

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la competencia desleal.

BOLETÍN N° 3.356-03.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Economía tiene el honor de presentaros su informe sobre el proyecto de ley de la referencia, iniciado en moción de los Honorables Diputados señores Saffirio, don Eduardo; Bustos, don Juan; Tuma, don Eugenio; Galilea, don José Antonio; Burgos, don Jorge; Luksic, don Zarko; Silva, don Exequiel, y Meza, don Fernando.

Se hace presente que la iniciativa fue discutida sólo en general, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de la Corporación.

A una de las sesiones en que la Comisión estudió este asunto asistió, además de sus integrantes, el Honorable Diputado señor Eduardo Saffirio.

Asimismo, a una o más sesiones asistieron, especialmente invitados por la Comisión, el Jefe de la División de Desarrollo de Mercado, del Ministerio de Economía, señor José Tomás Morel; el Subfiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara; el señor Carlos Eliseo Concha Gutiérrez, abogado del Estudio Prieto y Compañía; el señor Enrique Barros Bourie y el señor Mauricio Tapia Rodríguez, abogados del Estudio Barros, Letelier y Cia; el señor Arturo Irarrázabal Covarrubias, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y el señor Enrique Hraldo Larraín, Gerente Jurídico de Nestlé S.A.

- - -

OBJETIVOS DEL PROYECTO

En lo fundamental, crear un nuevo texto legal, que regule la competencia desleal y sancione los actos de competencia desleal.

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

Se deja constancia que el artículo 13 del proyecto contiene una norma de carácter orgánico constitucional, por incidir en materias relacionadas con atribuciones y competencia de los tribunales de justicia. Por lo anteriormente señalado, debe ser aprobada en general por las cuatro séptimas partes de los Honorables Senadores en ejercicio, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 77 y 66, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Se hace presente que la Honorable Cámara de Diputados remitió a la Excelentísima Corte Suprema esta iniciativa de ley, con el fin de recabar su parecer al respecto, en atención a que, como se indicó, el proyecto dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, de conformidad al artículo 77, inciso segundo y siguientes, de la Carta Fundamental, y al artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. La Excelentísima Corte Suprema, por oficio N°2.080, de fecha 08 de octubre de 2003, comunicó su opinión respecto del proyecto del ley.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de este proyecto de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

ANTECEDENTES JURÍDICOS.

Resulta pertinente considerar otros cuerpos legales que se refieren a materias afines, tales como la ley N° 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973; la ley N° 19.496, que establece Normas sobre

Protección de los Derechos de los Consumidores, y la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

ANTECEDENTES DE HECHO

1) La moción que dio origen a este proyecto de ley señaló las ideas fundamentales del mismo, y precisó que la iniciativa legal se funda en la cada vez mayor preocupación que los distintos ordenamientos jurídicos demuestran por la protección de los agentes partícipes en actividades económicas, y en la circunstancia que dicha inquietud es asumida con fuerza por los diferentes legisladores del mundo.

Los Honorables Diputados autores de la moción estimaron que tal es el caso de las normativas económicas referidas a la competencia desleal, asunto que ha sido tratado con diferente atención por el legislador nacional, pero sin que tenga hasta ahora una preceptiva integral.

La competencia desleal es un fenómeno complejo y que puede afectar o no a la libre concurrencia en el mercado y puede perjudicar o no a los consumidores. Sin embargo, ella siempre se dirige, por definición, contra otro u otros agentes del mercado, sea en materia de bienes, sea en materia de servicios. Es esta última situación la que, en su opinión, debe ser sistematizada, pues ella no tiene tratamiento en otras normas jurídicas, como, por ejemplo, en la ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o en la ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

Con esta iniciativa legal, conforme a sus autores, se complementa debidamente el derecho chileno de la competencia, sobre todo en lo atinente a la integración, interpretación y juzgamiento de cuestiones del área referida.

Adicionalmente, indicaron, los actuales tiempos, en los que Chile se inserta con fuerza en el mercado internacional a través de los diferentes tratados de libre comercio que se han llevado adelante, hacen necesario realizar un esfuerzo adicional en materias que al presente carecen, a lo menos, de una regulación sistemática, que permita a los agentes del mercado actuar con la seguridad de que se han de proteger valores como la buena fe y la leal y honesta competencia económica.

Asimismo estimaron que abordar esta materia puede posibilitar una mayor defensa para aquellos agentes económicos que hoy se ven afectados de manera importante, por lo que comúnmente se denomina "pirateo", esto es, la imitación de productos en los que se aprovecha el trabajo, intelectual y material, de otros sin pagar los derechos correspondientes.

La Constitución Política de la República garantiza la libertad para emprender actividades económicas, siempre que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y que se realicen respetando las normas legales que las regulen, por lo que resulta obvio, en opinión de los autores, que existe un llamado del constituyente para que el legislador proceda a dictar los marcos jurídicos necesarios para el desarrollo de las actividades garantizadas en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de 1980.

Se indica en la moción que ella ha tomado elementos de las leyes española, argentina y colombiana sobre el particular, por cuanto han notado entre ellas gran similitud en el desarrollo de algunas disposiciones.

2) El informe de la Comisión de Economía de la Honorable Cámara de Diputados consignó que se denomina “política de competencia” a las disciplinas que reglan la cantidad de competidores en un mercado determinado. Las regulaciones que se relacionan con este tema son parte de la soberanía nacional. Sin embargo, las disciplinas internacionales han comenzado a abordar el tema, toda vez que este tipo de normas pueden convertirse en barreras al acceso al sector de servicios e inversiones o pueden permitir prácticas monopólicas en el ámbito de los bienes.

En este contexto, el citado informe señaló que la actividad económica en Chile, es garantizada, en primer término, por la Constitución Política de la República, la que asegura el libre ejercicio de cualquier actividad económica, consagrando, de este modo, la libre competencia.

En segundo término, es el Poder Ejecutivo el que a través de los órganos antimonopólicos del Estado, establece las políticas de competencia. Ellos tienen la responsabilidad de sancionar las conductas desleales y velar por el cumplimiento y el control de la normativa vigente. En esta materia, el Gobierno puede tomar las medidas que estime convenientes en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma.

Se estableció que hoy, los órganos encargados de velar por la competencia en Chile son la Fiscalía Nacional Económica, la Comisión Preventiva Central y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La primera norma jurídica que se implementó en Chile en materia de competencia fue la ley N° 13.305, de 1959, que prescribe

directivas para fomentar la libre competencia industrial y comercial. Dispone un sistema de protección legal de la libre competencia.

Posteriormente, en 1973, se dictó el decreto ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia, que fija su institucionalidad en respuesta a las necesidades de la época. Hechos como la inserción económica internacional, y los cambios en la estructura económica internacional, entre otros, han motivado la modificación de esta preceptiva, con objeto de reforzar los procedimientos legales de defensa de la competencia. Así es como la ley N° 19.610, de 1999 asigna mayor presupuesto y fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica y la ley N° 19.911, publicada el 14 de noviembre de 2003, crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

La Comisión inició la discusión general del proyecto, oyendo a uno de los autores de la moción parlamentaria que le dio origen, el Honorable Diputado señor Eduardo Saffirio.

El Honorable Diputado señor Saffirio comenzó su exposición explicando el origen de la moción en comento. Esta moción, señaló, la presentó junto a otros nueve señores Diputados, representantes de distintas regiones y coaliciones políticas. Destacó que la misma fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Economía de la Cámara, y en la Sala de la Cámara de Diputados se aprobó también por unanimidad, al parecer con dos abstenciones.

Señaló que en la Comisión Mixta que se constituyó a propósito del proyecto de ley que creó el Tribunal de la Libre Competencia, tuvo lugar un debate bastante fuerte en torno al tema de la competencia desleal. En esa instancia, se buscó incorporar una idea que algunos Honorable Diputados habían propuesto ya con anterioridad, en la discusión de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Economía, cual es señalar la competencia desleal como un tipo de conducta específica que atenta contra la libre competencia, o que puede atentar contra la libre competencia, idea que contó con el apoyo de importantes juristas. Sin embargo, explicó, como la mecánica de tratamiento de las figuras en el Tribunal de la Libre Competencia era una definición genérica y luego, tres o cuatro tipos de figuras específicas, se dijo en esa instancia que no era necesario incluir la competencia desleal, específicamente, como conducta atentatoria contra la libre competencia porque se comprende en la figura genérica, del artículo 3° del entonces

proyecto de ley. No obstante, un grupo de Diputados, entre los que se incluye, señalaron entonces que se encontraban preparando una moción para sancionar siempre la competencia desleal.

Respecto a la relación entre competencia desleal y libre competencia, precisó que no siempre la competencia desleal atenta contra la libre competencia. Como ejemplo de lo anterior, indicó el siguiente: hay una practica denigratoria que es técnicamente una figura clásica de competencia desleal, y un pequeño y mediano empresario es víctima de esa práctica, recurre ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y el presunto autor de la practica denigratoria, o sea, de la conducta de competencia desleal, fundamenta su defensa en los siguientes términos, “pero mire, en este mercado tenemos cien competidores, aún cuando yo hubiese incurrido en una práctica denigratoria o en un acto de competencia desleal, yo no he atentado contra la libre competencia porque la oferta ha sido lo suficientemente atomizada como para que aquí la formación de los precios tenga que ver estrictamente con el juego de la oferta y la demanda”. Lo anterior grafica, en su opinión, que no siempre un acto de competencia desleal implica un atentado a la libre competencia, y por ende, evidencia la necesidad de legislar en la materia.

Finalmente, señaló, se incluyó esta figura “cuando atente contra la libre competencia”. Pero, cabe preguntarse que ocurre en aquellas hipótesis en las que la competencia desleal no atenta contra la libre competencia, tal como lo ejemplarizó precedentemente; hoy en día, quien se vea afectado por una conducta de estas características, debe recurrir a las normas generales de la indemnización de daños y perjuicios del Código Civil, juicios que son de lato conocimiento, juicios ordinarios. En la legislación comparada, prosiguió, esta materia se encuentra expresamente regulada, como consta en el informe elaborado al respecto por la Unidad de Apoyo Legislativo del Congreso Nacional, lo que fue una de las razones que los llevó a impulsar este proyecto que tiene por objeto sancionar la competencia desleal en aquellos casos no contemplados por la legislación vigente, esto es, cuando no atente contra la libre competencia.

En segundo lugar, el Honorable Diputado señor Saffirio precisó que la normativa contenida en la moción, de la cual es uno de sus autores, tiene el carácter de residual, punto en el que se tuvo especial cuidado, en dos sentidos. Primero, con el fin que no “choque” con lo que son las normas sobre libre competencia, porque su objeto es velar por la competencia honesta y no por la competencia libre, y, por otra parte, en el sentido que se aplica cuando no queda el caso incluido dentro de lo que son las leyes de defensa al consumidor y normas de propiedad industrial y de propiedad intelectual, o sea, así está pensado y se señala expresamente en la moción y quedó claro en el debate que es una norma de carácter residual.

Luego de haber explicado los orígenes de la moción, el Honorable Diputado señor Saffirio se abocó al contenido del proyecto, y la mecánica del debate en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. El proyecto contempla una figura genérica y luego algunas figuras que son las clásicas de más típica ocurrencia, por ejemplo, la denigración comercial, la confusión de productos, la intromisión en lo que es la administración interna de una empresa distinta, en términos, por supuesto, ilícitos; estructura similar a la de la ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este punto, señaló que en su opinión, existen figuras que contempla la legislación comparada, por ejemplo la legislación española, y que no se tipificaron, por lo que se permitió sugerir que en esta instancia se avanzara en la materia. Asimismo, en la Cámara de Diputados se presentó una indicación, la que en definitiva fue rechazada, que establecía una presunción de competencia desleal cuando reiteradamente y en forma grave se infringen normas de inmigración, tributarias, laborales, sanitarias, como ocurrió en el famoso caso de Loza Penco, que durante años evadió normas tributarias y en razón de ello fue sancionado penal y administrativamente, pero obviando la circunstancia que durante los años en que operó en el mercado, dada la magnitud y la reiteración de la falta, podría considerarse que incurrió en conducta de competencia desleal, en contra de sus competidores que sí cumplían con la normativa tributaria; lo mismo puede ocurrir con normas sanitarias, normas laborales, normas de inmigración como un tema de creciente importancia. Si estos incumplimientos son graves y reiterados, constituirían actos de competencia desleal, de competencia no honesta, aún cuando no se atente contra la libre competencia.

A continuación, el Honorable Diputado señor Saffirio se refirió al tema de la sanción a los actos de competencia desleal, específicamente a la posibilidad de aplicar multas en estos casos, multas que eran mucho más altas en la moción y que disminuyeron en cuanto a su monto en el debate en la Cámara. Ello ocurre por que se entiende que en esta materia se encuentra comprometido un bien jurídico que va más allá de la relación entre dos empresarios, a propósito de la competencia honesta, y que es que la competencia sea honesta, leal, que sea una competencia que en definitiva responda a las sanas costumbres mercantiles, a la buena fe comercial, a la práctica honesta en materia económica. La protección de este bien jurídico le debe interesar al Estado, a la sociedad. La economía de mercado no es solamente un mecanismo económico, sino que ese mecanismo opera bien o mal dependiendo de los sustratos éticos que son anteriores, pues, en su entender, hoy nadie duda que la economía de mercado no puede funcionar sin ciertos sustentos éticos. Entonces, en los casos de competencia desleal la sanción debe ir más allá de simplemente resarcir daños o perjuicios o publicar una sentencia condenatoria, mas allá de lo que pueda ser el accionar de particulares que han sido víctimas de conductas de competencia desleal; estos actos de competencia desleal deben ser sancionados por el Estado.

Respecto a este punto, en el debate en la Comisión de Economía de la Cámara, algunos Honorables Diputados hicieron presente que en ciertos casos, para algunos competidores, el beneficio obtenido con la práctica de conductas desleales pudiera resultar mucho mayor a la eventual sanción pecuniaria que se impusiera, por lo que plantearon contemplar, además de la multa, otras sanciones que van desde la suspensión hasta el cierre, siempre dentro del ámbito de las sanciones administrativas.

Finalizada la exposición del Honorable Diputado señor Zafiro, el Honorable Senador señor Senador Orpis le consultó por el fundamento de otorgar competencia en esta materia a los jueces civiles, en lugar de ampliar la competencia al Tribunal de la Libre Competencia. Al respecto, el Honorable Diputado señor Saffirio señaló que el Ejecutivo no estuvo de acuerdo en ello. La posición del Ejecutivo en esta materia, planteada por las autoridades presentes en la discusión del proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa la Libre Competencia, fue excluir la competencia desleal del ámbito del conocimiento del Tribunal de la Libre Competencia salvo cuando atentara contra la libre competencia, y si no atentaba contra la libre competencia por definición estaba fuera del ámbito. Los autores de la moción, entre los que se cuenta, para evitar un veto presidencial establecieron en este caso que serían competentes los Juzgados Civiles con un juicio sumario, incluso con normas de prescripción más cortas de la acción que las que señalan las normas generales de indemnización de perjuicios. Pero en su opinión debiera haber un órgano económico jurídico especializado que conociera este tipo de conducta. Recordó, no obstante, que en la Comisión Mixta existió una fuerte posición de quienes sostenían que la competencia desleal, al margen de las distinciones si se quiere teóricas, doctrinarias, de que en algunos casos atenta contra la libre competencia y en otros no, por el hecho de que hay un mercado lo suficientemente atomizado de oferentes, en este caso, debiera ser siempre conocida por el Tribunal de Libre Competencia y sancionada por éste.

El Honorable Senador Orpis precisó que, no obstante distinguir conceptualmente competencia desleal de libre competencia, en su opinión el conocimiento de ambas debe corresponder a un Tribunal especializado.

El Honorable Senador señor Cariola manifestó su interés en la materia tratada, pues, de radicarse en Tribunales distintos el conocimiento de las acciones relativas a la libre competencia y a la competencia desleal, podría ocurrir que en aquellos casos donde no resulta claro si una conducta de competencia desleal atenta o no contra la libre competencia, se suspenda el juicio por largo tiempo hasta que se dilucide este punto y, por ende, que tribunal es competente. En razón de lo anterior, estimó que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que debiera

ser competente para conocer de todas las conductas de competencia desleal, aún cuando entendió que existe un problema práctico al respecto, de recargo de trabajo del Tribunal. Destacó asimismo el carácter especializado de estas materias. Hizo presente la existencia de un organismo, de carácter privado y que cuyas resoluciones carecen de imperio, que regula y sanciona la competencia desleal. En su opinión, es un tema que requiere de regulación expresa.

Con el fin de ilustrar el debate, la Comisión escuchó, a continuación, la posición del Ministerio de Economía respecto al proyecto, en voz del representante del Ministro de Economía, Jefe de la División de Desarrollo de Mercado, don José Tomás Morel. El señor Morel se refirió, en primer lugar, a las razones que se tuvieron en consideración para excluir del ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a la competencia desleal, salvo el caso que se ha indicado precedentemente. Se partió de la base, indicó, del diagnóstico efectuado en las Comisiones Preventiva y Resolutiva, en las que se producía una desviación del foco principal, que era ver los casos de libre competencia, que requieren un análisis muy profundo, de tipo estadístico, legal, económico, por el gran número de casos de competencia desleal que ingresaban. En consecuencia, estos casos, de menor importancia desde el punto de vista de impacto en el mercado, producían una menor eficiencia en el ámbito realmente importante.

Con este diagnóstico, prosiguió, el Ejecutivo en el debate del ya tantas veces nombrado proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, optó por un Tribunal con competencia más restringida, dejando fuera las conductas de competencia desleal que no afectaban al mercado sino que, esencialmente, eran conflictos entre particulares. Especificó que, al presentarse un determinado caso ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, este Tribunal no es que se inhiba por se de su conocimiento, sino que analiza si hay una posición dominante o va a haber, si hay riesgo de que se fortalezca una posición dominante, o que se prefiera una posición dominante, luego, con una respuesta afirmativa, se estudia el caso sea o no de competencia desleal, o sea, no es que se inhiba de ver casos de competencia desleal, sino que conoce de casos que afecten la libre competencia. Efectivamente, continuó, el Ejecutivo fue muy claro en que quería dejar fuera del Tribunal las demás conductas de competencia desleal que no afectaban el mercado, con esta idea de no sobrecargar la labor del Tribunal, para que no aconteciera la desviación de su foco principal, como ocurrió en su momento con las Comisiones Preventiva y Resolutiva. En su opinión, el modelo adoptado es el correcto, pues las conductas de competencia desleal que no involucran una posición dominante pueden ser conocidas sin inconvenientes por los Tribunales Civiles, al no requerir tanta especialización, como en los casos de libre competencia que requieren un análisis económico mucho más profundo, en efecto, el análisis de los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre competencia permite observar que el

80% del fallo consiste en determinar si esa empresa tiene o no posición dominante.

A continuación, informó a la Comisión que, a raíz de la presentación de esta moción parlamentaria, se constituyó en el Ministerio de Economía una comisión de trabajo conformada por representantes de la Fiscalía Nacional Económica, del Servicio Nacional del Consumidor y del mismo Ministerio, comisión que elaboró un informe, con sus conclusiones, el cual fue presentado por el Fiscal Nacional Económico, don Pedro Matar, en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. El informe contenía bastantes observaciones que fueron en alguna medida acogidas en la Cámara de Diputados.

Por último, hizo presente que el Ministerio que representa estima que el proyecto en discusión es un buen proyecto, sin perjuicio de tener algunas observaciones particulares al mismo, a las que se refirió brevemente y que, según expresó, se traducirán en indicaciones en la etapa de discusión particular. Entre estas observaciones, destacó la necesidad de una tipificación más específica de las conductas constitutivas de competencia desleal, pues la situación es distinta que en el caso del Tribunal de la Libre Competencia, donde hay un tribunal que va sentando jurisprudencia, en este caso son muchos los juzgados civiles que conocerían de estas materias, por lo que una tipificación genérica podría tener resultados muy diversos y generar mucha incertidumbre, mucha incerteza jurídica para el accionar de los empresarios. Asimismo, estimó que hay artículos con gran coincidencia con la ley de propiedad industrial, y algunas otras figuras que se podrían incluir como conductas contrarias a la competencia leal, como “la canela”.

Finalizada la intervención del señor Morel, el Honorable Senador señor García, Presidente de la Comisión, dio la palabra a don Enrique Vergara, Subfiscal Económico. El señor Vergara manifestó, en primer lugar, que la Fiscalía advierte la necesidad de regular la materia, y que se encuentra de acuerdo con el proyecto en discusión.

No obstante, y en consideración a las distintas opiniones que se han vertido en la presente discusión, estimó necesario efectuar una distinción conceptual entre la libre competencia y la competencia desleal. Los temas de la libre competencia, en general, operan en aquellos casos en que no se está dando la competencia, o sea, hay un problema de formación de precio, no hay competencia porque hay un cartel en que todos se ponen de acuerdo en el precio, en la producción, en las cuotas, o porque hay una empresa dominante monopólica que cobra precios que no tienen nada que ver con la formación de un precio competitivo. En esas hipótesis, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia busca que los precios se formen de manera competitiva. En cambio, en la competencia

desleal ocurre exactamente todo lo contrario, hay mucha competencia, tanta competencia, tanta agresividad que se llega a malas artes y, por lo tanto, en su entender en este caso hay mas bien ilícitos de carácter civil, sin que exista un interés público comprometido, como en el caso de la libre competencia, que es objeto de protección en todas partes del mundo por parte de una agencia, más o menos dependiente del Estado, que se preocupa de que operen las normas de la libre competencia.

En consecuencia, estimó que el primer punto a destacar es que existe un interés público comprometido en el caso de libre competencia, consistente en que los precios se formen de acuerdo con criterios públicos, y por eso es objeto de protección en todas partes del mundo en los términos vistos. Existen conductas de competencia desleal que pueden afectar un interés público, y así lo reconoce y lo recoge el Decreto Ley N° 211, al entregar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, competencia para conocer casos de competencia desleal que puedan significar alcanzar, mantener o implementar una posición dominante, pero lo que le preocupa al legislador ahí no es el acto de competencia desleal en sí, sino que si a través de éste se alcanza una posición dominante. Por otra parte, el interés público también puede verse afectado por un acto de competencia desleal, cuando el acto de competencia desleal pueda afectar a los consumidores, lo que ocurre cuando se crea confusión en los consumidores, y esos casos los contempla la ley de protección al consumidor.

El proyecto tiene, por tanto, el carácter de normativa residual, se comprenderían aquellos casos de conducta de competencia desleal, en que el afectado es un competidor, y hay por tanto, un interés privado comprometido. Se trata, en consecuencia, de un ilícito civil, y en el juicio deberán ventilarse los daños y perjuicios concretos que ese competidor ha sufrido. Conforme a lo señalado, la Fiscalía no estaría, en principio de acuerdo en aplicar multas y otras sanciones de carácter administrativo que el proyecto propone; asimismo, consignó que la Fiscalía, también en principio, estima que el conocimiento de estas materias debe radicarse en los Tribunales Civiles, sin perjuicio de poder efectuar un mayor análisis sobre el particular, acogiendo algunos puntos de vista que se han dado a conocer en el presente debate. También estimó que otro tema a analizar es la titularidad de la acción en estos casos de competencia desleal, porque si en los casos en que se afecta el interés público se aplica la ley de protección del consumidor o la ley de defensa a la competencia, en estos casos en que existe un interés privado no habría razón para entregar la acción a cualquier persona, el titular debiera ser sólo el competidor afectado.

En la misma sesión, y luego de oír a los representantes del Ministerio de Economía y de la Fiscalía Nacional Económica, el Honorable Diputado señor Saffirio solicitó efectuar algunos

comentarios a dichas intervenciones. En primer lugar, en cuanto al temor de incerteza jurídica que ocasionaría una norma genérica en materia de competencia desleal, atendido que se trataría de una materia de competencia de los tribunales civiles, hizo presente que en el artículo 14 del proyecto de ley aprobado por la Cámara, se contempla la posibilidad de interponer contra la sentencia del Tribunal Civil todos los recursos que franquea la ley de acuerdo a las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, de modo tal que se irán uniformando las interpretaciones, vía la actuación de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. En referencia a otro de los aspectos que ha sido central en el debate verificado, esto es, la existencia o no de interés público comprometido en las conductas de competencia desleal regidas por este proyecto de ley, señaló que naturalmente en una ideología liberal extrema, este es un problema entre particulares, pero en su visión, que corresponde a la de la mayoría de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, al Estado y a la sociedad le interesa que la competencia, además de ser libre, sea honesta, adhiriendo al modelo de economía de mercado, pero con parámetros éticos. Recordó en este punto a Adam Smith, quien, en su opinión, antes que economista fue un filósofo preocupado de lo moral.

En una sesión posterior, y con el fin de ilustrar el debate, la Comisión procedió a oír la exposición de una serie de invitados, destacados juristas expertos en la materia.

Señor Carlos Concha Gutiérrez.

En primer lugar, el Presidente le dio la palabra al abogado señor Carlos Concha Gutiérrez, del Estudio Prieto y Compañía, quien realizó un detallado análisis del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. El señor Concha señaló que, más que abocarse al estudio de los aspectos conceptuales inspiradores de la ley, su análisis dice relación con el texto mismo del proyecto en discusión. De esta manera, realizó un análisis pormenorizado del articulado del proyecto.

Así, respecto al artículo 1°, relativo al objeto del proyecto, formuló varios comentarios. En su opinión, se aborda uno de los aspectos a definir en un proyecto de esta naturaleza, cual es la naturaleza de los actos de competencia desleal, en el sentido si ellos deben ser voluntarios o no. En la terminología actual del proyecto, al usar la voz "actos", en un sentido jurídico civil la referencia está hecha a actos voluntarios, por lo que sugirió sustituir esta palabra por "conducta", término que comprendería actos voluntarios y no voluntarios. Por otra parte, estimó que los actos de competencia desleal pueden ser exclusorios no sólo de competencia, sino también de la competencia potencial, por lo que el proyecto debería sancionar los actos de competencia desleal referidos no sólo a bienes y servicios que se transen, sino también a aquéllos que sean transables. Por

último, propuso dar mayor amplitud al proyecto en relación al sujeto activo de la conducta de competencia desleal.

El artículo 2º, prosiguió, dice relación con la forma de integración entre las normas de protección al consumidor, de defensa de la libre competencia, y de competencia desleal. Si bien es cierto que se establece un orden de precedencia, en razón del principio de la especialidad, desde su perspectiva de abogado es fundamental una norma clara y precisa, pues, en caso contrario, cada juicio se va a transformar un debate jurídico procesal respecto a la legislación aplicable, y, consecuentemente, la ley en letra muerta.

En forma previa a entrar en el análisis de la definición de actos de competencia desleal, precisó dos aspectos relativos a las normas sobre libre competencia: en primer lugar, todas ellas dicen relación con la adquisición o abuso de poder de mercado, lo que no es un tema significativo en materia de competencia desleal; y en segundo lugar, la ley de defensa a la libre competencia se preocupa de definir los medios legítimos para adquirir poder de mercado, y sancionar los abusos de este poder de mercado. En este último punto ha habido confusión, respecto de cuales son los medios ilícitos para adquirir poder de mercado.

Resaltó la importancia de que el proyecto de ley se definan cuales son los medios ilícitos de competir. Precisó que la competencia, por definición, es una rivalización por captar clientela nueva o ajena, por lo tanto el resultado no puede consistir en el ilícito. En efecto, es de la desviación de clientela de donde resultan los beneficios de la competencia. Una definición imprecisa o confusa es muy grave en esta materia, más incluso que en materia de libre competencia, pues en este ámbito se carece del sustento jurisprudencial y de la teoría económica que existe en el caso de la libre competencia, acá el único punto de referencia son principios de orden ético. El artículo 3º, en su opinión, da una definición muy general de “acto de competencia desleal”, sin apuntar a que la cuestión es determinar cuales son los medios ilícitos de competencia. Asimismo, contiene una serie de defectos que el señor Concha calificó de “insalvables”, a saber:

- La definición prescinde de elementos objetivos que digan relación con los medios ilícitos de competir, sino que se refiere a una serie de categorías jurídicas de orden subjetivo o consuetudinario, que a su juicio son irrelevantes. Así, define estas conductas como “contrarias a la buena fe comercial”, en circunstancias que la buena fe es un elemento que alude al fuero interno de las personas, y el derecho regula y se preocupa de lo que se exterioriza.

- La definición de este artículo recoge una visión corporativista de la legislación sobre competencia desleal, que es la visión

tradicional en la materia, de la cual no obstante el proyecto de ley pareciera intentar sustraerse. Esta visión busca la protección de la clientela y de los empresarios, y en definitiva consagra reglas que se oponen a la competencia, consagra la prohibición de competir.

El señor Concha expuso, a continuación, cuales son, a su juicio, las características de la responsabilidad derivada de los actos de competencia desleal de este proyecto de ley. En su entender, se deben definir las conductas; cuál es la categoría que las hace antijurídicas; si la responsabilidad es objetiva o subjetiva; si se requiere o no un daño, y la relación de causalidad que debe tener la conducta con las eventuales lesiones a bienes jurídicos, y el criterio de gradación de sanciones. En cuanto a los criterios de antijuridicidad, analizó uno a uno los contenidos en el artículo 3°, concluyendo que no logran definir la característica de los medios ilícitos de competir; asimismo, se señala que ellas deben tener por objeto la desviación de clientela, lo que como indicó, es inherente a la competencia. Por eso es partidario que el proyecto opte, en lugar de una definición genérica, por una enumeración de las conductas de competencia desleal.

A continuación, el señor Concha aludió a las conductas de competencia desleal enumeradas en el proyecto. En primer lugar se cuestionó si estas conductas son de peligro o de resultado, esto es, si se exige la lesión del bien jurídico, y estimó que si bien es claro que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se requiere un daño, en el ámbito de la responsabilidad infraccional, dado el énfasis ético de la ley, debe tratarse de conductas de peligro concreto. En segundo lugar, lógicamente debe requerirse dolo, la finalidad o el propósito, lo que es claro en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, pero estimó conveniente establecer asimismo el cuasidelito de competencia desleal, en la medida que se exija la concurrencia de culpa grave. En cuanto a la responsabilidad infraccional, hay una confusión en el proyecto, pues al establecer la actuación de oficio del juez en este caso, no resulta claro si se exige la concurrencia del dolo, lo que en su opinión es exigible por un mínimo de justicia.

La relación de causalidad, continuó, obviamente es un requisito en la materia, al cual sólo algunas disposiciones del proyecto hacen referencia explícita, por lo que estimó conveniente consagrar un principio general exigiendo relación causa-efecto, y en este punto es resorte del legislador establecer que índole de relación causa-efecto va a consagrar, entre las muchas que pueden pensarse.

Formuló también algunas precisiones terminológicas del texto del proyecto.

Realizó luego algunas observaciones que calificó de “particulares”, al texto del proyecto en estudio, entre otras:

- Referencia a los artículos 4° y 5°, en los que su redacción da a entender que el inciso segundo es un caso particular del inciso primero, en circunstancias que no es así pues se trata de una conducta adicional que se sanciona.

- En cuanto a los “Actos de Comparación o Publicidad Comparativa”, en su opinión de acuerdo a la redacción de la norma, se exigiría que tuvieran lugar públicamente, lo que constituye un error, pues en rigor este tipo de publicidad sancionable es la que se hace “al público”.

- Propuso la inclusión del “uso abusivo de las acciones judiciales” como medio de alterar la competencia.

- Propuso asimismo la inclusión de una “acción declarativa negativa”, que es una acción de certeza de la que es titular el eventual autor, contemplada en el derecho italiano.

- En cuanto a la acumulación de acciones, contemplada en el artículo 10 del proyecto en estudio, estimó que es un tema que se encuentra bien resuelto, pero que hay una situación no prevista, que es que los recursos de protección y amparo económico también son herramientas eficaces para velar por la competencia leal, por lo que no resulta claro cual va a ser la situación de estas acciones.

- Hizo algunas referencias a aspectos procesales.

- Por último, estimó necesario referirse a la responsabilidad infraccional por conductas de competencia desleal, que se contempla en el proyecto. Al respecto, criticó que el juez la pueda imponer de oficio, pues ello lleva a que el juez se transforme en juez y parte. En el mismo ámbito, planteó el problema de determinar la naturaleza jurídica de las multas, que en su opinión no hay duda alguna que constituyen una sanción penal, pero en este proyecto quedan en una situación de aparente despenalización, en el mismo sentido que lo hizo la Ley de Defensa de Libre Competencia, por lo que podría eventualmente ser objeto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con el agravante de los términos del artículo 3°, que no alude a ninguna categoría objetiva.

Señor Enrique Barros Bourie.

A continuación, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor García dio la palabra al abogado señor Enrique Barros Bourie, del Estudio Barros, Letelier y Cia. El señor Barros realizó una detallada exposición en relación al proyecto en comento, y posteriormente entregó a la Comisión un documento que recoge el citado análisis, considerado por la Comisión, y el que, dado el carácter técnico de la materia, se inserta en su mayor parte a continuación. La indicada minuta se encuentra a disposición de los Honorables Senadores en la Secretaría de la Comisión.

1. Plan de exposición. El proyecto de ley para regular la competencia desleal, aprobado por la Cámara de Diputados, intenta sancionar los denominados actos de competencia desleal.

La minuta se divide en tres partes: (a) un análisis conceptual y comparado de la cautela legal de la ilicitud de la competencia; (b) una discusión acerca de la necesidad de dictar en Chile una ley que sancione los actos de competencia desleal; y, (c) un análisis crítico de las disposiciones del Proyecto.

(a) Cautela extracontractual de la licitud en la competencia

2. Libre competencia y competencia leal como marco de una economía de mercado.

(a) La preocupación contemporánea por la competencia libre y leal está determinada por una mayor reflexividad acerca de los supuestos de un orden económico activado por un régimen de libertad de contratación.

(b) El derecho de la libre competencia tiene por objeto neutralizar posiciones de poder de mercado y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en el libre emprendimiento de actividades económicas y en la libre elección de los consumidores. Un ordenamiento especial define los principios del derecho de la libre competencia y establece un tribunal especializado (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) para pronunciarse sobre los actos lícitos o ilícitos que pueden dar lugar a posiciones de poder de mercado, así como para establecer las medidas correctivas y aplicar sanciones (Decreto Ley N° 211, de 1973, modificado sustancialmente por la ley N° 19.911).

(c) De naturaleza por completo diferente a los atentados a la libre competencia, son los actos de *competencia desleal*. En este caso, el bien protegido no es la estructura competitiva y abierta del

mercado, sino la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva. Por eso, para que haya competencia desleal no se requiere analizar el poder de mercado; basta calificar la conducta competitiva como contraria a las buenas costumbres competitivas, cualquiera sea la posición relativa de los competidores en el mercado respectivo. Por lo mismo, la calificación de una conducta como de competencia desleal no requiere el análisis microeconómico que resulta inevitable en materias de libre competencia. Sin embargo, todo indica que la calificación de desleal de una conducta también supone asumir que ella tiene efectos contrarios a la competencia, en la medida que entorpece la decisión de los consumidores, de modo que las fronteras entre competencia desleal y libre competencia suelen no ser tan nítidas en el límite.

3. Límites entre la competencia lícita y desleal.

(a) De manera análoga a la culpa civil, el límite de la competencia dura pero leal y la conducta contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional está dado en referencia al estándar objetivo del empresario correcto y decente en la prosecución de su propio interés. En general, el límite de la culpa por la cual se responde es más bien tolerante, porque la lógica de la competencia exige amplios ámbitos de libertad; por ejemplo, para mostrar las ventajas de los propios productos o servicios en comparación con los ofrecidos por los competidores.

Sin embargo, el juego debe ser limpio por exigencias de justicia y utilidad. Si la competencia está contaminada por el engaño o la fuerza injusta, los consumidores no pueden adoptar sus decisiones con libertad y los contratos no pueden estar protegidos por una presunción de justicia. Desde un punto de vista económico, también se muestran las dos caras del mercado: por un lado, la posibilidad de hacer propaganda es esencial para que la competencia conduzca a decisiones informadas de los consumidores; correlativamente, es contrario al óptimo funcionamiento del sistema de contratos que sea admitido el engaño.

(b) En circunstancias que la competencia es un bien social importante, tanto desde el punto de vista del bienestar general como de la justicia contractual, los ilícitos de competencia desleal, que establecen los límites de las prácticas competitivas admisibles, deben estar sujetos a condiciones particularmente exigentes. Pareciera que el mejor equilibrio entre los bienes en juego se logra con una regla que no sólo exija un propósito dañino, sino, además, algún tipo de conducta que pueda ser calificado como fraude o fuerza¹. Por eso, *los ilícitos típicos de competencia*

¹ Epstein Richard, Torts, New York: Aspen Law & Business, 1999, 576; lo que se tiene por contrario a las buenas costumbres puede ser objetivamente considerado, esto es, sin referencia a la intención efectiva del demandado (Emerich Volker, Unlauterer Wettbewerb, München: Beck, 7ª edición, 2004, 84).

desleal son el falseamiento de la realidad y fuerza o las maniobras para dificultar el establecimiento de un competidor.

(c) Siguiendo un principio de derecho privado, la competencia desleal se define negativamente por el ilícito, que genéricamente puede definirse como la *conducta contraria a las buenas costumbres profesionales o comerciales*². En la definición judicial más precisa de este estándar resulta inevitable atender (críticamente) a las percepciones de los participantes, esto es, de competidores y consumidores.

Recogiendo una larga experiencia jurisprudencial, un importante especialista alemán concluye que el concepto normativo indeterminado de 'buenas costumbres' supone el peligro de que la jurisprudencia exprese el puro sentido subjetivo de lo correcto que tengan los jueces superiores, quienes suelen definir intuitivamente (esto es, sin base empírica) el contenido del estándar, con el riesgo de que a menudo conductas competitivas que actúan en beneficio de los consumidores sean declaradas contrarias a las prácticas competitivas aceptadas.

En definitiva, las legislaciones sobre competencia desleal deben incorporar una regla de generalidad equivalente al artículo 2314 del Código Civil. La especificidad radica en que, atendidos los bienes en juego, se requiere que la conducta sea especialmente reprochable para que haya lugar a responsabilidad. El sentido de exigir un atentado a las buenas costumbres (u otro concepto equivalente) como requisito general de la competencia desleal es mostrar que no basta la falta de diligencia para constituir el ilícito, a diferencia de lo que ocurre, en general, con la negligencia para agregar un calificativo especialmente agrega respecto de la mera culpa o negligencia que constituye el estándar general de cuidado en materia de responsabilidad civil³. Los ilícitos de competencia desleal tienen en común el interés de *cautelar que la competencia no esté falseada, ni*

² A modo de ejemplo, la ley alemana sobre competencia desleal establece un ilícito general, en cuya virtud puede ser condenado a indemnizar y a omitir una conducta quien, 'en el desarrollo de una actividad y con fines competitivos, realiza acciones que son contrarias a las buenas costumbres' (*Gesetz gegen unlautere Wettbewerb* [3.7.2004], artículo 1); una jurisprudencia diferenciada ha precisado el alcance de la cláusula general, haciéndola comprensiva del engaño, la mentira a las autoridades (incluidos los tribunales), la fuerza, la infracción de deberes de lealtad con socios, el abuso de poder de hecho o de derecho, la infracción de deberes fiduciarios, la inducción a incumplimiento de contrato, el soborno de empleados y la infracción de los deberes del mandato en perjuicio de un competidor (P. Weir, *Economic Torts*, Oxford: Clarendon, 1997, 48).

³ En verdad puede afirmarse que el comerciante prudente y diligente asume con determinación la competencia, de modo que el ilícito comienza en el abuso y no en la desconsideración.

dificultada por la fuerza o por maquinaciones de competidores. Concebida de esta manera, la regla no puede ser usada para interferir con la competencia, sino debe ser entendida a la luz de las condiciones de operación de un sistema fluido de competencia. Estas ideas parecen expresar con más precisión que el concepto normativo de buenas costumbres el conjunto de los ilícitos de competencia desleal⁴.

4. Principales ilícitos especiales de competencia desleal.

(a) Si bien los ilícitos de competencia desleal son proporcionales a los arbitrios de la mala fe, por lo que se resisten a ser tipificados exhaustivamente (lo que justifica que en las más diversas legislaciones se acepte alguna cláusula general), la doctrina ha tendido a ordenarlos en tres grupos de ilícitos que pueden dirigirse contra un competidor: el entorpecimiento malicioso o por la fuerza de su actividad, el engaño al público o a persona determinada en su perjuicio y la apropiación de sus atributos comerciales (nombre, identidad, productos, marcas).

(b) La forma más elemental de competencia desleal consiste en *impedir ilícitamente que terceros contraten con el demandante*⁵. Los medios ilícitos para entorpecer la actividad de un competidor pueden ser muy variados (desde las dificultades físicas hasta el entorpecimiento mediante el abuso de acciones judiciales). Se puede emplear fuerza física o moral o efectuar maquinaciones que impiden o dificultar llevar a cabo la actividad del demandante, obteniendo así el demandado una injusta ventaja competitiva en perjuicio de este último⁶.

El ilícito también puede producirse de modo indirecto; es el caso de quien pone como condición para celebrar un contrato, que la otra parte incumpla un contrato con un tercero; en el extremo este tipo

⁴ La legislación alemana ha cambiado recientemente la cláusula general de la Ley sobre Competencia Desleal reemplazando la antigua referencia a conductas contrarias a las buenas costumbres por una regla que simplemente se refiere a la ilicitud de la competencia desleal: “No son admisibles conductas de competencia desleal que lesionan significativamente la competencia en perjuicio de los competidores, de los consumidores o de otros participantes en el mercado” (*Gesetz gegen unlautere Wettbewerb*, artículo 3).

⁵ Tempranamente se falló en el *common law* que había acción contra quien mediante golpes u otras perturbaciones impidiera el acceso al mercado del demandante (Restatement II § 766, comentario b).

⁶ Desde el S. XVII se conoce en el *common law* una acción contra quien maliciosamente siembra dudas acerca de los títulos de propiedad de otro, lo que se traduce en su imposibilidad para vender o arrendar la tierra (*Earl of Northumberland vs Byrt* (1606) 79 ER 143, tomado de K. Moore, *Irish Tort Law*, Dublín: Gill & Macmillan, 2002, 227).

de casos pueden tener una doble calificación: como inducción a incumplimiento contractual y como actuación contraria a la libre competencia.

(c) Un segundo grupo de ilícitos de competencia desleal se refiere a las conductas que persiguen *engañar a los terceros*, especialmente consumidores. En la medida que los flujos de información son esenciales para la libre decisión de los competidores, la libertad de información se extiende a los propios productos y a la comparación con los de la competencia, en la medida que no sólo la información positiva produce los efectos referidos. De ello se sigue que la publicidad comparativa sea esencialmente lícita. En consecuencia, el ilícito radica en el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o por sus competidores⁷.

La mera *valoración negativa de un producto ajeno* (esto es, el juicio de valor negativo respecto de su calidad o de su precio) no da lugar *per se* a un ilícito reparable. Lo expresado respecto de las opiniones relativas a personalidades públicas también vale en el terreno comercial. Sin embargo, tratándose de productos o servicios, con frecuencia el juicio negativo de valor denigratorio lleva implícito un contenido descriptivo acerca de la calidad del producto o la confiabilidad del oferente, de modo que no siempre es fácil distinguir el juicio desdeñoso de la información falsa acerca de la calidad de los bienes ofrecidos por el competidor⁸.

(d) Finalmente, la competencia desleal puede asumir la forma de una *apropiación del nombre o de la propiedad industrial o intelectual* de un tercero. En estas conductas convergen los atentados contra la privacidad del nombre y de la imagen con los que afectan la propiedad sobre bienes intangibles. Las normas generales sobre protección del nombre se extienden al ámbito empresarial y son antecedente de acciones de reparación indemnizatoria y en naturaleza, de acuerdo con las reglas generales. Por otra parte, en la medida que la confusión fraudulenta de la identidad del competidor también significa un engaño a los consumidores y,

⁷ La Ley de protección de los consumidores (N°19.496) contiene una regla muy completa sobre publicidad engañosa, que comprende los ilícitos de inducir a error o engaño acerca de los componentes de un producto, su idoneidad, sus características relevantes, su precio, las condiciones de la garantía y su calidad ambiental (artículo 28). En materia de competencia desleal, los mismos ilícitos se extienden a la descripción de los productos de la competencia.

⁸ En un antiguo caso, provocado por el descrédito público que un distribuidor hizo de los automóviles vendidos por un competidor ('el auto *Paige* es un engaño para sus compradores'), la Corte Suprema entendió que se trataba de una imputación en modo alguno justificada y estimó debidamente fundada en las normas generales sobre responsabilidad extracontractual la acción indemnizatoria por los perjuicios patrimoniales provocados (C.S, 15.11.1927, RDJ, T. XXV (1928), secc. 1ª, 501).

eventualmente, una lesión a derechos de propiedad industrial, su protección está garantizada por los respectivos ordenamientos⁹.

También pertenece a esta categoría del engaño el propósito de *hacer pasar un producto o servicio propio por uno especialmente valorado de la competencia*. En su forma más elemental, el ilícito consiste en hacer creer al público que los productos provienen del tercero; pero hay otras formas más sutiles de obtener el mismo resultado, especialmente por medio de la propaganda. Estas conductas pueden producir un enriquecimiento de quien hace el aprovechamiento abusivo, en cuyo caso la indemnización podrá medirse en razón de los beneficios injustificados que se derivan del ilícito; pero también pueden producir una desvalorización de la marca del competidor afectado, caso en el cual procede indemnizar el daño puramente patrimonial que se sigue del ilícito.

En el derecho comercial contemporáneo son especialmente importantes las apropiaciones de calidades genéricas de ciertos productos (como ocurre con el falseamiento de las denominaciones de origen). En el extremo, el ilícito se puede producir mediante apropiación dolosa de nombres ajenos con el fin de crear títulos jurídicos de propiedad (como ocurre con el registro de denominaciones en internet o de marcas conocidas que aún no han sido registradas en el país). Los efectos pueden ser restitutorios o indemnizatorios, como en el caso anterior.

5. Instrumentos técnicos de protección de la competencia honesta mediante acciones de competidores y consumidores. El derecho civil entrega acciones contractuales que protegen al adquirente frente al dolo del proveedor; sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos tiene poco sentido económico demandar el perjuicio individualmente sufrido. Por eso, el control civil de las buenas prácticas competitivas está entregado primeramente a los propios competidores, que tienen acción de responsabilidad contra quien les haya causado perjuicios mediante actos de competencia desleal. La acción de competencia desleal ejercida por el competidor produce un efecto reflejo en los consumidores que eran perjudicados por el engaño.

Por otra parte, estas acciones usualmente concurren con los medios típicos de protección de consumidores. Por un

⁹ Ley de protección de los consumidores (N°19.496) establece el ilícito de producir confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los consumidores (artículo 28 A); la Ley N°19.039 de propiedad industrial sanciona a quienes usen maliciosamente una marca igual o semejante a otra ya inscrita en la misma clase, a quienes usaren una marca ajena y a los que por cualquier medio de publicidad usaren o imitaren una marca ajena (artículo 28 letras a) a la c)).

lado, los consumidores están directamente protegidos por el estatuto protector de la ley de protección de los consumidores, que establece (i) acciones contra la publicidad engañosa (artículos 28 y siguientes.), (ii) acciones colectivas que hacen viable el ejercicio judicial de sus derechos (artículos 51 y siguientes.) y (iii) una instancia administrativa de protección (Servicio Nacional del Consumidor (artículos 57 y siguientes). Por otro, la ley reconoce las acciones colectivas y los instrumentos administrativos de protección antes referidos.

(b) Necesidad de dictar en Chile una ley que sancione la competencia desleal

6. Bienes jurídicos en juego. De la enumeración de ilícitos de la sección anterior se infiere que el concepto de competencia desleal *no es unívoco* en la experiencia comparada y nacional, pues comprende conductas tan diversas como la publicidad engañosa, la publicidad comparativa, la denigración comercial, la apropiación ilícita del prestigio o de marcas ajenas e incluso ciertas prácticas comerciales ilícitas que atenten contra la libre competencia, etc.

Así, puede considerarse que la represión de la competencia desleal se justifica en la defensa de diversos *bienes jurídicos*: la protección del consumidor y del competidor frente a malas prácticas comerciales; la cautela de la propiedad intelectual e industrial; la libre competencia, que puede verse afectada de manera refleja por actos de competencia desleal.

7. Técnicas jurídicas alternativas para regular estas materias. El derecho comparado muestra técnicas muy disímiles para combatir la competencia desleal. En algunos países, las reglas han sido extraídas por la jurisprudencia a partir de cláusulas generales del derecho privado, como la buena fe, las buenas costumbres y la responsabilidad civil por negligencia (es particularmente el caso de derecho francés y del *common law*); en otros, se han incorporado normas especiales que cubren los principales ilícitos en leyes especiales de protección de consumidores, sobre propiedad intelectual o industrial y sobre libre competencia.

8. Competencia en la materia asumida por la antigua Comisión Resolutiva. En Chile, hasta la entrada en vigencia de la ley Nº 19.911, que modificó sustancialmente la competencia e integración del Tribunal de la Libre Competencia, las antiguas Comisiones Antimonopolio asumieron una amplia jurisdicción en materias de competencia desleal, con independencia de si las conductas tenían un efecto reflejo en la estructura competitiva del respectivo mercado. Así, se controlaban y sancionaban conductas desleales como las siguientes:

- *Actos de confusión* tendientes a embrollar al consumidor, generalmente usando marcas o modelos similares a los líderes del mercado¹⁰.

- *Actos de denigración* destinados a perjudicar la imagen de los competidores¹¹.

- *Actos de imitación* de nombres o modelos, diseños, etc.¹²

- *Apropiación de la reputación ajena*, mediante utilización de nombres o modelos similares a los líderes del mercado¹³.

- *Publicidad comparativa engañosa* tendiente a resaltar un producto o perjudicar a la competencia, sin ser veraz, objetiva y demostrable a los consumidores¹⁴.

Estas conductas aparecen comúnmente vinculadas a conflictos de propiedad *marcaria*. Así, por ejemplo, las comisiones resolvieron reiteradamente que la inscripción de una marca que tenía por objeto únicamente impedir el ingreso de un competidor con su denominación conocida en el extranjero, y que no era utilizada en Chile, es contraria a la libre competencia, aun cuando la inscripción de propiedad fuera totalmente válida de conformidad con la ley sobre propiedad industrial¹⁵.

9. Competencia en la materia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De conformidad con el texto actual del Decreto Ley N° 211, el nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene el control sobre “las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante” (artículo 3º, letra c). Con apoyo en esta norma, el tribunal ha limitado su competencia a los casos en que el supuesto acto de competencia desleal resulta idóneo para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante.

En circunstancias que los actos de competencia desleal exceden en mucho las situaciones de dominio (estructural) de un mercado, la competencia del tribunal de la libre competencia ha quedado

¹⁰ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central 1176, 8.10.01.

¹¹ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central 1284, 30.1.03 y 1236, 17.1.03.

¹² Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 1266, 8.8.03 (que rechaza la denuncia, pero describe las condiciones de este atentado específico a la competencia leal).

¹³ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central 1153, 12.4.01.

¹⁴ Por ejemplo, Comisión Resolutiva 381, 6.10.92.

¹⁵ Así se sostiene, por ejemplo, en Comisión Preventiva Central 1153, 12.4.01.

sustancialmente reducida en la materia. Así ha ocurrido en casos de publicidad comparativa¹⁶; publicidad engañosa¹⁷; y, denigración comercial¹⁸. En otro caso fue acogida la denuncia, precisamente porque las conductas de denigración comercial, en opinión del tribunal, pretendían aumentar la participación en el mercado¹⁹.

La posición de este Tribunal resulta coherente con la historia fidedigna de la ley N° 19.911, que reformó el Decreto Ley N° 211; durante su discusión se planteó incluir ampliamente los actos de competencia desleal entre las conductas contrarias a la libre competencia, lo que fue descartado por la Comisión Mixta, quien estableció la norma actualmente en vigor.

Atendidos los cambios legislativos referidos, debe entenderse que la competencia para conocer de actos de competencia desleal corresponde a los tribunales ordinarios en lo civil, a menos que también importen un atentado contra la libre competencia.

10. Estado normativo actual. En síntesis, de lo expresado se puede concluir que en materia de competencia desleal existen normas dispersas en distintos ordenamientos normativos. Los ilícitos de competencia desleal pueden coincidir con los establecidos por el derecho de protección de los consumidores, con los provenientes de las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, con el ordenamiento de la libre competencia y con la protección del nombre y de los demás derechos de la personalidad. Así, por ejemplo, el engaño acerca de los atributos o proveniencia de un producto puede tener efectos en la estructura competitiva de un mercado, en la medida que su efecto sea construir una posición de dominio de mercado (artículo 3 letra c del Decreto Ley N° 211); constituye un atentado contra los derechos de los consumidores, porque su efecto es que no pueden tomar decisiones libres e informadas (artículos 28 y 28 A, Ley N°19.496); puede constituir un atentado contra el derecho de propiedad industrial del titular (artículo 28, Ley N°19.039); finalmente, puede constituir un ilícito contra el derecho al nombre, como parte de los derechos generales de la personalidad.

Como ordenamiento supletorio y fundamental, las normas generales del derecho de la responsabilidad civil pueden servir de base a la protección de los intereses de los competidores. En efecto, como se expuso el control civil de las buenas prácticas competitivas está entregado primeramente a los propios competidores, que tienen acción de responsabilidad contra quien les haya causado perjuicios mediante actos de

¹⁶ Sentencia 17/2005.

¹⁷ Sentencia 12/2004.

¹⁸ Sentencia 10/2004.

¹⁹ Sentencia 8/2004.

competencia desleal. Naturalmente, la acción de competencia desleal ejercida por el competidor produce un efecto reflejo en beneficio de los consumidores que eran perjudicados por el engaño (sin perjuicio de las acciones que la ley concede a los consumidores).

11. Ventajas de una ley especial. Una ley especial tiene la ventaja de dar orientaciones más precisas a los jueces en la tarea de definir los límites entre la competencia dura, pero correcta, y la que resulta desleal. Permite también identificar las acciones que se conceden y establecer procedimientos expeditos. Con todo, atendidos los ingenios de la mala fe, ninguna descripción legal de los ilícitos podrá ser exhaustiva, de modo que igualmente el ordenamiento requiere de una cláusula general (como es la culpa en la responsabilidad civil).

(c) Comentarios al Proyecto

Artículo 1º: Ámbito de aplicación de la ley. En circunstancias que la competencia desleal es definida en otra disposición (artículo 3º), parece preferible referirse aquí a las personas que son protegidas por la ley. Esta norma introductoria podría expresar que “la ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”.

Artículo 2º: Delimitación con los ilícitos contra la libre competencia y contra los consumidores. El proyecto asume que los actos de competencia desleal que tienen efectos en materia de libre competencia son excluyentemente conocidos por el Tribunal de la Libre Competencia, de conformidad con la norma del artículo 3º letra c) del Decreto Ley N° 211, y que los ilícitos contra los consumidores son exclusivamente conocidos por los tribunales y siguiendo los procedimientos de la ley N° 19.496.

La actual redacción de la norma amenaza con crear permanentes e innecesarios conflictos respecto del tribunal competente. Por ejemplo, un acto que por si mismo es de competencia desleal puede tener *además* efectos monopólicos, a cuyo respecto debe tener competencia exclusiva el Tribunal de la Libre Competencia; pero nada debe obstar a que en la jurisdicción competente para conocer de la competencia desleal se sigan las acciones que directamente se siguen del ilícito (suspensión del acto abusivo, por ejemplo), sin que para ello sea necesario analizar la estructura del respectivo mercado (como debe hacerlo el Tribunal de la Libre Competencia).

Algo semejante puede ocurrir con las reglas de la ley de protección al consumidor. Como se ha visto, un mismo acto de

competencia desleal puede tener efectos abusivos respecto de los consumidores y de los competidores (como ocurre, por ejemplo, con la propaganda comparativa engañosa). De la circunstancia que la propaganda engañosa esté regulada en la ley de protección al consumidor no puede seguirse, sin embargo, que el competidor afectado no pueda invocar la ley sobre competencia desleal.

Para evitar estas dificultades parece conveniente precisar el alcance de la limitación en el sentido que “esta ley no se aplicará a los casos en que se pretenda calificar el ilícito de competencia desleal como un acto contrario a la libre competencia o se ejerza alguna acción reconocida por la ley N° 19.496”.

Artículo 3°: Definición de competencia desleal. La definición de la competencia desleal sobre la base de un estándar general tiene las dificultades planteadas más arriba. Por otro lado, como también se ha visto, resulta inevitable tener una regla general ante la dificultad de definir ex ante todos los ilícitos. La regla propuesta es muy comprensiva porque incluye referencias a la buena fe, a las sanas costumbres y a la práctica comercial honesta, esto es, recurre a los tres conceptos normativos del derecho patrimonial (buena fe, buenas costumbres y culpa contra las prácticas aceptables).

Si se estimare conveniente establecer alguna cláusula general, parece recomendable agregar alguna referencia a la idea de que la competencia desleal supone infringir las reglas que observa un competidor que persigue obtener participación de mercado sin incurrir en prácticas deshonestas. El interés radica en orientar a los jueces en el sentido que la competencia desleal no puede ser un instrumento que entrase la competencia fuerte, pero legítima.

Artículos 4° y 6°: Publicidad comparativa. El Proyecto se refiere a diversos ilícitos a que puede dar lugar la publicidad comparativa. Sería conveniente, ante todo, declarar que la publicidad comparativa no es contraria a derecho a menos que constituya una práctica de competencia desleal.

En particular parece necesario distinguir dos situaciones: (i) el juicio denigratorio, sin fundamento en hechos comprobables, de los productos, prestaciones, marcas o de las características comerciales del competidor; y (ii) la afirmación de hechos relativos a esas materias que afectan al competidor y que no pueden ser demostrables como verdaderos. Las normas de los artículos 4° y 6° sólo tienen por objeto el segundo tipo de ilícitos. Dentro de esta restricción, el

texto podría ser mejorado en su redacción, pero cubre, en nuestra opinión, los principales ilícitos en la materia²⁰.

Artículo 5º: Información falsa y manifestaciones denigratorias respecto de la competencia. Esta disposición contiene dos reglas muy diferentes, que conviene separar: el inciso primero se refiere a información falsa respecto de terceros (lo que constituye un caso de publicidad engañosa); el inciso segundo alude a las manifestaciones agraviantes que persiguen agraviar en razón de la nacionalidad, la raza, las creencias, la vida privada u otras circunstancias personales del competidor, pero que no tengan relación con el producto. En esta última materia conviene discernir si la difamación gratuita y sin fundamento empírico a un producto de la competencia, a que se hace referencia en el párrafo anterior, no debiera ser también incluida con ilícito de competencia desleal.

Artículo 7º: Imitación de productos ajenos. El inciso primero establece un principio correcto a favor de la competencia, como es que la imitación de de iniciativas y prestaciones ajenas es libre, a menos que ello signifique infracción a la propiedad intelectual o industrial ajena (convendría hacer una precisión acerca de este alcance).

La norma del inciso segundo de este artículo 7º comprende dos casos de imitación ilícita: que se genere confusión acerca de la procedencia del producto o prestación o que el acto comporte aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Existe una regla similar en la ley de protección del consumidor, que establece que la imitación no es aceptable cuando se traduce en un engaño al consumidor acerca de la identidad del oferente, de la marca o de los productos ofrecidos (ley N° 19.496, artículo 28 A).

Siguiendo el derecho comparado, el ilícito se podría descomponer en tres casos: (i) un engaño acerca de la proveniencia del bien o servicio; (b) el aprovechamiento o deterioro abusivo de la valoración de productos similares y (c) la imitación que se realiza utilizando conocimientos o documentos ilícitamente obtenidos²¹.

Artículo 8º: Divulgación o apropiación de secretos industriales o empresariales. La norma excede el campo de la competencia desleal al referirse a la divulgación de secretos industriales. Lo relevante en

²⁰ El artículo 4º es consistente con el derecho comparado que tiende a dictar disposiciones especiales represivas de la publicidad engañosa, como ha ocurrido recientemente con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea (11 de mayo de 2005).

²¹ Así, artículo 4 N° 9 de la ley alemana sobre competencia desleal.

esta sede es la utilización de secretos indebidamente adquiridos, que podría ser incluida en el artículo anterior.

Artículo 9º: Prácticas de entorpecimiento de la competencia. La norma pretende evitar que la competencia se realice mediante prácticas que suponen dificultar la actividad de competidores. Con todo, su redacción es equívoca y puede resultar incomprensible.

De especial interés sería establecer una regla sobre inducción al incumplimiento de contrato como medio de competencia desleal. La materia es importante porque es de amplio reconocimiento en el derecho comparado y resulta preferible definir el ilícito con alguna precisión para evitar una jurisprudencia carente de orientaciones; el riesgo, también en este caso, es que a pretexto de cautelar la competencia leal, se establezcan límites injustificados a la libertad de emprender y competir.

Artículos 10 y 11: Sistema de acciones civiles. El conjunto de acciones que establece el artículo 10 es completamente coherente con los desarrollos contemporáneos del derecho de la responsabilidad civil, que tiende a reconocer acciones de reparación en naturaleza, además de las indemnizatorias.

La titularidad activa amplia del artículo 11 resulta equívoca: la acción siempre requerirá un interés personal de quien la ejerza, de modo que no parece conveniente establecer una regla especial para la acción indemnizatoria, porque debiera entenderse que en ningún caso hay una especie de acción popular.

Artículo 12: Prescripción. Es sensato establecer un plazo breve de prescripción de las acciones, para evitar que la amenaza de entablarlas pueda entorpecer la competencia. El Proyecto establece un plazo de dos años. La ley alemana de 2004 establece un plazo de seis meses para las acciones que persiguen una reparación en naturaleza (contado desde que nace la acción o desde que se toma conocimiento del ilícito, si ocurre con posterioridad); para la acción indemnizatoria se establece la regla general para la prescripción de acciones de responsabilidad civil.

Artículos 13 y 14: Juez competente y procedimiento. Excluida la competencia general del Tribunal de la Libre Competencia, según lo antes expresado, el proyecto establece la competencia de los jueces civiles, lo que es por completo razonable. También lo es que se establezca un procedimiento sumario. De interés sería que se establecieran expresamente medidas cautelares que permitan obtener la suspensión de los actos de competencia desleal cuando la demanda tenga fundamento plausible.

Artículo 15°. Sanciones. Esta minuta no se refiere a las materias penales contenidas en esta disposición.

Señor Enrique Hraldo Larraín.

Una vez finalizada la exposición del señor Barros, el Honorable Senador señor García dio la palabra al abogado señor Enrique Hraldo, Gerente Jurídico de Nestlé Chile S.A., quien se manifestó de acuerdo con lo señalado por los invitados anteriores, y señaló que su visión será la de una empresa en relación con la competencia desleal.

En una economía social de mercado, señaló, la competencia es un bien económico y jurídico protegido. El bien último, desde luego, es el bienestar de los consumidores. Para que exista competencia leal debe regir el principio de la igualdad.

Precisó a continuación algunos conceptos generales: igualdad es la conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad; Igualdad ante la ley, es el principio que reconoce a todas las personas capacidad para ejercer los mismos derechos; por último, competencia leal en el mercado, es disputar entre dos o más personas respecto a un producto en forma verídica y fiel.

En la legislación chilena, prosiguió, nos encontramos con los siguientes antecedentes legales respecto a la materia en comento. En primer lugar, el artículo 3° letra c) Decreto Ley N° 211, que establece: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: c) las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”, es decir está vinculado este concepto con el de abuso. Por su parte, la Ley de Propiedad Industrial N° 19.039, modificada por Ley N° 19.996, en su Artículo 20, letra f), dispone en su texto refundido:”f) las que se presten para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, servicios o establecimientos, comprendidas aquellas pertenecientes a distintas clases cuyas coberturas tengan relación o indiquen una conexión de los respectivos bienes, servicios o establecimientos.”.

Luego se refirió a los organismos legales regulatorios de la competencia desleal en Chile, y mencionó en primer término al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al que, en conformidad al Artículo 18° N°1, del Decreto Ley N° 211, le corresponde “conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”. Conforme al número 3° del citado artículo, también le compete dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse

por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. También mencionó en este punto al Departamento de Propiedad Industrial, en cuanto Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial, cuyas facultades regulatorias se contemplan en los párrafos 2° y 3° de la Ley 19.039, y en la nueva Ley 19.996. Asimismo, destacó la existencia de un organismo autorregulatorio de la competencia desleal en nuestro país, denominado Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), que ante la ausencia de un órgano creado por la ley relativo a la publicidad, ha venido a llenar este vacío, y este organismo aplica el denominado Código de Ética que da énfasis a la libertad de expresión comercial, a la comunicación publicitaria, para que ésta se realice en forma responsable y enmarcada en normas y principios que respeten los derechos de los consumidores, la sana competencia y la autorregulación.

El señor Hraldo hizo, a continuación, expresa mención de algunas normas de este Código que aplica el CONAR, el que según su texto refundido vigente a partir del 21 de abril del presente año, se basa también en las normas del Código Internacional de Prácticas de Publicidad de la Cámara Internacional de Comercio de París. Así destacó el Considerando d) del mismo, que prescribe, a la letra: “cada aviso o actividad publicitaria, debe ser un instrumento de la competencia leal, entre los diversos productos y servicios, que, a través de una adecuada información, permite su libre elección”. El Artículo 4°, por su parte, relativo a la “veracidad”, establece que: “los avisos no deben contener ninguna declaración o presentación visual, que directamente o por implicación, omisión, ambigüedad o pretensión exagerada, puedan conducir al consumidor a conclusiones erróneas”. Con respecto a la “competencia”, el Artículo 12° dispone que: “el avisador será respetuoso respecto de los productos o servicios o productos publicitados por un competidor”.

En este punto, el Honorable Senador señor García consultó si existe alguna resolución de este organismo que haya marcado algún hito particular, ante lo que el señor Hraldo contestó afirmativamente, señaló que en efecto hay bastantes casos emblemáticos, y se refirió específicamente a un caso en que se vio involucrada Nestlé S.A..

Nestlé Chile S.A., prosiguió, demandó ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a una empresa chilena, como filial de otra extranjera, ya que ésta introdujo en la rotulación de las etiquetas de un producto de comida para perros una leyenda acompañada de un dibujo de un nuggets o croqueta que declara que dicho producto contiene “Nuggets ricos en carne fresca”, no obstante tratarse de un producto seco, extruido y peletizado, sin presencia efectiva de carne fresca. La sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no acogió la demanda y expresó en el considerando 5°, “que los aspectos éticos de la publicidad o aquellos que afecten los derechos del consumidor, no corresponde

analizarlos ni juzgarlos en esta sede, de acuerdo con el principio de la especificidad de las competencias”. En el considerando 7°, establece que “es razonable suponer que el consumidor – el propietario del perro en la especie - entiende que un producto deshidratado no contiene carne fresca y, por lo tanto, difícilmente puede afirmarse que tal consumidor ha sido inducido a error por la publicidad. Aún el hipotético caso de que creyera de que el producto contiene carne fresca, en la primera compra se daría cuenta de que ello no es efectivo”. Continuando con su razonamiento el Tribunal, en el considerando 8°, expresó que “en el caso sub-lite, no se está en presencia de una publicidad engañosa que sea idónea para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”.

En conclusión, de esta sentencia se colige que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no entró en el análisis de los aspectos éticos de la publicidad, existiendo un vacío en el ordenamiento legal sobre esta materia, que sólo es cubierto por las disposiciones del Código de Ética que aplica el CONAR, pero cuyas resoluciones carecen de imperio.

En el caso citado el CONAR, por el contrario, resolvió aceptar la denuncia formulada por Nestlé Chile S.A., mediante el Acuerdo del organismo máximo del CONAR, esto es, el Tribunal de Ética Publicitaria, que resolvió que, efectivamente, la frase “ricos en carne fresca” contenida en la publicidad y envase del producto, sumada a la palabra “nuevos” y a la imagen de nuggets con su interior especialmente destacado, efectivamente podrá conducir a confusión o engaño en los consumidores, haciéndoles creer que el producto tiene un elemento diferenciador de su competencia, el contener carne fresca, cuestión que no corresponde a la realidad. El Tribunal máximo del CONAR acogió el reclamo de Nestlé, respecto de la publicidad de la empresa utilizada para su producto comida para perros que indica, por estar ella en conflicto con la ética publicitaria según se señala en los artículos 4, 6, 10 y 11 del Código Chileno de Ética Publicitaria. Por lo anterior, la publicidad cuestionada, no debiera ser utilizada nuevamente, en tanto no se avenga con lo señalado en los considerandos del dictamen.

Sin embargo, como señaló anteriormente, el CONAR carece de imperio, y esta sentencia no se cumplió por parte de la denunciada, y hasta hoy, estos productos se rotulan en sus etiquetas y se publicitan en la forma rechazada por el CONAR. En apoyo a su afirmación, el señor Hraldo presentó a la Comisión envases del producto aludido con su actual rotulación.

En relación a este caso, el Honorable Senador señor Orpis consultó si la empresa Nestlé S.A., recurrió al tribunal competente en la Ley de Protección del Consumidor, en consideración a que, de acuerdo a la legislación actual, no es excluyente dirigirse a uno u otro

Tribunal. El señor Hraldo señaló que se formuló una denuncia, poniendo los antecedentes en conocimiento del Servicio Nacional del Consumidor. No obstante, no se interpuso acciones judiciales bajo el amparo de la Ley del Consumidor, pues habría resultado necesario inducir a un consumidor a que ejerciera las acciones pertinentes, y la empresa que representa no quiso asumir dicha actitud inductora.

Siguiendo con su exposición, el señor Hraldo presentó algunos casos prácticos, donde concurren conflictos comerciales diversos, en los cuales, se mezclan o coinciden conflictos marcarios, imitaciones, “trade dress” intentos de capturar “good will” y por cierto, aspectos relacionados con “competencia desleal”. Se trata, indicó, de una actividad encaminada a la captación de clientes mediante maniobras, maquinaciones o formas y medios de conciencia, y la mayoría de los casos expuestos han sido objeto de acuerdo entre los competidores, por la buena relación comercial entre empresas de primer nivel.

Así, mencionó el caso de la marca de “Nescafé”, y mostró etiquetas de distintas marcas de café, cuya similitud con la primera es bastante notoria. Si la etiqueta no está registrada, precisó, este ya no es un tema marcario, sino que cae en el ámbito de la competencia desleal. Otro caso es el de la marca Sahne-Nuss, que según un estudio que citó es la marca chilena con mayor nivel de recordación, y existen competidores que se aprovechan del esfuerzo, posición y prestigio logrado. Se refirió asimismo a casos de uso de signos distintivos idénticos o semejantes al utilizado por el competidor prestigioso, como ocurrió con “Coronado”; a casos en que la imagen origina efectos de confusión en el consumidor, como el caso de “Milo” y otros productos para chocolatar la leche, etc.

En otro ámbito, el de marketing – publicidad, hizo presente conductas constitutivas de competencia desleal, como por ejemplo, formular afirmaciones sin bases verdaderas, e ilustró lo anterior con la frase de publicidad “ocho de cada diez gatos prefieren whiskas”. También la existencia de marcas cuyo acercamiento con la marca registrada es evidente, tal como: Dog Chow y Dog Show. Llevan a consumidores a creer en falsas premisas. Por último, se refirió al dumping, con venta bajo el costo, simulación de precio y simulación de stock.

De lo expuesto anteriormente, continuó, resulta claro que en una economía social de mercado, para que esta sea eficaz, se requiere contar con una legislación específica sobre la materia, diferente a la legislación antimonopolios, como también a la de propiedad industrial, lo que no acontece en Chile; no ocurre lo mismo en otras legislaciones, como la de República de Perú, que cuenta con una legislación especial al respecto, y una “Comisión de Represión de la Competencia Desleal” que en definitiva, tiene las facultades para conocer, juzgar y sentenciar los casos de

competencia desleal, como lo es el caso: “ricos en carne fresca del producto Pedigree”, mediante resoluciones dotadas de imperio.

En este sentido, estimó que el proyecto de ley en estudio satisface en gran parte las necesidades de contar con una legislación específica, sobre competencia desleal en Chile. No obstante, consideró que, por ser una materia que se inserta, por su especialización, en el derecho económico, cabría establecer como tribunal competente para conocer de estos procedimientos al propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debiendo así, éste abocarse a los temas propios de Antitrust, como también a aquellos de la competencia desleal, ya que el Juzgado de Letras en lo Civil, es sin duda un muy calificado tribunal, pero para conocer materias propiamente civiles y no aquellas que se refieren a aspectos económicos muy especializados, de competencia desleal.

Por último, entregó a la Comisión una carta de Asociación Chilena de la Propiedad Industrial, en apoyo de designar como Tribunal competente en materia de competencia desleal, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en sala especial.

Señor Arturo Irarrázabal Covarrubias.

Finalizada la exposición del señor Hraldo, el Presidente de la Comisión dio paso a la intervención del abogado señor Arturo Irarrázabal, Decano de la Universidad Católica de Chile, quien acompañó su exposición con una minuta que recoge los aspectos principales de la misma, la que se encuentra a disposición de los Honorables Senadores en la Secretaria de la Comisión. Cabe señalar que el señor Irarrázabal se manifestó de acuerdo con la mayor parte de las afirmaciones formuladas por los abogados señores Concha y Barros, precedentemente.

Antecedentes generales del proyecto.

En referencia a los antecedentes generales del proyecto en estudio contenidos en el informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, señala que son, en su opinión, bastante equívocos, pues plantea que el proyecto de ley se inserta en lo que sería la política de competencia que se referiría a las disciplinas que reglan la cantidad de competidores en un mercado determinado. Asimismo, habría políticas de competencia que pueden convertirse en barreras de acceso al sector de servicios e inversiones o que puede permitir prácticas monopólicas. Agrega el informe que le compete al Poder Ejecutivo establecer las políticas de la competencia a través de los órganos antimonopólicos. Consecuente con lo anterior, el informe del proyecto explica los aspectos fundamentales de la Ley de la Competencia de Chile.

A continuación el informe describe las experiencias extranjeras, en especial Argentina, Colombia y España. En el caso argentino se describe la Ley de la Competencia que rigió entre 1980 y 1999. La ley argentina que se podría haber expuesto como antecedente es la Ley de Lealtad Comercial de 1983 (Ley 22.802) que ha tenido muy poca aplicación. Dicha ley se refiere a varias materias, a saber, la identificación de mercaderías (capítulo I), las denominaciones de origen (capítulo II) y la publicidad y promoción mediante premios (capítulo III). Las sanciones en la ley argentina son todas de carácter administrativo consistente en multas y en casos graves el decomiso de las mercaderías.

En el caso colombiano la ley citada en el informe es la que corresponde y se trata de una ley bien desarrollada. La ley colombiana N° 256 de 1996, parte con una prohibición general de los actos de competencia desleal, bajo el principio de la buena fe comercial. La ley sanciona 12 actos de competencia desleal: desviación de clientela (artículo 8°), actos de desorganización (artículo 9°), de confusión (artículo 10°), actos de engaño (artículo 11°), de descrédito (artículo 12°), actos de comparación (artículo 13°), de imitación (artículo 14°), explotación de reputación ajena (artículo 15°), violación de secretos (artículo 16°), inducción a la ruptura contractual (artículo 17°), violación de normas (artículo 18°) y pactos desleales de exclusividad (artículo 19°). La ley colombiana contempla solamente dos sanciones: la acción declarativa de competencia desleal y la acción preventiva. La jurisdicción corresponde a los jueces especializados en derecho comercial creados en 1989 y donde no les hubiera a los jueces civiles de distrito.

En el caso español, la legislación citada tampoco corresponde, pues se describe la Ley de la Competencia y no la Ley de la Competencia Desleal 3/1991. La ley española, después de las disposiciones generales, conceptualiza como actos de competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 5°). La ley sanciona los siguientes actos de competencia desleal: actos de confusión (artículo 6°), de engaño (artículo 7°), obsequios, premios y supuestos análogos (artículo 8°), actos de desorganización (artículo 9°), de comparación (artículo 10°), de imitación (artículo 11°), explotación de la reputación ajena (artículo 12°), violación de secretos (artículo 13°), inducción a la infracción contractual (artículo 14°), violación de normas (artículo 15°), discriminación y dependencia económica (artículo 16°) y venta a pérdida (artículo 17°). A su vez la ley española contempla varias acciones que pueden ejercitarse, las que prácticamente se repiten en el proyecto de ley en estudio: la acción declarativa, la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo, de remoción de los efectos producidos por el acto, de rectificación de información, acción de resarcimiento de daños si ha intervenido dolo o culpa del agente y acción de enriquecimiento injusto cuando existe alguna exclusividad.

Ideas fundamentales del proyecto

Los señores Diputados patrocinadores del proyecto consideran que la competencia desleal es un fenómeno complejo, que puede afectar o no la libre concurrencia en el mercado y que puede o no perjudicar a los consumidores. Lo que caracteriza fundamentalmente a la competencia desleal es que se dirige en contra de otros agentes del mercado. Desde el punto de vista internacional, la celebración de tratados de libre comercio, implica un esfuerzo adicional en el sentido de regular la competencia desleal. Un aspecto de especial preocupación para los patrocinadores del proyecto es el denominado pirateo donde se imita aprovechándose del trabajo ajeno sin pagar los derechos que corresponden. En materia de jurisdicción el proyecto se inclina por los tribunales civiles con procedimiento sumario.

Luego, el señor Concha efectuó un análisis de los 15 artículos del proyecto.

Artículo 1°. En la discusión en particular en la Comisión, se planteó la duda con respecto al alcance de la norma a una empresa que comprase toda la producción de otra empresa. Se concluyó que una práctica como esa está incluida en el ámbito de la ley pues los actos de competencia desleal no guardan relación a si hay o no consumo, sino por el solo hecho de ser prestador de servicios o de productos, distribuidor o proveedor de servicios.

En el derecho comparado se ha preferido un objeto o finalidad de la ley más claro y sencillo. Generalmente, no se la trata como una ley sancionadora sino que una que busca promover la competencia leal. Los actos de competencia desleal son ilícitos civiles que provocan daño en el patrimonio de un competidor. Así, el verdadero objetivo de la ley pasa a ser la prevención y reparación de los daños causados contra competidores.

Pareciera más adecuado una norma más sencilla y que se preste para menos confusiones. El artículo 1° de la ley española parecería más apropiado que el del proyecto de ley. Dice la norma española: "La presente ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal".

Artículo 2°. La norma contenida en la moción era de una gran confusión y fue modificada por la indicación que fue aprobada por asentimiento unánime.

En el derecho comparado, al menos en la legislación española y colombiana considerada para estos efectos, no existe una norma parecida a la contenida en el artículo 2° del proyecto de ley pues se considera que son materias totalmente diferentes. Así en España, hoy en día, se distingue la Ley de Competencia Desleal, de la Ley General de Publicidad, de la Ley de Defensa de la Competencia, de la legislación en materia de propiedad industrial e intelectual, de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y de la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Debiera preocupar el hecho que en la última modificación de la Ley de la Competencia chilena, se incorporó como práctica restrictiva la competencia desleal. Así, el nuevo artículo 3° considera como un hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia: “c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”. Frente a esta realidad, pareciera que existirían diversas alternativas. Una primera posibilidad sería exceptuar de la Ley de Competencia Desleal, la práctica restrictiva de la competencia desleal en tanto restrinja, limite o entorpezca la libre competencia. Una segunda posibilidad sería la eliminación de la práctica restrictiva de la competencia desleal de la Ley de la Competencia. Una tercera posibilidad sería tener la práctica de competencia desleal en ambas leyes, en tanto afecte la libre competencia a la Ley de la Competencia y en tanto no la afecte en la Ley de Competencia Desleal. Pareciera que la segunda alternativa es la mejor pues evita que la parte afectada elija la Ley de la Competencia por su mayor eficacia y haga aparecer como práctica restrictiva de la competencia los diversos actos de competencia desleal. En el caso de continuar con la práctica restrictiva en la Ley de la Competencia habría que modificarla en forma parecida a la contemplada en el artículo 7° de la Ley de Defensa de la Competencia española tipificando el falseamiento de la libre competencia por actos desleales y agregando que para que sean sancionables por el Tribunal de la Competencia se requiera que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que este acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

b) Que esa grave distorsión afecte el interés público.

Artículo 3°. La norma aprobada tiene su origen en la moción parlamentaria con algunas indicaciones. En la discusión en particular se pudo apreciar las dificultades que puede generar esta cláusula general. En dicha discusión se propuso incluir la exigencia que la conducta fuese ilícita y prohibida, como también el que ocasionase agravio. En el texto final fueron eliminadas estas condiciones por considerarse que

complicarían el análisis de los actos de competencia desleal. Asimismo, hubo discusión con respecto al calificativo de honesto y si éste podría reemplazarse por prácticas usuales o normales. Al final primó el término honesto al no encontrarse otra palabra más adecuada.

En el derecho comparado se plantea la existencia de una cláusula general (legislación española) o de una prohibición general (legislación colombiana). En el caso español la cláusula general establece que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 5°). En la doctrina del derecho español está claro que el reproche de deslealtad no requiere de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. Así el acto mismo no depende del dolo o culpa del sujeto agente, los que sin embargo son presupuestos de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. Como ilícito de peligro, la deslealtad tampoco depende de los resultados prácticos del acto enjuiciado sea de daño o lesión patrimonial, lo que es relevante para la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. Bajo el amparo de la cláusula general española se han considerado como contrario a la buena fe los siguientes grupos de casos:

- Actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno;
- Actos de obstaculización;
- Ofertas molestas;
- Abuso de autoridad;
- Actos de explotación de los sentimientos;
- Publicidad desagradable;
- Actos de agresión.

La legislación colombiana en vez de una cláusula general tiene una prohibición general. De acuerdo con el artículo 7° quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. El inciso 2° considera como acto de competencia desleal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando está encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Al parecer las alternativas para el legislador serían tres. Una primera alternativa sería adoptar la cláusula general española. Una segunda sería la prohibición general colombiana. La tercera alternativa sería una ley sin cláusula general o prohibición general. Si la ley no es sancionadora y se desea un desarrollo jurisprudencial de los actos de

competencia desleal, debiera preferirse la cláusula general española. Si por el contrario, la ley es sancionatoria debiera analizarse la alternativa de no contar con cláusula o prohibición general, sino de actos claramente tipificados.

Artículo 4°. La norma de este artículo en la moción parlamentaria contenía los actos de engaño como competencia desleal y el engaño en obsequios, primas e impuestos análogos. Mediante indicación parlamentaria quedó circunscrito al primer aspecto. En lo que se refiere a los actos de engaño, estos se conceptualizaron igual que la legislación colombiana (artículo 11°, inciso 1°). Sin embargo, la ley colombiana presume como desleal una serie de actos sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, que fue omitido de la disposición aprobada por la Cámara. Así, los actos engañosos del inciso 2° habría que encuadrarlos como actos especiales dentro de la norma general del inciso 1°, vale decir siempre referidas a inducciones al público a error sobre la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos. Supuestos engaños sobre productos propios no estarían incluidos en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal.

En el derecho comparado existen dos concepciones sobre los actos de engaño como práctica desleal. Por un lado está la acepción de la legislación española, que en su artículo 7°, considera engañosa la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas. Por el otro lado, la legislación colombiana restringe el engaño a las conductas que tengan por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos (artículo 11°).

La norma aprobada por la H. Cámara, pareciera adecuada pues en nuestro país los actos de engaño sobre productos y servicios propios, cae dentro del ámbito de la legislación de protección de los consumidores. Lo que sí, habría que agregar a la norma aprobada, en su inciso 2°, que la enumeración de actos engañosos se refiera a errores en la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno.

Artículo 5°. En la moción parlamentaria no se establecía que las manifestaciones debían ser falsas, por lo que se excluía la *exceptio veritatis*. En relación a las manifestaciones agravantes tampoco incluía que dichas manifestaciones no tuviesen relación con la calidad del producto o del servicio prestado. Ambos conceptos fueron felizmente agregados en la discusión particular de la Comisión.

En el derecho comparado estos actos de competencia desleal se califican como actos de denigración o de descrédito.

En el derecho español se configura la denigración como la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar el crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Las manifestaciones agraviantes en España no tienen excepción en relación a la calidad del producto o servicio prestado (artículo 9°). En la legislación colombiana los actos de descrédito consisten en la utilización o difusión de manifestaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes (artículo 12°).

En el caso chileno pareciera preferible la tipificación española a la colombiana. La denigración debiera guardar relación con el menoscabo del crédito de un tercero en el mercado y el criterio de calificación más que la falsedad en las manifestaciones, debiera ser las exigencias de la exactitud, verdad y pertinencia. En cuanto a las manifestaciones agraviantes la excepción agregada a la norma en análisis, podría hacer poco aplicable dicha disposición.

Artículo 6°. La moción parlamentaria consideraba desleal la comparación cuando engañaba a los consumidores. Mediante indicación se cambió el engaño por el criterio que toda comparación debe ser veraz, objetiva y demostrable.

En el derecho comparado los actos de comparación son considerados desleales con criterios diferentes. En el caso español es desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con las de un tercero cuando la comparación se refiere a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. Además, se considera desleal la comparación engañosa y las denigrantes (artículo 10°). En el caso colombiano es desleal la comparación pública cuando se utilicen indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite las verdaderas, como también las comparaciones que se refiere a extremos que no sean análogas ni comparables (artículo 13°).

Recordemos que en el caso chileno la publicidad está tratada en la legislación de protección de los consumidores. Pareciera que la norma aprobada por la H. Cámara de Diputados es adecuada. Los criterios de que la comparación debe ser veraz, objetiva y demostrable surge de la jurisprudencia de la libre competencia y que después fue incorporada en las normas del Consejo de Autorregulación Publicitaria.

Artículo 7°. En la Comisión se mejoró la redacción en relación con el texto de la moción. Más importante, se excluyeron los actos que constituyen infracción de la legislación de propiedad intelectual o industrial.

En el derecho comparado los actos de imitación están tratados en forma bastante parecida. La norma del artículo 11° de la ley sugerida no es muy diferente al artículo 14° de la ley colombiana.

La norma propuesta por la H. Cámara de Diputados parece acertada.

Artículo 8°. En la discusión en la Comisión se mejoró un poco la redacción.

El derecho comparado conoce esta figura de competencia desleal como violación de secretos. Por lo general tiene un mayor desarrollo que la norma chilena (artículo 13° de la Ley española y 16° de la Ley colombiana).

La redacción de la norma chilena para adecuada.

Artículo 9°. En la discusión de la moción en la Comisión se quiso cambiar la norma por una que presumiría competencia desleal cuando se actuara en el mercado nacional con infracción grave o reiterada de las leyes laborales, tributarias, aduaneras y de inmigración. Se objetó esta indicación por cuanto se consideró que afectaría a las micro-empresas (ventas anuales de hasta 2.400 UF) y a las pequeñas empresas (ventas anuales entre 2.400 Y 25.000 UF). La Comisión desestimó esta indicación y quedó en vez el acto de desorganización.

En el derecho comparado a veces se contemplan los actos de desorganización (artículo 9° de la ley colombiana) y también la violación de normas (artículo 18°). En el derecho español se contempla la violación de normas (artículo 15°) pero no los actos de desorganización.

La figura de actos de desorganización no es de fácil ocurrencia.

Artículo 10°. La moción parlamentaria fue perfeccionada para aclarar que las acciones pueden ejercitarse conjunta o separadamente y que la publicación de la sentencia condenatoria será a costa del infractor.

En el derecho comparado las acciones que aparecen como más propias de una ley de Competencia Desleal son la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de publicación (artículo 20° de la Ley colombiana). En cambio la legislación española tiene un listado más completo que la norma chilena que se propone y la colombiana. Así el artículo 18° de la ley española contiene como acciones: la acción declarativa; la acción de cesación del acto; la acción de remoción de los efectos producidos por el acto; la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios y la acción de enriquecimiento injusto cuando el acto lesiona una exclusividad u otra análoga de contenido económico.

A la norma chilena se le podría agregar la acción de modificación y la acción de enriquecimiento.

Artículo 11°. La moción parlamentaria facultaba a la asociación de consumidores ejercer las acciones a condición de que el acto de competencia desleal afecte directamente los intereses de los consumidores. En la discusión en la Comisión se eliminó dicha posibilidad de legitimación activa.

En el derecho comparado la legitimación activa está planteada en términos bastante similares a los aprobados por la H. Cámara de Diputados.

Al parecer la cláusula de legitimación quedó bien planteada en el artículo 11 del proyecto de ley.

Artículo 12°. La norma aprobada es muy parecida a la moción parlamentaria con el agregado de “o conducta”.

En el derecho comparado se hace una distinción entre el plazo desde el momento en que se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y el plazo desde el momento de la realización del acto. En la legislación española los plazos son de uno y tres años respectivamente (artículo 21) y en la legislación colombiana de dos y tres años (artículo 23).

La norma del proyecto de ley pareciera razonable con un plazo de dos años desde la realización del acto o conducta que origina la competencia desleal.

Artículo 13°. En relación a la moción parlamentaria se agregó que se podía demandar además del domicilio del demandado, en el domicilio del actor, a elección del demandante.

En el derecho comparado los casos de competencia desleal son resueltos por los tribunales ordinarios de primera instancia. En el caso colombiano serán competentes para su conocimiento de los jueces especializados en derecho comercial que fueron creados en 1989.

En el caso chileno parece adecuado que estas materias sean conocidas por el juzgado de letras en lo civil.

Artículo 14°. En la discusión con la Comisión se agregó que para estos juicios no es aplicable el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil que permite sustituir el procedimiento sumario por uno ordinario. En cuanto a los recursos se estableció que proceden todos los recursos que franquea la ley y no sólo el de apelación como contemplaba la moción.

En el derecho comparado también se ha preferido el juicio más corto que contempla el sumario.

La norma del proyecto parece acertada.

Artículo 15°. La moción parlamentaria contemplaba multas de hasta 5.000 unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. En la discusión en la comisión se modificó el régimen de sanciones por multas de 2 a 1.000 UTM de acuerdo con las conductas de competencia desleal. Además se contemplan clausuras entre 1 y 5 días. En el caso de la clausura de 5 días, alternativamente puede proceder la suspensión definitiva de la actividad.

En el derecho comparado no se contemplan sanciones pecuniarias.

En el caso chileno parece prudente seguir la tendencia del derecho comparado.

Conclusiones

El señor Concha destacó las siguientes:

1.- El proyecto aprobado por la Comisión de Economía y después por la H. Cámara de Diputados, es notoriamente mejor a la moción parlamentaria. Sin embargo, en ambos casos no existe una razonable claridad sobre ciertos temas fundamentales.

2.- El bien jurídico protegido debiera ser el de la competencia leal. La cláusula general del artículo 3° del proyecto se puede prestar más para confusiones que de orientación. Asimismo la enumeración que hace el proyecto de ley de actos de competencia desleal debe ser considerada taxativa y no una mera enumeración ejemplar.

3.- Es fundamental la separación de esta ley de dos leyes económicas que protegen bienes jurídicos distintos al de la competencia leal. Pareciera conveniente la eliminación de la práctica restrictiva de competencia desleal que se agregó en la última modificación de la Ley de la Competencia. Es también conveniente que no se confundan los actos de competencia desleal con los hechos sancionados por la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

4.- Por lo general, los actos de competencia desleal están razonablemente bien descritos. Es posible hacer algunos mejoramientos menores en su redacción y por cierto agregar otros tratados en la legislación española y colombiana.

5.- El régimen de sanciones de la ley parece fundamental. Es incomprensible que la moción incluyese multas a beneficio fiscal de hasta 5.000 UTM. Las sanciones que quedaron en el proyecto son prudentes. Sin embargo, las sanciones pecuniarias no constituyen la tendencia del derecho comparado.

6.- El tema de la jurisdicción es también preocupante, los juicios de competencia desleal no son sencillos como los comprueba la jurisprudencia española. Asimismo, cabría ser más específico en lo que se refiere a la legitimación activa y la pasiva que se está tratando. En lo que se refiere a las acciones debiera agregarse aspectos procesales propios de dichas acciones tratadas tanto en la legislación española como colombiana.

7.- Existen errores conceptuales graves en los antecedentes generales y las ideas fundamentales del proyecto.

- - -

Finalizadas las exposiciones de los invitados, el Honorable Senador señor Cariola manifestó nuevamente su inquietud respecto de cual debe ser el Tribunal competente para conocer las materias de competencia desleal, asunto que ha sido planteado en las exposiciones, esto es, el Tribunal de la Libre Competencia, como entidad especializada, o los jueces civiles, como lo contempla actualmente el proyecto.

El señor Barros señaló que, en la antigua legislación, la evaluación de la Comisión Preventiva Antimonopolio fue positiva, pero que la estructura del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es bastante más compleja, por lo que entregarle esta competencia adicional sería sobrecargarlo. La alternativa, prosiguió, sería crear un Tribunal especializado para estas materias, pero también esta alternativa ofrece dificultades, por eso en principio se pronunció a favor de radicar esta competencia en los jueces civiles.

El señor Concha, por su parte, señaló que, para conocer de temas de competencia desleal, los jueces tienen que manejar temas de libre competencia, los cuales son técnicos y complejos, por lo que en su opinión no sería eficiente otorgar competencia a los jueces civiles, sino que habría que crear una segunda sala en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- - -

APROBACIÓN EN GENERAL

Puesto en votación el proyecto en informe, fue aprobado en general por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, con los votos favorables Honorables Senadores señores García (Presidente), Cariola, Orpis y Vásquez. (Unanimidad. 4x0).

- - -

TEXTO DEL PROYECTO

A continuación, se transcribe literalmente el texto del proyecto de ley que la Comisión de Economía os propone aprobar en

general. Éste corresponde al despachado por la Honorable Cámara de Diputados, y cuyo tenor es el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“CAPITULO I Normas Generales

Artículo 1º.- Esta ley tiene por objeto sancionar los actos de competencia desleal relativos a bienes y servicios que se transan en el mercado nacional, realizados por cualquier agente que opere en él, en calidad de prestador de servicios o de productor, distribuidor o proveedor de bienes.

Artículo 2º.- Esta ley se aplicará a los casos de competencia desleal que estén fuera del ámbito de actuación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o de la aplicación de la ley N° 19.496, que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

CAPÍTULO II De la Competencia Desleal

Artículo 3º.- Se considera acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o a la práctica honesta en materia industrial o comercial, que tenga por objeto desviar clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.

Artículo 4º.- Se considera desleal toda conducta que tenga como finalidad inducir al público a error sobre la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos.

En especial, se consideran desleales las conductas que consistan en la utilización o la difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas y cualquier tipo de práctica que, de acuerdo con las circunstancias en que tenga lugar, induzca a error a las personas a quienes se dirija o alcance, respecto de la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad o cantidad y, en general, a las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.

Artículo 5º.- Se considera desleal la realización o la difusión de manifestaciones falsas sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que sean aptas para menoscabar su credibilidad o fama en el mercado.

En especial, se estiman como desleales las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, creencias, ideologías, la vida privada o cualquier otra circunstancia propia del afectado y que no tenga relación con la calidad del producto o del servicio prestado.

Artículo 6º.- Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando no sea veraz, objetiva y demostrable.

Artículo 7º.- La imitación de iniciativas y prestaciones mercantiles ajenas es libre, salvo que su exclusividad se encuentre amparada por la ley.

Se considera desleal la imitación de prestaciones e iniciativas de un tercero, cuando ellas generen confusión acerca de la procedencia de la prestación o producto, o comporten un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Los actos que constituyan infracción de la legislación de propiedad intelectual o industrial se regirán por ellas.

Artículo 8º.- Se considera desleal la divulgación o la explotación, sin que medie la autorización del titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, con deber de reserva.

Artículo 9º.- Se considera desleal la conducta que tenga por objeto o como efecto intervenir ilícitamente en la organización o desempeño de la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

CAPÍTULO III

De las Acciones, Procedimiento, Tribunal Competente y Sanciones

Artículo 10º.- Contra los actos de competencia desleal, podrán ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones:

a) Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.

b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.

c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal.

d) Publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor.

e) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si hubiere intervenido dolo o culpa del agente.

Artículo 11°.- Cualquier persona que resulte directamente perjudicada o amenazada en su interés económico por un acto de competencia desleal, podrá ejercer las acciones señaladas en las letras a) a d) del artículo anterior.

La acción establecida en la letra e) sólo puede ser ejercida por el directamente perjudicado.

Artículo 12°.- Las acciones de competencia desleal prescriben en el plazo de dos años, contados desde la fecha en que finaliza la realización del acto o conducta que origina la competencia desleal.

Artículo 13°.- Será competente para conocer de las causas de esta ley el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último.

Artículo 14°.- Las acciones que se deduzcan se tramitarán de acuerdo con las normas del Procedimiento Sumario, contempladas en el título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, sin que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 681.

Contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 15°.- Sin perjuicio de las medidas que adopte el tribunal, en atención a la naturaleza de las acciones deducidas, por la sola declaración de haberse producido un acto o conducta de competencia desleal, podrá el tribunal imponer las siguientes sanciones, las que se

aplicarán conforme al daño provocado y al beneficio que se hubiere reportado por la acción sancionada:

a) Multa de 2 a 5 unidades tributarias mensuales, si se declara que se ha realizado una conducta de las definidas en el artículo tercero.

b) Multa de 5 a 20 unidades tributarias mensuales y/o clausura por un día, si se reiterare la conducta por la cual se impuso la multa de la letra precedente.

c) Multa de 20 a 80 unidades tributarias mensuales y/o clausura por tres días, si la conducta se refiere a las tipificadas en los artículos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º, o bien, se tratare de una nueva reiteración, respecto de la cual ya se hubiere aplicado la sanción de la letra precedente.

d) Multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales y/o clausura de cinco días a suspensión definitiva de la actividad, si se tratare de hechos reiterados, respecto de los cuales se hubieren impuesto las sanciones de la letra anterior.

El o los días de clausura serán fijados discrecionalmente por el tribunal, y deberán ser días corridos. Las multas serán de beneficio fiscal y deberán ser pagadas en la Tesorería General de la República. No será admisible recurso alguno, salvo los de reposición y de queja, si no se hubiere abonado el 50 % de la multa. En este último caso ésta será depositada transitoriamente en la cuenta corriente del tribunal competente.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 02, 09 y 29 de agosto, de 2005, con la asistencia de los Honorables Senadores señores José García Ruminot (Presidente), Marco Cariola Barroilhet, Jaime Gazmuri Mujica, Jaime Orpis Bouchon y Jorge Pizarro Soto; y en sesión de 06 de septiembre de 2005, con la asistencia de los Honorables Senadores señores José García Ruminot (Presidente), Marco Cariola Barroilhet, Jaime Gazmuri Mujica, Jaime Orpis Bouchon y Guillermo Vásquez Ubeda.

Sala de la Comisión, a 4 de octubre de 2005.

PEDRO FADIC RUIZ
Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL.

(Boletín N° 3.356-03)

- I. **PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** En lo medular, crear un nuevo texto legal, con la finalidad de regular la competencia desleal.
- II. **ACUERDOS:** Aprobado en general por la unanimidad de los miembros presentes. (4X0).
- III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** El proyecto consta de 15 artículos.

El Capítulo I, "Normas Generales", comprende los artículos 1º y 2º, referidos a la finalidad de la ley y a su ámbito de aplicación, respectivamente.

El Capítulo II, llamado "De la Competencia Desleal", contempla los artículos 3º a 9º, en que se define qué se entiende por competencia desleal.

Finalmente, el Capítulo III, "De las Acciones, Procedimiento y Tribunal Competente y Sanciones", comprende los artículos 10 a 15 y trata, en lo fundamental, de las diversas acciones que se pueden interponer en caso de existir competencia desleal. Determina que el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último, será competente para conocer de estos casos. Fija el procedimiento que se regirá por las normas del Procedimiento Sumario, contempladas en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, y establece que, contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo a las reglas contenidas en el mencionado Código de Procedimiento. Finalmente regula las sanciones aplicables.

- IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** El artículo 13 del proyecto de ley contiene una norma de carácter orgánico constitucional, por incidir en materias propias de la organización y atribuciones de los tribunales, según dispone el artículo 77, inciso primero de la Constitución Política de la República.

- V. URGENCIA:** No tiene.
- VI. ORIGEN INICIATIVA:** La iniciativa tuvo su origen en la Cámara de Diputados, en Moción Honorables Diputados señores Saffirio, don Eduardo; Bustos, don Juan; Tuma, don Eugenio; Galilea, don José Antonio; Burgos, don Jorge; Luksic, don Zarko; Silva, don Exequiel, y Meza, don Fernando.
- VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Segundo.
- VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** Por la afirmativa, 80 votos. No hubo votos por la negativa ni abstenciones.
- IX. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 12 de julio de 2005.
- X. TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer informe.
- XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:**
- Ley N° 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la libre Competencia.
 - Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973.
 - Ley N° 19.496, que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
 - Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Valparaíso, 4 de octubre de 2005.

PEDRO FADIC RUIZ
Secretario de la Comisión

INDICE

Constancias	1
Objetivo	2
Antecedentes	2
Discusión	5
Aprobación en general	45
Texto del proyecto aprobado	45
Resumen Ejecutivo	50
Índice	52