla de la razón utilizada por el Derecho Inglés. Según esta regla, se consideran razonables aquellos pactos de no-competencia: a) que imponga sólo restricciones estrictamente necesarias para proteger los intereses legítimos del empresario; b) que no constituyan una carga insostenible para aquel que debe observar la restricción; y c) que no lesionen el interés público.

La restricción a la competencia será razonable cuanto más se justifique su imposición y cuanto más acotadas se encuentren las actividades restringidas y las coordenadas espacio-temporales. Si las actividades restringidas son específicas, claramente identificables y directamente relacionadas con el negocio de quien puede hacer valer la restricción; si el territorio donde no se puede realizar actividades en competencia se encuentra delimitado y responde al área geográfica donde se desarrolla o potencialmente pueden desarrollarse el negocio del legitimado a restringir; y si la restricción se encuentra limitada en el tiempo a un período que justifique la protección del esfuerzo y la inversión del empresario, la razonabilidad encuentra un sustento más sólido.

- **La no-interferencia:**

Estas obligaciones difieren de las de no-competencia en que, mientras que las últimas implican una prohibición genérica de no competir en una determinada rama de actividad y en un determinado ámbito geográfico, las obligaciones de no-interferencia

---

<sup>30</sup> AYUSO, Javier Enrique. **Los acuerdos de no competencia post-empleo**, pág. 56.

están dirigidas a la inhibición de ciertos actos específicos relacionados con determinados sujetos que no suponen la prohibición absoluta de competir en la actividad afectada. Más que prohibir la competencia de manera general, la no-interferencia se ordena al no tentar a, o inmiscuirse con, determinados clientes, proveedores o empleados del competidor, pudiendo el obligado llevar a cabo actividades en competencia con aquél incluso en el mismo radio de acción geográfico, dado que la restricción tiene generalmente un marcado carácter subjetivo.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el alcance de la restricción de las obligaciones de no-interferencia es bastante más acotado que el alcance de las obligaciones genéricas de no-competencia, la razonabilidad de su admisión será también más probable.

#### **Ilícito objetivo y de peligro. Relación de competencia:**

La violación a la interdicción de la competencia es, por la propia función preventiva de la disciplina de la competencia desleal, un ilícito objetivo y de peligro. Para que se active la protección, basta que por las circunstancias objetivas del caso se deduzca que se ha producido o se pueda producir una violación a la interdicción, independientemente de la intención del autor e independientemente del resultado práctico del acto.

Por otro lado, en este ilícito de competencia desleal se concreta la necesidad de una relación de competencia actual o potencial entre sujeto activo y pasivo. Lo que se viola es justamente la restricción a la posibilidad de competir, por lo que la mera finalidad concurrencial del acto (propugnada por la tesis social que niega la necesidad de la relación de competencia) no puede ser ni siquiera considerada como elemento del ilícito.

### **5.3. Supuestos de no- competencia:**

#### **5.3.1. Patronos y ex trabajadores:**

La prohibición de no competencia por parte del trabajador durante el transcurso de la relación laboral no está expresamente prevista por la legislación guatemalteca. Sin embargo, está contenida como una obligación del trabajador, según el Artículo 63 literal g) del Decreto número 1441 del Congreso de la República, Código de Trabajo, al establecer: Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, con tanta más fidelidad cuanto más alto sea el cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga de guardarlos por razón de la ocupación que desempeña, así como los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa.

Dentro de la obligación de no-concurrencia deben quedar incluidas las tareas preparatorias realizadas por el trabajador durante la relación laboral con el objeto de emprender una actividad en competencia con el dador de trabajo, siempre y cuando dichas tareas afecten los intereses del empleador y sean realizadas sin su consentimiento.<sup>31</sup> En muchos casos, la afectación a la actividad del empresario se concreta mediante la desorganización de la estructura del negocio, a través de la inducción a la terminación regular o irregular de contratos o de relaciones comerciales (captación, durante la relación laboral, de los empleados relevantes del anterior empleador y de la clientela, inducción a la violación de contratos con proveedores o distribuidores, etcétera).

Por su parte, la restricción de la competencia una vez concluido el contrato de trabajo es una cuestión más delicada. Aquí nuevamente nos encontramos ante la disyuntiva de mantener el equilibrio entre los derechos constitucionales al trabajo y a la libertad de empresa, por un lado, y la protección de los activos de la empresa y el

---

<sup>31</sup> MIGUEZ, Isabel. *La empresa y las responsabilidades emergentes de la competencia desleal*, pág. 117.

fomento de la actividad empresarial, por otro. Salvo en el caso de los secretos económicos, la experiencia adquirida por el ex empleado supone un activo inalienable y una pieza clave para su reinserción en el mercado, tanto a nivel de relación de dependencia para un competidor, como en el caso de que se inicie un nuevo emprendimiento en competencia. Por tal motivo, con más razón toda restricción a la competencia con su anterior patrono, debe entenderse de carácter excepcional, razonable, justificada para la protección del negocio de aquél, y limitada en el espacio, en el tiempo y al específico segmento de mercado en el cual opera o potencialmente podría operar el anterior empleador, de tal modo que no se imponga al ex trabajador una carga excesivamente gravosa para su evolución laboral o empresarial.

Falta en la legislación guatemalteca un precepto que fije el marco dentro del cual podrán considerarse válidos los pactos y las obligaciones de no-competencia post-empleo. Ya en el derecho español se regula este aspecto, fijando una duración máxima de dos años en cuanto a dichos pactos,<sup>32</sup> debiéndose asimismo darse las circunstancias de que la restricción sea justificada por el interés comercial o industrial del empresario y que se establezca una compensación económica adecuada.

En cuanto a la necesidad de compensación económica como condición indispensable de los pactos de no-competencia post-empleo, existen posiciones encontradas. Ayuso<sup>33</sup> menciona que la jurisprudencia estadounidense ha entendido este requisito en forma amplia, hasta el punto de considerar suficiente la contraprestación recibida durante la relación laboral. Creemos que la necesidad de esta compensación deberá ser evaluada en cada caso, teniendo en cuenta, por un lado, el grado de restricción de acceso al mercado impuesto al trabajador y, por el otro, el perjuicio que causaría al empresario la actividad en competencia. En definitiva, habrá que estar a la razonabilidad de cada pacto, sin perder de vista que al suscribir estos convenios, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, el trabajador está asumiendo libremente la obligación de no competir con el ex empleador.

---

<sup>32</sup> TRONCOSO, Mauricio, **Ob. Cit**; pág. 78.

<sup>33</sup> AYUSO, Javier Enrique, **Ob. Cit**; pág. 61.

## **Administradores y socios:**

### **Administradores:**

Respecto de los administradores, es de aplicación lo esgrimido acerca de la no-competencia por parte de los trabajadores, obligación que será más clara y exigible cuanto mayores sean las responsabilidades y la participación en la toma de decisiones en la sociedad. También se aplica lo expresado respecto de la ultractividad, siendo el caso de los administradores donde mayor incidencia tendrá la protección de los secretos económicos y del negocio de la empresa.

Las actividades en concurrencia de los factores encuentran reproche genérico en el Artículo 44 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio al establecer en el segundo párrafo lo siguiente: Los administradores no podrán dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituyan el objeto de la sociedad, salvo pacto en contrario. En virtud de dicha normativa se prohíbe expresamente la competencia durante la prestación de servicios como administrador.

Sin embargo, como apunta Isabel Míguez<sup>34</sup>, el problema fundamental será identificar cuáles son las actividades u oportunidades de negocios que pertenecen a la sociedad y que, por lo tanto, son vedadas a los administradores. Indica la autora que la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado tres pruebas para establecer la línea divisoria. El primero de ellos es el “interest or expectancy test” el cual, para determinar si pesa sobre el administrador la restricción, propugna analizar si la sociedad tiene una expectativa real o potencial preexistente. Debido a la amplitud y falta de concreción de esta prueba, surgió el “line of business test” el cual analiza si la oportunidad de negocio cae dentro del ámbito de actuación de la actividad económica de la empresa. Señala Míguez que el problema de esta prueba radica en la dificultad de determinar qué ha de entenderse por línea de negocios de la empresa. Por último, el “fairness test” abandona

---

<sup>34</sup> MIGUEZ, Isabel, **Ob. Cit**; pág. 121.

el análisis del negocio en sí para centrarse en el análisis de la conducta del administrador; es decir, si éste actuó con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Es procedente mencionar que las tres pruebas descritas anteriormente no son excluyentes y pueden ser combinadas a la hora de realizar el análisis. En consecuencia, habrá que acudir al caso concreto para individualizar las circunstancias que lleven a concluir si el actuar del administrador viola o no la restricción a la competencia.

### **Socios:**

En relación a los socios, la prohibición de realizar actividades en competencia que recaen sobre los socios integrantes de sociedades de carácter personalista es una consecuencia lógica del deber de lealtad exigido a éstos. En el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, en el Artículo 39 se establece entre otras prohibiciones a los socios, en el numeral tercero lo siguiente: Ser socios de empresas análogas o competitivas, o emprenderlas por su cuenta o por cuenta de terceros, si no es con el consentimiento unánime de los demás socios. Esta prohibición no es aplicable a los accionistas de sociedades por acciones.

Asimismo, en el mismo cuerpo legal, en el Artículo 40 se hace referencia a la sanción que corresponde por la infracción a la prohibición anteriormente establecida, correspondiendo la exclusión de la sociedad.

### **Actuación por terceras personas y abuso de la personalidad jurídica para la comisión del ilícito de no-competencia**

La posibilidad de comisión del acto a través de persona interpósita, es común a todos los supuestos de este acto de competencia desleal. Si puede demostrarse la

interposición de personas físicas para la comisión del fraude a la obligación de no competir, sin duda recaerá el reproche de deslealtad sobre quien pesaba dicha obligación, así como sobre los cómplices e inductores de tal conducta. Un ejemplo para este tipo de acto sería el del vendedor que se compromete a no involucrarse con el negocio transferido, por sí mismo, ya sea como agente o como empleado. Sin embargo, un pariente de éste, al poco tiempo, establece un negocio similar en el cual el obligado a no competir actúa como gerente. En este caso, tanto el vendedor original, como también, el pariente incurrieron en la violación de la restricción de competencia, al contratar al restringido para el negocio.

### **Transferencia de negocios**

En la transferencia de negocios, la prohibición de competencia al vendedor es en general una obligación accesoria consustancial a la propia operación. Este tipo de restricciones son consideradas naturales, pues aseguran el disfrute por parte del adquirente de aquello por lo que ha pagado. De no ser así, el adquirente vería frustrado tanto el objeto de la operación como la motivación por la cual se decidió a invertir en dicho negocio; y es que, como indica Guillermo Cabanellas De Las Cuevas<sup>35</sup> "...resulta lógico que no se permita al vendedor recuperar, mediante su conducta comercial posterior, lo que ha vendido". En este sentido el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, en el Artículo 663 establece la prohibición de concurrencia de la siguiente manera: Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida, constituyendo una competencia desleal, salvo pacto en contrario. En caso de usufructo o de arrendamiento de una empresa, la prohibición de concurrencia es válida frente al propietario o el arrendante, por el tiempo que dure el usufructo o el arrendamiento. Esta normativa tiene por objeto evitar que aquellos que venden una empresa y que, por lo tanto, conocen en detalle el funcionamiento de ésta y

---

<sup>35</sup> CABANELLAS De Las Cuevas, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**, pág. 40.

del mercado en el cual se desempeña puedan instalar inmediatamente una operación semejante que compita con la operación recientemente vendida, con la ventaja que le otorga al vendedor el llevar años actuando en un mercado determinado. De allí que se imponga esta obligación de no-competencia por determinado plazo para permitirle al comprador conocer el negocio y el mercado, y no verse enfrentado a la competencia de aquel que había dirigido la empresa y que, en algunos casos, conoce la misma y al mercado mejor que el reciente comprador.

Por lo expuesto, en principio es válida la restricción en el supuesto de que medie un pacto expreso de no-competencia, ya que en este caso el propio vendedor consiente la restricción como parte de la compensación por lo vendido. Pero incluso si dicho pacto no existiera, la restricción de la competencia como elemento natural de este tipo de transacciones, y salvo pacto en contrario, deberá ser observada siempre y cuando se pueda poner en peligro el negocio transferido al comprador, teniendo en cuenta el tiempo prudencial para su desarrollo, el tipo de actividad transferida y el ámbito geográfico lógico donde potencialmente o efectivamente tenga influencia el negocio, y además de que se den las circunstancias que determinen la deslealtad del acto.

Sin embargo, la legislación guatemalteca, consideramos que limita la interdicción de concurrencia al desarrollo de un nuevo negocio, dejando excluida la facultad del vendedor de trabajar para terceros que exploten negocios similares dentro del área de influencia del bien transferido.

En relación al límite temporal de iniciar una nueva empresa por parte del vendedor, consistente en cinco años, supone una garantía tanto para el comprador, como también para el vendedor, pues de no establecerlo expresamente la normativa jurídica, podría incurrirse en medidas abusivas que vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr la protección de la inversión.

En cuanto al ámbito geográfico, la restricción no debería exceder el área de influencia del negocio transferido. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la restricción geográfica podría ser ampliada a aquellos mercados a los que potencialmente el negocio pudiera abastecer y en los casos en que objetivamente se pueda concluir que el comprador querría o estaría dispuesto a expandir el radio de acción del negocio adquirido.



## CAPÍTULO VI

### 6. La injerencia en relaciones contractuales ajenas.

#### 6.1. Concepto:

Estos actos de desorganización suponen la irrupción en una relación contractual por parte de un tercero ajeno a dicha relación y en situación de competencia respecto de alguna de las partes, mediante la inducción desleal a la violación o terminación de la relación, o mediante el aprovechamiento indebido de la violación contractual.

El presupuesto básico del acto es la existencia de una relación jurídica vinculante entre dos o más sujetos. Por lo tanto, quedan incluidas obligaciones vinculantes derivadas de precontratos y las obligaciones que perduran en el tiempo una vez concluido el contrato. Lo determinante es que las partes de la relación estén obligadas como consecuencia de una relación contractual subyacente.

Se trata de actos de peligro, ya que no se requiere que el tercero competidor concrete la inducción o el aprovechamiento desleal; basta con que el acto sea idóneo para producir efectos que puedan ser considerados anormales e injustificados. Tampoco se requiere intencionalidad por parte del actor: el acto se configura si la interferencia en la relación contractual es injustificada por los medios utilizados o por los resultados a obtenerse.

Ahora bien, el que la intromisión sea injustificada nos lleva a advertir que la deslealtad en este tipo de actos debe ser analizada muy restrictivamente. Por el mero hecho de realizar una oferta en el mercado no puede castigarse al oferente por el incumplimiento contractual o la terminación regular de un contrato entre dos sujetos. De esta forma no se permitiría el normal desenvolvimiento de la competencia, pudiendo un competidor tachar de desleal a otro por el solo hecho de que su cliente, proveedor o

empleado haya incumplido su contrato, o terminado la relación contractual como consecuencia de la oferta realizada por aquel competidor tercero a la relación original. Sólo será desleal la oferta del tercero competidor cuando se concluya que sus actos están objetivamente ordenados para generar la infracción contractual, para aprovechar injustificadamente el esfuerzo ajeno en beneficio propio o de terceros, o para expulsar deslealmente a un competidor del mercado.

Asimismo, es necesaria la existencia de una relación de competencia: el inductor o beneficiario del acto desleal y la parte de la relación original que se perjudica con la infracción o terminación de la relación contractual han de ser competidores, y el objeto del contrato debe estar vinculado con la actividad concurrencial correspondiente. Si la inducción o el aprovechamiento es llevado a cabo por un tercero no competidor, nos encontraremos ante un supuesto de abuso de derecho civil o de enriquecimiento ilícito.

Dicho esto, se analizarán a continuación las tres modalidades del ilícito que se han venido delineando: la inducción a la infracción de obligaciones contractuales y el aprovechamiento injustificado de una infracción contractual ajena.

## **6.2. Modalidades:**

### **6.2.1. La inducción a la infracción de obligaciones contractuales:**

La realización de una oferta o el ofrecimiento de una ventaja a un sujeto que como consecuencia de dicho ofrecimiento o ventaja, viola una obligación contractual vigente con un operador de mercado en competencia con quien realizó la oferta, no configura de por sí un acto de inducción a la violación contractual. Es necesario, como indica Massaguer<sup>36</sup>, que la ventaja sea ofrecida como contraprestación de la infracción. La deslealtad se produce cuando la oferta persigue justamente que el inducido infrinja un deber contractual que lo une a un competidor del inductor.

---

<sup>36</sup> MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 55.

La deslealtad se produce independientemente de que la acción inductiva produzca como resultado la efectiva infracción contractual, sin ser por tanto necesario que exista prueba de un daño determinado. Tampoco el reproche de deslealtad puede estar basado en la intención del inductor. Basta con que los elementos del acto revelen que el mismo está ordenado a la consecución de la infracción de obligaciones contractuales y que sea eficaz como para producir dicho efecto.

Con respecto a la calificación del comportamiento, éste ha de ser idóneo para provocar la infracción del deber contractual, lo cual, como indica Massaguer<sup>37</sup>, deberá valorarse de acuerdo con los medios empleados, los cuales, vistos en su contexto determinado, han de tener una entidad suficiente como para estimular eficazmente al inducido a violar su obligación contractual. Los medios relevantes pueden ser directos o indirectos (a través de interpósita persona), lícitos (como el ofrecimiento de mejora de prestaciones) o ilícitos (como el soborno), y pueden otorgar una ventaja objetiva o subjetiva, cualitativa o cuantitativa, actual, potencial o futura. El medio utilizado puede, asimismo, tratarse de un engaño (cuando la infracción se produce como consecuencia de falsas promesas o cuando el inducido incumple como consecuencia de una falsa representación de la realidad construida por el inductor), o de una amenaza que coacciona la decisión del inducido.

En cuanto a las características del incumplimiento que pretende el inductor, legislaciones como la española y la peruana se refieren a las infracciones de deberes contractuales básicos, entendiéndose por éstos los principales de la relación obligacional (incluyendo los deberes post-contractuales) o los que potencialmente legitimen a la parte no incumplidora a pedir la resolución contractual. Asimismo, queda claro que no será necesario que el incumplimiento se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas, pudiendo afectar a una o algunas de las que tengan un peso específico relevante.

---

<sup>37</sup> **Ibid.**

Respecto del modo de incumplir, el acto pretendido puede ser tanto el incumplimiento en sí como la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuosos. Cabe destacar que el ejercicio de la rescisión unilateral de la que gozare el contratante no supone una infracción de la relación, debiendo analizarse esta conducta como una posible inducción a la terminación regular de relaciones contractuales, acto de deslealtad al que nos referimos en este capítulo.

Doctrinariamente se distingue entre los casos de inducción que persiguen la sustitución de la relación infringida y los que no. El objeto de estos últimos supone el aprovechamiento del esfuerzo ajeno o la eliminación del competidor del mercado, entorpeciendo el normal desarrollo de su actividad.

Entre los primeros encontramos los actos de inducción por los cuales el inductor pretende captar al contratista y subrogarse en la posición de su competidor. Los destinatarios de la inducción son todos los contratantes de la estructura organizativa y comercial (clientes, proveedores, agentes, distribuidores, aliados estratégicos, etcétera). Como indicamos, la intención de atraer clientela, proveedores y mejores condiciones organizativas y comerciales es completamente lícita y deseable para el progreso de la libre competencia. El reproche se produce cuando lo que se solicita al contratante del competidor es el incumplimiento de sus obligaciones básicas, ya sea porque ello se manifieste de forma expresa o porque surja tácitamente de la propia oferta.

Entre los actos de inducción que pretenden aprovechar el esfuerzo del competidor sin sustituir la relación contractual, encontramos los enfocados a lograr el incumplimiento por parte de empleados y de administradores de sus deberes de lealtad, confidencialidad (por ejemplo, mediante la obtención de secretos por la inducción a un factor o a un empleado del competidor), o no competencia laboral (en caso de prestación al mismo tiempo de servicios laborales para el competidor, sujeto pasivo y el inductor, existiendo una obligación de dedicación plena) o post-laboral (existiendo una

obligación de no-competencia que sobrevive a la culminación de la relación laboral) y los que pretenden la violación de pactos de no competencia en transferencia de negocios o sociedades, entre otros. Por último, se pueden mencionar, entre los actos de inducción cuyo objetivo es la eliminación del competidor del mercado, aquellos que ambicionan el sabotaje por parte de empleados (como la inducción a realizar deficientemente sus tareas), proveedores (como la inducción a incumplir plazos de entrega) y demás obligados (como la inducción a un funcionario público a realizar una mala calificación de un competidor, o como la inducción a desatender tareas de promoción encomendadas) y aquellos actos de soborno realizados con el fin de obtener el mantenimiento de un tratamiento preferencial en la obtención de productos o servicios.

### **6.2.2. La inducción a la terminación regular de relaciones contractuales:**

Uno de los actos más frecuentes de desorganización del competidor es la inducción a la terminación regular de relaciones contractuales. Este acto de competencia desleal tiene como trasfondo la violación de secretos, el aprovechamiento injustificado del esfuerzo ajeno o la mera intención de eliminar al competidor del mercado.

A diferencia de la inducción a la infracción de relaciones contractuales, la inducción a la terminación regular de una relación contractual supone una acción típica y lícita de mercado<sup>38</sup>. La dinámica del tráfico mercantil implica en sí misma la captación de recursos, quizá en manos de terceros, mediante el ofrecimiento de mejores condiciones. La captación de clientes, de empleados, proveedores, entre otros, se realiza típicamente mediante la oferta de condiciones cualitativas o cuantitativamente más ventajosas para el captado, que son la causa de la finalización de la relación con el anterior competidor, sin que dicha finalización implique un incumplimiento contractual, y sin que el daño consecuencial causado al competidor sea imputable al oferente de

---

<sup>38</sup> **Ibid.** Pág. 63.

mejores condiciones. Sin este movimiento por estímulos no puede funcionar un sistema competitivo.

La disfunción se produce cuando el inductor, ordenando su actuar precisamente a la terminación regular de una relación contractual ajena, se vale de medios desleales o pretende lograr un fin desleal y distinto al de superación de su propia calidad o capacidad competitiva. En efecto, el mercado supone el hecho de la concurrencia, pues quienes producen las mismas cosas tendrán que competir entre sí para obtener el favor de los interesados en adquirirlas, de modo que no constituye competencia desleal captar un cliente de un competidor, sino el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y el realizar maniobras para dañar o destruir a un competidor.

La deslealtad puede predicarse por los medios utilizados cuando el inductor intenta coaccionar o amenazar al captado, cuando intenta inducirlo por engaño respecto de las promesas o características propias del inductor, o cuando intenta inducirlo por denigración o falsedades sobre las características o la situación del competidor con quien mantenía la relación precedente (por ejemplo, convencer a un empleado del competidor respecto de la situación de incertidumbre financiera de su empleador, insinuarle que el empleador pretende desvincularlo o que ha perdido un cliente fundamental de su actividad, entre otros). Como se puede observar, estos medios en muchos casos suponen en sí mismos otros actos de competencia desleal. A su vez, para que el medio sea considerado desleal es fundamental analizar la motivación del captado y comprobar si, de no haber existido el medio desleal, aquél hubiera tomado la decisión de terminar la relación contractual anterior.

La deslealtad se puede manifestar en los fines cuando la captación del recurso por parte del inductor no responde a las propias exigencias o necesidades empresariales, sino a la intención de disminuir la eficiencia del emprendimiento ajeno. También la finalidad desleal está generalmente ligada a la perpetración de otros actos de competencia desleal, como son la obtención de un secreto del competidor o la

agresión u obstaculización de su actividad. Por su parte, deberá comprobarse que el actuar del inductor fue la causa eficiente para provocar la terminación regular de la relación anterior, y hacer un análisis de la verdadera necesidad que el inductor tenía o no de obtener ese recurso.

No obstante lo apuntado respecto de la finalidad desleal, no se debe perder de vista que este acto anticompetitivo es un acto de peligro y objetivo. No es necesario que la terminación regular de la relación contractual se haya concretado para que el operador de mercado ofendido pueda solicitar la cesación del actuar inductivo, ni tampoco es indispensable analizar si el actuar del inductor fue intencionalmente desleal. La intencionalidad debe medirse con parámetros objetivos: si se concretan los elementos objetivos del acto, el propósito de dañar o perjudicar se deduce del actuar. Lo oportuno será vislumbrar si los actos del inductor son intrínsecamente desleales, más allá de su culpabilidad o no, o de que haya logrado su objetivo, pudiéndose tomar medidas cautelares o aplicar sanciones sobre actos en grado de tentativa.

En otro orden de cosas, corresponde delimitar el concepto de terminación regular de la relación contractual. La terminación regular implica la posibilidad de que una de las partes del contrato lo termine unilateralmente, de forma inmediata (como es el caso de la terminación del contrato laboral por parte del empleado) o mediante los mecanismos de denuncia, escape o preaviso determinados legalmente o pactados entre las partes.

En general, no se considera terminación regular a la facultad de rescisión por incumplimiento o pacto comisorio. La inducción ejercida sobre la parte que no ha incumplido el contrato, no podría reputarse desleal. Sin embargo, consideramos que sí podrá advertirse la inducción desleal en aquellos casos en los que, pese al incumplimiento del competidor, la parte no-incumplidora del contrato razonablemente hubiera mantenido dicha relación de no mediar la inducción desleal. Por rescisión unilateral por parte de aquél; no obstante, si se comprueba que dicho incumplimiento no hubiera motivado al proveedor a terminar la relación con su cliente y que dicha

terminación se produjo fruto de la inducción desleal de un competidor del cliente, el acto desleal se concretará igualmente.

También suelen excluirse como circunstancias extintivas relevantes a las relativas al término de la duración contractual, el cumplimiento del objeto o la condición resolutoria. No obstante, creemos que deberán quedar enmarcadas dentro de la terminación regular las extinciones no unilaterales en las que, presumiblemente, la renovación de la relación se hubiera producido de no haberse perpetrado la inducción desleal.

Ahora bien, dependiendo de la motivación del inductor, la inducción desleal a la terminación contractual puede entrañar la obtención o difusión de un secreto económico de un competidor, la captación de clientela, la desorganización tendiente a la eliminación del competidor, o a la sustracción de empleados y colaboradores.

La intención de obtener o difundir secretos económicos en la mayoría de los casos está ligada a la captación de aquellos empleados jerárquicos que tienen acceso a dichos secretos<sup>39</sup>. Para determinar si se dan los elementos objetivos que pueden concluir en la deslealtad, se tendrá que hacer foco en el acceso que tenía el inducido a los secretos y en la importancia de dichos secretos en la actividad del competidor agraviado. Asimismo, deberá estudiarse si la nueva relación inductor-inducido ha sido mentada para la obtención de los secretos (la información sustraída permite al inductor tomar decisiones estratégicas, las cuales bien pueden consistir en un no hacer, siendo que el beneficio del empresario en este caso se centra en el ahorro de una investigación científica), o para el mero aprovechamiento de la pericia profesional del inducido.

En cuanto a la clientela, su captación es la propia razón de ser del juego competencial. Por lo tanto, la deslealtad no puede reprocharse desde el punto de vista

---

<sup>39</sup> **Ibid**, pág. 66.

de la finalidad del inductor, debiendo atenderse al examen de la lealtad de los medios utilizados en la captación (engaño, denigración, etcétera). Este supuesto implica la presencia de una relación contractual preexistente y estable entre el competidor y el inducido. Asimismo, deberán considerarse como causas agravantes la relación asociativa, comercial o de dependencia que hubiera existido previamente entre inductor y competidor agredido.

Entre los casos de inducción a la terminación regular de contratos con el único fin de desorganizar al competidor, encontramos aquellos en los cuales se desbaratan factores de la cadena productiva del agraviado (por ejemplo, se contrata al principal distribuidor para dismantelar la logística o se atrae por medios de pactos de exclusividad a aquellos proveedores indispensables para la actividad del competidor) sin que exista justa causa para inducir a la nueva contratación, o sin que exista proporción en la nueva relación contractual entre inducido e inductor (ejemplo de esto, sería si el inductor pacta exclusividad para potenciar la actividad del inductor, perfilándose así la intención objetiva de desorganizar de este último). Estos casos generalmente constituyen a su vez actos de agresión u obstaculización.

### **6.2.3. El aprovechamiento de las infracciones contractuales:**

La conducta reprochable se concreta mediante el aprovechamiento por parte o a favor de un operador de mercado (el beneficiado) de una ventaja competitiva, no derivada de la propia eficiencia de sus prestaciones, y fruto de la infracción contractual concretada por la contraparte del competidor del beneficiado. En este supuesto, el beneficiado no interviene ni es el motor desencadenante de la infracción; es decir, no induce, sólo se aprovecha del incumplimiento contractual (aunque en la gran mayoría de los supuestos, el inductor será a su vez el beneficiario de la infracción contractual).

Es importante la consideración de este ilícito ya que, de otra forma, la posibilidad del competidor de evitar o remover los efectos causados por la infracción de un contratante o por la deslealtad llevada a cabo por un inductor se acabaría en las

medidas tomadas contra éstos, cuando el activo que pretende protegerse (por ejemplo, un secreto económico) está en manos de un tercero (el competidor beneficiado) que no indujo a incumplir o incumplió contrato alguno.

Para que se configure el ilícito, es necesario que la ventaja competitiva obtenida por el beneficiado sea consecuencia directa de la infracción al contrato. Asimismo, el incumplimiento no debe ser necesariamente previo en el tiempo, sino que puede ser simultáneo a la obtención del beneficio.

Además, el aprovechamiento deberá ser en beneficio propio o de un tercero, siendo éste último, un competidor, pues de otra forma, no existiría relación de competencia. El aprovechamiento debe concretarse por parte o a favor de un competidor. Si el beneficiario último de la infracción no es un competidor, no se podría hablar propiamente de un acto de competencia desleal.

En relación a la infracción, ésta debe ser conocida por el beneficiario, y no hay duda de que el conocimiento efectivo o debido de acuerdo con las circunstancias es un elemento que refuerza la deslealtad. No obstante, la última relación del aprovechamiento es el evitar preventivamente o reparar los daños causados al competidor ofendido. Y este daño se efectiviza aun cuando el competidor beneficiado no conozca que la ventaja competitiva se produce a raíz de una infracción. El que el beneficiario conociera o debiera conocer la infracción subyacente será determinante para la solicitud de daños y perjuicios, pero no para la activación de otras acciones por competencia desleal como la cesación del aprovechamiento indebido, la remoción de los efectos perjudiciales de la infracción, o compensación por el enriquecimiento injusto (en la cual, se prescinde de la consideración de la culpabilidad). Aunque el beneficiario no conozca su origen, éste no puede obtener una ventaja competitiva objetivamente contraria a la lealtad comercial y no fundada en su propia eficiencia.

Los supuestos más usuales de aprovechamiento son, entre otros, los casos en que el beneficiario, sin inducir a empleados, agentes u otras contrapartes de un competidor, se hace de secretos industriales de aquél (difundiéndolos o utilizándolos), obtiene una sub-licencia, obtiene productos por parte de un distribuidor fuera del ámbito territorial pactado, o adquiere productos a un precio inferior al fijado por el fabricante al mayorista.

Por último, consideramos que la referencia a determinadas circunstancias de deslealtad, atendiendo a los medios utilizados y a la finalidad perseguida, sólo el predicable de la inducción a la terminación regular de relaciones contractuales ajenas. Por una parte, es difícil imaginarse cómo el competidor beneficiado puede valerse del engaño sin convertirse en inductor (en este caso, estaríamos ante un acto de inducción a la infracción contractual); y por otra, la finalidad de eliminar al competidor carece de relevancia, ya que la deslealtad se advierte en el mero hecho de obtener una ventaja competitiva injustificada y basada en una infracción previa o concomitante.



## CAPÍTULO VII

### **7. Acciones por competencia desleal aplicables a los casos de desorganización del competidor.**

#### **7.1. Definición:**

Ya hemos comentado la carencia en la República de Guatemala de un cuerpo normativo que regule la disciplina de la competencia desleal en su conjunto<sup>40</sup>. A esta carencia no escapa la necesidad de contar con un desarrollo sistemático y adecuado de remedios frente a las posibles consecuencias derivadas de los actos desleales, ya sea consumados o en potencia.

A este punto, cabe nuevamente recalcar que la protección contra la competencia desleal tiene un inminente carácter preventivo, a los efectos de que dicha protección concrete una tutela eficaz de las situaciones jurídicas afectadas por los comportamientos desleales. El acto de competencia desleal es un acto objetivo y de peligro.

El objetivo esencial de dicha protección es la interrupción o prohibición de inicio de aquellos actos que, de acuerdo con las circunstancias objetivas, sean contrarios a la buena fe y capaces de generar un daño competitivo, muchas veces irreversible en caso de su perpetración.

No existen acciones de carácter general que ofrezcan remedios preventivos y definitivos, como puede ser la prohibición irreversible de un acto desleal aún no consumado, o la cesación definitiva de actos que aún no hayan causado daños. Por lo tanto, es difícil que sin normativa específica pueda prevenirse eficazmente la competencia desleal.

---

<sup>40</sup> ROMERO, Antonio y Carlos E. González. “Condiciones Generales de Competencia en Guatemala”. <http://biblio2.url.edu.gt:8991/libros/Cepal.pdf> (12 de febrero de 2008).

Asimismo, existen acciones específicas en distintos cuerpos normativos que iremos analizando, sin embargo, en ninguno de ellos encontramos un desarrollo que contemple todas las necesidades de la disciplina.

En virtud de todo lo expuesto, la necesidad de una norma que regule la competencia desleal y recoja todas las sanciones posibles se antoja imperiosa y urgente, utilizaremos nuevamente como punto de partida del análisis la Ley 3-1991 española, la cual regula un elenco de acciones que, si bien son materia ineludible de estudio, no han estado exentas de críticas por parte de la doctrina de dicho país, y que además a través de su estudio nos darán la pauta de cómo sistematizar correctamente la normativa legal.

El derecho de la competencia desleal también presenta puntos de conexión con el derecho de propiedad industrial. Si bien, ambas disciplinas cumplen una clara función de protección de la competencia, lo que las distingue es su objeto. Mientras que la competencia desleal establece los criterios de comportamiento dentro de los cuales se debe desenvolver la actividad competencial, el derecho de propiedad industrial protege una serie de derechos subjetivos de exclusiva que implican la creación de una situación de monopolio que, como consecuencia lógica, restringe la competencia. La restricción tiene su fundamento en permitir la diferenciación de los productos o servicios de los operadores de mercado y en premiar y proteger la capacidad inventiva y la actividad empresarial.

El ámbito del derecho de propiedad industrial es muy concreto, mientras que la competencia desleal abarca toda clase de actividad del mercado, pudiendo afirmarse que el derecho de propiedad industrial se encuentra en relación de especialidad respecto del derecho de competencia desleal.

Como expresa Nims<sup>41</sup>, la competencia desleal no necesariamente se refiere a una cuestión de derechos de exclusiva sobre un nombre, símbolo o designación, sino que puede surgir del uso de palabras, marcas o símbolos que son de uso público y que no están alcanzados por la exclusividad otorgada a un sujeto concreto.

## **7.2. Acciones:**

Las acciones contempladas en la citada ley española, son la declarativa de deslealtad, la de cesación o prohibición, la de remoción de efectos, la de rectificación de informaciones, la de daños y perjuicios y la de enriquecimiento injusto.

Cabe destacar que las acciones son susceptibles de acumulación a los efectos de conferir una protección eficaz. La ley española guarda silencio al respecto.

Un mayor detalle en la descripción de las acciones y cierto entendimiento del funcionamiento de dichas acciones, serán el tema de este capítulo, aunado a la legislación guatemalteca al respecto de cada una de las acciones.

- **Acción declarativa de deslealtad:**

Al respecto la ley española otorga el ejercicio de este tipo de acción, si la perturbación creada por el mismo subsiste. Un primer aspecto discutido es si esta acción podría ser ejercida autónomamente o sólo debe considerarse como el presupuesto declarativo de deslealtad del acto a los efectos de accionar la aplicación del resto de las acciones. Si bien su interposición autónoma no sería usual, consideramos que es una herramienta esencial para otorgar certidumbre y seguridad jurídica respecto de una relación jurídica o una situación de hecho sobre la que existen dudas con relación a su lealtad y para evitar disuasivamente que posibles actos

---

<sup>41</sup> NIMS, Harry, [http://www.kpmg.com.co/files/documen\\_corp\\_gov/release/cm\\_glosario.htm](http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/cm_glosario.htm) (13 de febrero de 2008)

desleales se concreten, cumpliéndose así con la misión claramente preventiva de la disciplina.

En cuanto al derecho guatemalteco, la acción meramente declarativa regulada por el Artículo 178 del Decreto del Congreso de la República 57-2000 Ley de Propiedad Industrial, en el que se dispone que en todo proceso judicial para la protección de los derechos regulados en dicha ley y para combatir los actos de competencia desleal, deberán observarse entre otros, el principio de que el Estado velará porque se establezcan medidas eficaces, prontas y eficientes contra cualquier acto u omisión infractora de los derechos de propiedad industrial, inclusive para prevenir dichas infracciones y disuadir nuevas infracciones. Se puede inferir, que dicha normativa opta por el modelo preventivo, ya que se refiere a la correspondencia de la acción cuando la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión al actor. La utilización de la palabra prevenir, parecería abrir la puerta hacia la interpretación de la falta de necesidad de que el acto se haya producido.

Por último, la declaración debería poder ser tanto de carácter positivo como negativo. Podrá solicitarse el pronunciamiento judicial tanto respecto de la existencia como de la inexistencia de la deslealtad, a los efectos de que dicho pronunciamiento pueda evitar un posible daño, así como permitir la libre realización de un acto competencial.

- **Acciones de prohibición y cesación:**

La citada ley española establece el ejercicio de la acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en la práctica. Estas dos acciones constituyen la piedra angular del sistema preventivo contra la competencia desleal que lo distingue del sistema de la represión contra el ilícito civil.

Para aclarar esta afirmación se deben distinguir las funciones de estas acciones. La acción de prohibición permite solicitar al juzgado interviniente que, de manera definitiva, se evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado. Nos situamos ante una orden judicial que impide un acto en potencia. Por su parte, la acción de cesación presenta una doble vertiente: por un lado, la solicitud de que cese definitivamente un acto continuado o que está llevándose a cabo contemporáneamente, y por otro, la solicitud de que se prohíba, también de forma definitiva, la repetición de un acto similar o idéntico a otro ya consumado en el pasado. En ambos casos, será irrelevante que se haya concretado un daño o no.

En la legislación guatemalteca, en el Decreto 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial, en su Artículo 187 atribuye a la autoridad de aplicación la posibilidad de ordenar la cesación inmediata del uso, aplicación, colocación y comercialización de los productos infractores y de las acciones desleales. Como se puede apreciar, dicha normativa se puede aplicar a los actos de desorganización interna del competidor, si bien como medida cautelar y no definitiva.

- **Acción de remoción de efectos:**

Siguiendo con la ley española, se establece la acción de remoción de los efectos producidos por el acto. Como indica Silvia Varona Vilar<sup>42</sup>: “Con el ejercicio de esta pretensión nos hallamos ante una petición de rehabilitación de la situación originaria, es decir, de reponer al mismo estado, en la medida de lo posible, en que se encontraba antes de que se produjera el acto de competencia desleal.”

Esta acción se ejercitará cuando el acto desleal haya efectivamente desplegado efectos negativos para la competencia y para el competidor afectado, por lo que con ella entramos en el ámbito de las acciones represivas, como contraposición a las preventivas analizadas anteriormente. Por lo tanto, no compartimos la opinión de

---

<sup>42</sup> BARONA, Vilar, Silvia, **Competencia desleal**, pág. 62.

prestigiosa doctrina<sup>43</sup> que afirma la posibilidad de ejercer esta acción incluso antes de que el acto de competencia desleal se realice. Si el acto no se realizó, no puede desplegar efectos. Si afirmamos que los actos preparatorios despliegan efectos, no serán preparatorios, sino actos de competencia desleal consumados. Contra los actos preparatorios corresponderá la interposición de la acción de prohibición, mediante la cual se impedirá justamente que los mismos permitan la consumación de actos desleales capaces de desplegar efectos negativos.

Con relación al contenido y alcance de esta acción, la condena consistirá generalmente en una obligación de hacer, dado que se requiere de una actuación posterior, la cual podrá recaer sobre cualquiera de los sujetos legitimados pasivamente.

En ciertos supuestos la actuación del sujeto pasivo podrá ser sustituida por la decisión judicial, la cual constituirá, modificará o extinguirá relaciones jurídicas por si mismas.

En nuestro país no encontramos manifestaciones legislativas de este tipo de acción, puesto que en ninguna de sus normas se contempla la facultad de remover efectos mediante el otorgamiento del derecho de explotación, ya sea como medida cautelar o definitiva.

### **7.3. Medidas cautelares:**

El sistema eminentemente preventivo de la competencia desleal encuentra en las medidas cautelares una pieza básica para asegurar su eficacia y rapidez de respuesta. En muchas ocasiones la protección contra el acto o el potencial acto devendría inútil si se esperara al dictado de la sentencia condenatoria (el cual se puede extender en el tiempo por la actuación dilatoria del demandado) o si se diera traslado de la petición.

---

<sup>43</sup> MASSAGUER, José, **Ob. Cit**; pág. 131.

Las medidas cautelares por competencia desleal supondrán, en gran parte de los casos, la anticipación provisional de la resolución sancionatoria definitiva. No obstante, éstas no dejarán de tener un carácter provisional (puesto que la condena definitiva deberá imponerse una vez que se haya dado intervención a la demandada y que se haya tramitado el proceso) e instrumental (puesto que dependerán de la suerte del principal, pudiendo dejarse sin efecto, por la falta de interposición de demanda en un plazo determinado, por caducidad, por desistimiento o por desestimación).

Como sucede con toda medida cautelar, su viabilidad dependerá de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora ya comentado. En cuanto a la verosimilitud del derecho, en virtud del carácter objetivo y de peligro del acto de competencia desleal, la misma deberá tenerse por acreditada con la verificación de la aparente deslealtad del acto. Cuando se soliciten medidas relacionadas con sanciones preventivas, la apariencia o amenaza de deslealtad se derivará de la existencia de indicios y actos preparatorios del potencial acto, y no de la existencia del acto desleal en sí.

Las medidas a adoptar serán todas aquellas que, según las circunstancias, fueran aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. En el Artículo 367 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio se establece que una vez entablada la acción de competencia desleal, el juez podrá disponer la providencias cautelares que juzgue oportunas para proteger adecuadamente los derechos del público consumidor y de los competidores, siempre que el actor otorgue la debida garantía. Entre las más utilizadas para los actos de desorganización del competidor podemos citar a la cesación o prohibición provisional, la restricción provisional de la actividad, el embargo, entre otras.

Por su parte, en el Decreto 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial, en su Artículo 187 establece lo siguiente: “Medidas: El Juez

ordenará, según el caso, las providencias que prudentemente tiendan a la protección del derecho del querellante o peticionario, tales como:

a) La cesación inmediata del uso, aplicación, colocación y comercialización de los productos infractores y de las acciones desleales;

b) El comiso de los productos infractores, incluyendo los envases, empaques, envolturas, etiquetas, material impreso o de publicidad, maquinaria y otros materiales que sean el resultado de la infracción o se hayan empleado para cometerla, y los medios empleados para cometer la infracción;

c) La prohibición de la importación de los productos, materiales o medios referidos en la literal anterior;

d) La confiscación y traslado a los depósitos judiciales de los productos, materiales o medios referidos en la literal b);

e) Las medidas necesarias para evitar que la infracción o los actos de competencia desleal continúen o se repitan, incluida la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en la literal b);

f) La anotación de la demanda en la inscripción cuya nulidad o anulación se pretende; y

g) La suspensión de los registros o licencias sanitarias o de otra naturaleza, que resulten necesarios para el ingreso, distribución, venta o comercialización de los productos infractores.

El simple retiro de las marcas usadas o colocadas ilícitamente no impedirá que las medidas establecidas en el presente artículo continúen vigentes ni será suficiente

para permitir que las mercancías o productos se introduzcan a los circuitos comerciales.”

#### **7.4. Diligencias preliminares:**

Las diligencias preliminares favorecerán a la correcta preparación del proceso por competencia desleal, contribuyéndose a la obtención de información necesaria para determinar los extremos de la actuación sobre la que se predicará la deslealtad y contribuyéndose a la preservación de las pruebas en caso de peligro de su producción en la etapa correspondiente de la causa. Por lo tanto, a través de estas diligencias previas al proceso principal se prepara el mismo y se asegura la prueba, mientras que a través de las medidas cautelares se asegura la efectividad del proceso y la ejecución de la sentencia. Estas diligencias deberían recaer sobre cualquier sujeto titular, o en posesión, de la información o prueba pretendida, ya que en algunos casos no será el demandado quien cuente con ella. Los presupuestos de su procedencia son la apreciación de la apariencia de deslealtad y la apreciación de la imposibilidad de comprobación del acto si la diligencia no se realiza con anterioridad a la etapa probatoria de la causa.

Las medidas podrán consistir, de acuerdo a la normativa jurídica vigente, en las mismas que se contemplan como medidas cautelares, sin embargo, lo correcto hubiera sido referirse a la ordenación de diligencias preliminares como tal.

#### **7.5. Legitimación:**

En cuanto a la legitimación activa para ejercer las acciones por competencia desleal, nuestro criterio, nos lleva a concluir que podrán solicitar medidas e interponer acciones los competidores que se encuentren en relación directa o indirecta de competencia económica, así como también cualquier asociación u organización

representativa de algún sector profesional, empresarial o de los consumidores cuando resulten afectados los intereses de los miembros.

Se puede inferir de lo establecido anteriormente, que la disciplina de la competencia desleal, debe arbitrar la correcta pugna de los operadores de mercado en la medida en que estén realizando una actividad en competencia, así como también esta disciplina se extiende necesariamente a los consumidores y a las asociaciones no directamente implicadas en la relación de competencia, quienes podrán solicitar la misma.

#### **7.6. Fuero competente:**

En concordancia con lo establecido en el Decreto 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial, tienen competencia para conocer de las acciones civiles o mercantiles que se susciten con motivo de combatir los actos de competencia desleal, los Juzgados del ramo Civil.

Sin embargo, la misma ley deja a salvo, la posibilidad de que se establezcan y organicen juzgados con competencia especial para conocer sobre esta materia. Esta posibilidad significaría un aporte fundamental para el mejor desenvolvimiento de la actuación judicial sobre las acciones de competencia desleal, pues se aplicaría un conocimiento específico y profundo de la materia, se dictarían mejores fallos en un ámbito de indudable complejidad técnica, así como también, habría mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios y mayor coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas.

La especialización puede favorecer la seguridad jurídica. Los operadores económicos necesitan un sistema de solución de conflictos previsible y para ello es preciso el conocimiento de las singularidades de ciertas operaciones y negocios. En ese sentido, se ha dicho con acierto que la seguridad jurídica es un valor económico; y en

esta misma línea puede afirmarse que la labor de nuestros tribunales es un factor clave en el desarrollo económico.



## CONCLUSIONES

1. El Derecho de Competencia constituye una pieza esencial para garantizar al consumidor la protección que merece frente a posibles prácticas empresariales que pudieran no resultar adecuadas respecto del mismo, así también permite garantizar a los empresarios y profesionales la protección de la libertad de empresa que se asienta en el marco de la economía de mercado propugnada por la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. La legislación guatemalteca se encuentra dispersa en diferentes cuerpos legales, que se refieren a aspectos propios de legislación de competencia como monopolios, prácticas restrictivas a la competencia y competencia desleal. Sin embargo, las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de lo estipulado en la normativa jurídica, carecen de suficientes herramientas legales e institucionales para hacerla cumplir.
3. Las normas que definen, califican y sancionan los actos de competencia desleal, son de carácter imperativo, es decir, no es necesario que un contrato mercantil, recoja en sus estipulaciones qué actos están prohibidos por considerarse desleales, sino que las normas que regulan estos actos son de obligado cumplimiento para todas las personas físicas o jurídicas que a diario operan en el tráfico mercantil.
4. En Centroamérica y en Latinoamérica en general no existen instancias adecuadas para la coordinación e implementación de acciones de cooperación en materia de competencia. La ausencia de coordinación en el tema de competencia en el nivel multilateral se explica por varios factores, entre los que resaltan: la alta sensibilidad política que tienen los países respecto de su soberanía, y la resistencia de los países, particularmente los de economías industrializadas de asumir

compromisos internacionales de carácter multilateral, pues son incompatibles con la aplicación de sus políticas industriales.

5. Es necesaria la actuación de instancias internacionales a las que podrían acudir los gobiernos en caso de darse prácticas anticompetitivas por parte de empresas multinacionales en los mercados domésticos. Al respecto cabe destacar que la consolidación de los procesos de globalización de los mercados subraya la necesidad de una organización y de una normativa multilateral para regular y corregir prácticas anticompetitivas. Esto es particularmente importante desde la perspectiva de los países con economías pequeñas y emergentes, que son más vulnerables a este tipo de prácticas por parte de las empresas multinacionales.

## RECOMENDACIONES

1. La discusión sobre políticas de competencia debe intensificarse a todo nivel. Es importante que el gobierno, sector privado y academia comiencen una discusión seria del asunto con vistas a definir el curso de estas políticas en el país.
2. Debe trabajarse fuertemente en dar a conocer las verdaderas características e implicaciones de las acciones de competencia desleal para fomentar una discusión informada y sin prejuicios. En la práctica, esto podría hacerse difundiendo y debatiendo, en diversos lados y medios de comunicación, los anteproyectos de leyes existentes. De la discusión intensa deberían salir los acuerdos políticos para apoyar determinada legislación y conjunto de políticas de competencia.
3. Es necesaria la creación de una entidad encargada de la aplicación de una ley de competencia, que ostente la suficiente independencia, capacidad financiera y técnica como para llevar adelante su misión de manera efectiva. Es necesario fortalecer la institucionalidad del Estado, para que una entidad de promoción de la competencia pueda ser viable. T
4. Es recomendable que el Ministerio de Economía, por conducto de la Dirección de Promoción de la Competencia, las universidades y los centros de investigación, promuevan la discusión y el conocimiento de las políticas de competencia en los distintos sectores de la sociedad. De la misma manera, que realicen análisis y estudios sobre las condiciones de competencia de los mercados de bienes y servicios más relevantes de la economía guatemalteca y realicen propuestas para eliminar las regulaciones de tipo tradicional que limitan el acceso a los mercados.
5. Es importante la formulación de propuestas adecuadas para mejorar las regulaciones en relación a la competencia, por lo que las universidades deberían incluir dentro de los programas de las facultades de Economía y Derecho, cursos de

Organización Industrial, Políticas de Competencia y Derecho de la Competencia, para promover la discusión y formar profesionales que conozcan de estos temas.

## BIBLIOGRAFÍA

AYUSO, Javier Enrique. **Los acuerdos de no competencia post-empleo**. Madrid, España: Ed. RDM, 1994. 196 págs.

BARONA, Vilar, Silvia, **Competencia desleal**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1999. 596 págs.

BELLIDO Penadés, Rafael, **La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil**. Granada, España: Ed. Comares, 1998. 430 págs.

BERTOME, Luis Eduardo y Guillermo Cabanellas De Las Cuevas. **Derecho de marcas, Designaciones y Nombres Comerciales**. 2 t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999. 356 págs.

CABANELLAS De Las Cuevas, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1983. 877 págs.

CORREA, Carlos, **Protección de la información confidencial y competencia desleal**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, 1996. 221 págs.

DAVITT, Michael, **The Fall of Feudalism in Ireland**, <http://es.wikipedia.org/wiki/Boicot> (26-09-2007).

GACHARNÁ, María Consuelo, **La competencia desleal**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1982. 117 págs.

GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, **Competencia Desleal Actos de Desorganización del Competidor**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lexis Nexos. 2004. 225 págs.

GHIDINI, Gustavo, **La competencia desleal desde las corporaciones al corporativismo**, traducida al español por Gabriel A. Stiglitz; Milán, Italia: Ed. RDM, 1977. 166 págs.

GÓMEZ SECADE, José Antonio, **El secreto industrial, concepto y protección**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1974. 144 págs.

HEFFERMEHL, Wolfgang, [www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/marcole/marcole.shtml) - 47k (9-07-2006).

KAPLAN, Ernest George, **Franquicia y libre competencia**, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf> (12-10-2007).

LLOBREGAT Hurtado, Maria Luisa, **Aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho español y derecho norteamericano**. Barcelona, España: Ed. Cedecs, 1999. 265 págs.

MASSAGUER, José, **Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1989. 183 págs.

MASSAGUER, José, **Comentario a la Ley de Competencia Desleal**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1990. 652 págs.

MENÉNDEZ, Aurelio. **La competencia desleal**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1988. 171 págs.

MIGUEZ, Isabel. **La empresa y las responsabilidades emergentes de la competencia desleal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. 1999. 187 págs.

NIMS, Harry,  
[http://www.kpmg.com.co/files/documen\\_corp\\_gov/release/cm\\_glosario.htm](http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/cm_glosario.htm)  
(13-02-2008)

OTAMENDI, Jorge, **La competencia desleal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1999. 220 págs.

RIPPE, Siegbert, **La concurrencia desleal**, <http://dpi.bioetica.org/docdpi/rippe.htm>  
(5-07-2006).

ROMERO, Antonio y Carlos E. González. "Condiciones Generales de Competencia en Guatemala". <http://biblio2.url.edu.gt:8991/libros/Cepal.pdf> (10-06-2006).

ROUBIER, Paul, <http://www.monografiass.com/Derecho/more21.shtml> (14-07-2006).

TRONCOSO, Mauricio, **El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (reflexiones en torno al art. 7, LDC)**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1995. 109 págs.

VILALTA NICUESA, Aura Esther y Rosa M. Méndez Tomás, **Acciones por competencia desleal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1992. 169 págs.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPs).**

**Convenio de París Para la Protección de la Propiedad Industrial.** Organización Mundial de la Propiedad Industrial. Ratificado a través del decreto 11-98 del Congreso de la República de Guatemala.

**Código de Comercio de Guatemala.** Congreso de la República, Decreto 2-70, 1970.

**Ley de Propiedad Industrial.** Congreso de la República, Decreto 57-2000, 2000.