

LA FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

THE FORMATION AND HISTORICAL EVOLUTION OF PROTECTION AGAINST UNFAIR COMPETITION

LUIS FELIPE TOVAR GARCÍA*
UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES

RESUMEN: Para el desarrollo y fortalecimiento de las industrias se dejó vía libre para una competencia económica sin limitación ni regulación alguna. Durante el transcurso de ese periodo “dejar hacer, dejar pasar” tiempo en la que se fortaleció la economía liberal surgió la necesidad de proteger la competencia desleal. Este trabajo realiza un breve recorrido en la formación y evolución de la protección contra la competencia desleal en varios países de Europa, muestra la relación que existe entre la responsabilidad aquiliana y el desarrollo de la disciplina de la competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: Historia, competencia desleal.

ABSTRACT: *For the development and strengthening of industries, the way was left open to economic competition without limitation or regulation. During the course of that “let do, let through” period in which the liberal economy strengthened, the need to protect unfair competition emerged. This work makes a brief overview of the formation and evolution of protection against unfair competition in several European countries, shows the relationship that exists between Aquilian responsibility and the development of the discipline of unfair competition.*

KEY WORDS: *History, unfair competition.*

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú. Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, España. Correo postal: Prolongación Río Santa Manzanera L, Lote 8, El Olivar, Distrito de Los Olivos, Lima, Perú. CP. Lima 39. Correo electrónico lf_tovarg@hotmail.com

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

La regulación contra la competencia desleal surge en el siglo XIX de la mano del liberalismo económico, una de las conquistas de la Revolución Industrial es la libertad de industria y de comercio. Esta libertad en etapas anteriores no existía, debido principalmente a la rígida implantación de los gremios. De esta manera, la posibilidad de dedicarse libremente al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, que era necesario evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas y desleales.

Pues bien, resulta imprescindible para el presente estudio revisar la formación, evolución del Derecho de la competencia desleal y su posterior desarrollo en los principales países que lo han adoptado. Sin entrar en un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho de la competencia y de su adopción en algunos países de Europa.

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN LOS PRINCIPALES PAÍSES EUROPEOS

El origen de la regulación de la competencia desleal viene del siglo XIX, de la mano de la Revolución industrial, unido del desarrollo del liberalismo económico, pero en rigor, la moderna disciplina de la competencia desleal no nace inmediatamente tras la proclamación de los postulados liberales, sino decenios después¹.

Con la llegada de la Revolución francesa se abolió el antiguo régimen, la eliminación de los privilegios de industria, la supresión de la organización gremial y el nacimiento del Estado liberal, en la que se proclamó la libertad de industria y comercio, es decir, en la libertad de competir².

Esta libertad económica y jurídica, si bien rompe las barreras gremiales y corporativistas, da vía libre a la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas sin control alguno en la que los empresarios actúan en posición de autonomía, la intervención del Estado es una excepción, es decir el Estado tenía un papel pasivo y neutral, permitiendo, de esta manera, la formación de los primeros núcleos industriales y comerciales; dejando vía libre a los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, abusos de posición dominante, etc.

Es en el periodo de las corporaciones³, en donde se tutelaba el prestigio e intereses de los miembros de la corporación, donde la función reguladora y monopolizadora de la actividad económica lo regulaban las propias corporaciones⁴ y la competencia económica se desarrollaba

¹ GHIDINI, GUSTAVO, "La competencia desleal. Desde las Corporaciones al Corporativismo", *Revista de Derecho Mercantil* n° 135-136, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 1975, p. 22.

² Sobre el principio de la libertad de iniciativa económica, ASCARELLI, TULLIO, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducción al español de VERDERA, E., y SUÁREZ-LLANOS, L., Bosch, Barcelona, 1970, pp. 33-34.

³ Para un detallado estudio sobre las características fundamentales de la competencia económica en la organización del sistema corporativo o gremial véase entre otros a GHIDINI, GUSTAVO, *op. cit.*, pág. 7 y ss.; PIRENNE, HENRI, *Historia económica y social de la edad media*, Fondo de cultura económica, México, 1986, pp. 131 y ss.; KULISCHER, J.M., *Storia económica del medio evo e dell'epoca moderna*, vol. Primo, editore G. C. Sansoni, Firenze, 1955, pág. 301 y ss.; REHME, Paul, *Historia universal del derecho mercantil*, traducción al español por GOMEZ ORBANEJA, EMILIO, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 66 y ss., FRANCESCHELLI, Remo, *Trattato di diritto industriale*, parte generale, volume primo, Doot. A. Giuffrè, Milano, 1960, pp. 393 y ss., ASCARELLI, *op. cit.* pp. 38 y 39, RAMELLA, AGUSTIN, *Tratado de la propiedad industrial*, t. II Marcas, Nombres, Competencia Desleal y Uniones Industriales, traducción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1913, p. 300.

Entre los mercantilistas españoles que se han ocupado del tema véanse FONT GALÁN, IGNACIO, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 70 y ss.; BAYLOS CARROZA, HERMENEGILDO, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 327 y ss.; PAZ-ARES, CANDIDO, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia)", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 159 enero-marzo, 1981, pp. 15 y 16.

⁴ Al respecto, MENÉNDEZ, AURELIO, *la competencia desleal*, Civitas, 1ed. Madrid, 1988, pp. 26 y 27.; señala que "(...) en el periodo de las corporaciones, e incluso en la época mercantilista, carece de sentido hablar de una normativa de la competencia desleal, que presupone el previo establecimiento de la libertad general de la competencia. En relación con ese periodo se puede hablar de reglas de competencia,

bajo la perspectiva de una ilimitación de ganancias y de una competencia libre⁵.

Es así como hasta mediados del siglo XIX lo único que se protegía por los actos derivados de la competencia desleal eran los derechos de la propiedad industrial⁶, específicamente la protección del derecho sobre la marca que viene a constituir el camino para la represión de la competencia desleal⁷, por lo que era considerada –tal como señala FONT GALAN– como una última “red de seguridad”⁸ para detener y poder sancionar las prácticas “atípicas” que atentan contra la propiedad industrial. Esta situación, la limitaba a ser una mera disciplina reparadora de daños inferidos sobre los bienes de la propiedad industrial, los derechos de exclusiva del empresario, sobre los bienes inmateriales de la empresa que se configuran como auténticos derechos subjetivos absolutos.

De esta manera los actos de competencia desleal fueron entendidas como una agresión a los “intereses individuales del empresario”⁹, por lo que mediante su regulación se buscaba proteger los intereses de estos, es decir, que se perseguía aquellos actos de sustracción o aprovechamiento de los resultados de un competidor por medio de la denigración, la violación de secretos industriales, la usurpación flagrante de los signos distintivos u otros bienes de la propiedad industrial. Así, señala con razón Menéndez¹⁰ que “(...) la represión de la competencia desleal se circunscribe básicamente a los actos de confusión (usurpación, falsificación, etc.) de los derechos sobre signos distintivos y otras figuras de la propiedad industrial. Adviértase, pues, que la tutela de los signos distintivos encauzada a través de la incipiente disciplina de la competencia desleal no tiene por objeto la protección del sistema de libre competencia”.

Lo que se pretendía en un primer momento, con la ausencia del intervencionismo estatal y el reconocimiento de las ideas económicas liberales, era fortalecer las industrias e impulsar la formación de “fuertes núcleos empresariales”¹¹; ya que de existir una normativa sobre la deslealtad competitiva hubiese funcionado como freno estatal para el despegue económico y hubiese resultado insalvable para una industria naciente que solo podía afianzarse si se le dejaba el campo libre para las imitaciones y modalidades engañosas. Sin estos “excesos” hubiera sido imposible el despegue de la industria, un claro ejemplo, viene a constituir la industria alemana que se caracterizaba por ser una industria de “falsificadores y aventureros”¹².

Una vez consolidada la industria y por lo tanto el régimen económico liberal (a finales del siglo XIX y principios del XX), son los empresarios que se vieron en la necesidad de solicitar al Estado la regulación de la libre competencia con la finalidad de eliminar los constantes abusos que se cometían en el mercado por parte de los participantes que mediante acuerdos restrictivos y de ac-

en el sentido de que toda la actividad económica se hallaba minuciosamente reglamentada por las corporaciones y más tarde por el Estado absoluto”.

⁵ BAYLOS CARROZA, *op. cit.*, p. 202.

⁶ “En principio, la disciplina de la competencia desleal se ha considerado –señala BAYLOS CARROZA– que forma parte del contenido de la propiedad industrial, partiendo de que la deslealtad del competidor ataca a los titulares de derechos subjetivos de carácter exclusivo derivados de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial”. *op. cit.*, pág. 333.

⁷ Al respecto, el autor italiano FRANCESCHELLI, REMO, señala, la traducción es de mi autoría, “(...) durante el siglo XIX, la adopción por los países más importantes de una legislación especial sobre marcas, signos distintivos, nombres comerciales, había abierto el camino a la represión de la competencia desleal, (...) (...) el derecho de marcas es un derecho piloto, por así decirlo, en lo que respecta a la protección contra la competencia desleal, (...). Véase en “studi sulla concorrenza sleale. La storia del problema e delle sue soluzioni”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1962, parte prima, pp. 19 y ss.

⁸ *Op. cit.*, pág. 89, cit. 171.

⁹ Al respecto GHIDINI señala que “(...) el régimen jurídico de la competencia desleal era concebido como medio de tutela de los frutos del trabajo (del trabajo del comerciante)”. *Vid.* La competencia desleal. Desde..., *op. cit.*, pág. 9.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 34.

¹¹ El autor italiano GHIDINI, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; señala que “no se trataba de una insensibilidad jurídica ante las exigencias del mundo de la economía. Por el contrario, como prueba de que en las relaciones económicas los conceptos de lícito e ilícito están en función de los intereses dominantes puede observarse cómo en los orígenes del capitalismo liberal (...) la ausencia de cualquier tipo de frenos estatales constituía exigencia del sistema, a fin de posibilitar la creación de fuertes núcleos empresariales”, de opinión similar MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

¹² Al respecto, véase GHIDINI, GUSTAVO, *slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Cedan – casa Editrice Dott. Antonio milani, Padova, 1978, p. 23.

tos que perjudicaban el funcionamiento correcto de la competencia y la salud moral y negocial del tráfico económico¹³. Ya que es bien conocido que no poner límites a la libertad de competir acarrea, por su propia mecánica, a su destrucción¹⁴.

En ese sentido, la normativa reguladora de la Competencia Desleal, que constituye una “verdadera paradoja del liberalismo”¹⁵, está llamada a cumplir un rol protagónico en el esfuerzo tutelar de la integridad del mercado, poniendo fin de esa manera al principio *laissez faire*¹⁶. Al respecto, GHIDINI¹⁷ señala “(...) no resulta difícil comprobar cómo las líneas fundamentales del régimen de la competencia desleal, que surge con la madurez –y no desde el nacimiento– de la economía liberal (...)”.

De esta manera, se aprecia como la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial, se independiza para ser sustituida por una disciplina general, privada y dotada de una fuerte impronta profesional, en la que se protege los intereses privados de los empresarios en las relaciones recíprocas de mercado. Esta etapa se caracteriza de cierto intervencionismo estatal apoyado por parámetros profesionales.

Esta regulación para la protección contra la competencia desleal, no se produjo de un modo uniforme en los distintos países europeos, esto debido al desarrollo industrial de cada uno de ellos, ya que a comienzos del siglo XIX Francia era el país que presentaba la más sólida estructura industrial y comercial con producciones de fama internacional. Todo lo contrario, sucedía con Italia, Alemania y España, entre otros, en la que su desarrollo industrial fue mucho más lento¹⁸.

Así pues, es en **FRANCIA** –país donde se encuentra los primeros gérmenes de una legislación protectora contra la competencia desleal– donde se reprimió la competencia desleal en base a la labor jurisprudencial inspirada en la cláusula general de la responsabilidad, se señala pues que esta nace y se desarrolla de la disciplina general de la responsabilidad civil¹⁹, en el resto de los países continentales (Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) siguen el mismo camino del código civil francés.

Este desarrollo de la protección contra la competencia desleal que nace a partir de los materiales típicos de la responsabilidad aquiliana, específicamente en torno a la jurisprudencia elaborada

¹³ Una vez consolidado y formado un fuerte núcleo industrial suficientemente capaz de no temer la intervención estatal, son los empresarios quienes presionan para que el Estado intervenga tanto a nivel jurisprudencial como legislativo. Esta intervención se solicita con la finalidad de proteger las posiciones adquiridas en el mercado. En este sentido GHIDINI, “La competencia desleal...”, *cit.*, pp. 17 y 18; también Menéndez, *op. cit.* p. 65.

¹⁴ SENEN DE LA FUENTE, GUILLERMO (coord.), “La Protección de la Libre Competencia, Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los países miembros del Mercado Común”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 95, Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965, p. 154, también es destacado por FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵ GIRÓN TENA, JOSE, *Estudios de Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 344.

¹⁶ Como apunta GHIDINI, “La competencia desleal...”, *cit.* p. 19, “es en este preciso momento (refiriéndose a las prácticas que lesionan o pueden lesionar los intereses de los empresarios leales y honestos), cuando madura la necesidad de poner fin al principio del *laissez-faire* en la lucha económica y de pasar a una disciplina objetiva de la competencia, de carácter nacional primero, y después de alcance internacional”. La frase *laissez faire* viene literalmente del francés “dejar hacer”, es un principio económico asociado a la escuela del pensamiento clásico, según el cual el Estado debe dejar hacer, refiriéndose a una completa libertad de la economía.

¹⁷ “La competencia desleal...”, *cit.*, p. 11.

¹⁸ Para un estudio más detallado y con gran cantidad de bibliografía sobre el tema véase GHIDINI *op. cit.* p. 18, *cit.* 22.

¹⁹ El reconocimiento doctrinal del mérito y paternidad de la jurisprudencia en la formación originaria de la disciplina de la competencia desleal a partir del modelo aquiliano es unánime. Bastante elocuente es la afirmación de SANTINI quien manifiesta que “(...) del tronco de la responsabilidad aquiliana, jurisprudencia y doctrina han logrado desarrollar una disciplina de la competencia desleal (...)”; prólogo a la monografía de ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL, *La responsabilidad civil del fabricante*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 20, de opinión similar Menéndez, *op. cit.*, p. 36 ss., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO, “La competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, n° 20, Madrid, 1992, p. 1; “La formación del derecho de la competencia”, *Actas de derecho Industrial y Derechos de Autor*, T. 2, Montecorvo, Madrid, 1975, p. 67, PAZ-ARES RODRIGUEZ, CANDIDO, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 159, Aranzadi Thomson Reuters, 1981, p. 26; GIRÓN TENA, JOSE, *Estudios de Derecho Mercantil* “Competencia ilícita y derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho Positivo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 345 ss.; *Vid.* también FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 17 ss., SCHRICKER, GERHARD, “Últimos desarrollos del derecho de la competencia desleal en Europa”, *Revista General de Derecho*, n° 49, Valencia, abril - 1993, p. 3295, FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 92, entre otros.

sobre la base de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual, es decir a través del art. 1382 del Código Civil Francés, en un inicio, solo se castigaba las infracciones a los derechos a la propiedad industrial, básicamente de derechos de marca ya que la condición previa para una acción por competencia desleal era la violación de un objeto específico de protección²⁰. La jurisprudencia de los tribunales franceses solo protegía –por la ley de marcas– la propiedad industrial, rechazando la posibilidad de dar paso a una ley general de competencia desleal. Elaborar una legislación general traería como resultado –según se manifestaba– la restricción del principio de libre competencia de aquella época.

Es por ello que a inicios del siglo XIX era impensable hablar de una disciplina general de la competencia desleal, ya que por aquella época no se concebía esa idea debido a que se consideraba que afectaba el principio de libre competencia.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, con la industrialización la situación cambia, la competencia desleal cambia de función económica, del derecho violado se pasa a considerar la conducta que causa la lesión, cambiando de esta manera la dirección de la protección. Es así, como pronto se va a desarrollar una doctrina general de la *concurrance déloyale*, todo con el amparo de la cláusula de responsabilidad extracontractual (artículos 1.382 y 1.383 del C.c. francés) que comienza a perfilarse como garantía para el ejercicio del principio de libertad empresarial, acentuándose de esta manera una visión profesional y corporativa de la disciplina²¹.

El modelo jurisprudencial francés fue seguido en **ITALIA**, la doctrina de la competencia desleal se elaboró sobre la base del artículo 1.151 del Código civil de 1865, también equivalente al artículo 1902 del Código civil español, es decir sobre la base de la normativa general del ilícito civil extracontractual.

Los jueces italianos construyen el ilícito concurrencial a partir de la cláusula civil reguladora de la responsabilidad extracontractual, de modo que la represión de la competencia desleal encuentra fundamento –así como lo hizo la jurisprudencia francesa sobre el artículo 1.382– en la norma general en materia de ilícito civil extracontractual (artículo 1.151)²². Sin embargo, algunos matices difieren de la evolución de esta doctrina jurisprudencial, ya que la experiencia italiana da sus primeros pasos con el desdoblamiento de la jurisprudencia en la construcción del ilícito concurrencial bajo el influjo de dos tendencias de marcado sabor individualista; la primera que sigue la tendencia de la jurisprudencia francesa, típicamente protocapitalista que sale en defensa del empresario y sus intereses, y una segunda tendencia formada por esquemas acapitalistas que presta más atención al aspecto personal que a los resultados objetivos de la actividad empresarial; terminando imponiéndose la tendencia francesa²³.

²⁰ La Ley de marcas estaba codificada de ahí que solo se pudiera reprimir los comportamientos concurrenciales expresa y taxativamente prohibidos por la Ley. En este sentido, solo se podía realizar acciones por infracción ante los tribunales civiles o penales cuando se violaban normativas en materia de marcas, ante los tribunales civiles era la acción de competencia desleal.

al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 12 Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 44, señala que la competencia desleal se encuentra vinculadas a las marcas, ya sea por causas jurisprudenciales elaboradas a través de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual como es el caso de Francia (art. 1382, 1383) o por medio de leyes especiales como es el caso de Alemania.

²¹ Con estos nuevos parámetros, ya no solo se reprimen los actos lesivos de derechos de propiedad industrial, sino que la tutela se proyecta sobre todos los elementos de la empresa con valor competitivo. Para un análisis más amplio del origen y evolución de la competencia desleal en la jurisprudencia francesa véanse entre otros, KRASSER, RUDOLF, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté économique européenne*, T. IV, Dalloz, Paris, pp. 1 y ss., también pp. 147 y ss., GHIDINI, *op. cit.*, pp. 19 y ss., RAMELLA, AGOSTINO, *Tratado de la propiedad Industrial*, Tomo II, Marcas, nombres, competencia desleal y uniones industriales. Hijos de Reus, Madrid, 1913, pp. 305 y ss., Menéndez, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

²² PAZ-ARES, “Constitución económica y competencia desleal” (reflexiones sobre la experiencia italiana), *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, p. 929.

²³ Para un estudio detallado de las dos tendencias jurisprudenciales que surgió en Italia véase GHIDINI, *op. cit.* pp. 25 y ss., también PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 929 y ss.

En Italia, al igual que en Francia, no existió una disciplina general de la competencia desleal, el artículo 1,151 únicamente da lugar a la protección de determinadas conductas típicas. Después de varios intentos, Italia no tendrá una disciplina general de la competencia desleal hasta el decreto del 10 de enero de 1926 (convertido en ley el 29 de diciembre de 1929), fecha en que el legislador italiano da eficacia interna al artículo 10 bis del texto de la Haya del Convenio de la Unión de París²⁴. Pero es con el artículo 2.598 del *Codice Civile* de 1942 donde se cristaliza de modo definitivo la defensa de intereses profesionales²⁵.

Todo lo contrario, sucedió en **ALEMANIA**, país donde la construcción jurisprudencial no fue aceptada²⁶ para la elaboración de una legislación contra la competencia desleal; se recurrió al legislador para promulgar una ley especialmente dirigida a dicha finalidad.

Hay que destacar que la recepción del tema en Alemania tendrá enorme trascendencia. Su tardío desarrollo industrial, hizo que su legislación en la materia se retrasara casi un siglo. Es por ello que el tema de la competencia desleal surge en Alemania con la promulgación de la *Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, de 21 de junio de 1869, en la que se proclamaba por primera vez el principio de libertad de industria y comercio (la *Gewerbefreiheit*). Luego se promulga la *Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen* de 12 de mayo de 1894, esta ley de marcas contenía normas específicas sobre la competencia desleal.

Posteriormente se promulgó la primera ley especial sobre competencia desleal: la *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, de 27 de mayo de 1896, esta Ley establecía sanciones penales y la acción inhibitoria para ilícitos específicos, no contenía una cláusula general, solo reprimía a través de acciones de indemnización y cesación ciertos tipos de comportamientos desleales tales como: el anuncio engañoso, los actos de denigración, los actos de confusión y la violación de secretos industriales²⁷.

A pesar del avance que constituyó esta ley para la regulación de la competencia desleal, no fue suficiente para solucionar los problemas que esta presentaba; debido a que, tal como se afirma, carecía de una cláusula general. La utilización de la responsabilidad aquiliana viene con la publicación del *BGB* de 1900 (*el Reichsgericht*) en la que se comienza a utilizar el par. 823 *BGB* (este párrafo establece el sistema de responsabilidad aquiliana típica) como una norma complementaria para proteger a la empresa frente a la competencia desleal, este par. 823 exigía que para que proceda la acción de responsabilidad exista lesión de un derecho subjetivo absoluto motivo por el cual el alto Tribunal desarrolla una singular teoría del derecho de la empresa²⁸.

²⁴ En el art. 10 bis del C.U.P. (fundada en 1883) se insertó una precisión específica de actos de competencia desleal, en la que se sancionaba como desleales los actos contrarios a los usos honestos del comercio. El Convenio de la Haya estructuraba la disciplina de la concurrencia desleal, olvidando la referencia tanto a la culpa y dolo como a la verificación de un daño concreto. Para un estudio detallado sobre el art. 10 bis del C.U.P. y su influencia en la jurisprudencia italiana *vid.* GHIDINI, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

²⁵ El art. 2598 establece una cláusula general, cuyo criterio viene dado por la corrección profesional al declarar en su n° 3 que incurre en competencia desleal quien “se valga directa o indirectamente de cualquier medio no conforme a los principios de corrección profesional e idónea para perjudicar a la empresa”, la norma tiene un criterio marcadamente corporativo ya que tiene como objetivo la defensa de los intereses de la empresa y por ende del empresario, por lo tanto este artículo viene a constituir el exponente máximo de esta tendencia francesa (protocapitalista).

En general, la evolución italiana ha sido estudiada con particular detalle por PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 927 y ss., y las exhaustivas indicaciones bibliográficas que indica el autor; ver también la síntesis de GHIDINI, *op. cit.*, pp. 25 y ss., y pág. 34 y ss., también ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 147 y ss., FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁶ “en Alemania, antes de la UWG de 1896, la jurisprudencia (...) se había mostrado particularmente reacia a reprimir los abusos concurrenciales (...)” GHIDINI, *op. cit.*, 29.

²⁷ Para un estudio detallado de esta ley *vid.* PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

²⁸ Esta concepción tiene su origen antes de la aprobación de la *UWG*, es desarrollado por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, en la sentencia de 27 de febrero de 1904 en la que se atribuye al empresario un derecho subjetivo absoluto sobre su empresa y los bienes inmateriales a ella conexos. Esto explica que la empresa resultara tutelada por la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual (par. 823 *BGB*). Pero la aplicación práctica del par. 823 *BGB* ha sido poco afortunado, ya que la teoría del derecho de la empresa como justificación legitimadora para la aplicación de la responsabilidad extracontractual a los actos de competencia desleal violadores del bien jurídico tutelado/lesionado por la cláusula general de la deslealtad fue merecedor de una fuerte crítica doctrinal. Sobre las críticas y las consecuencias del poco éxito que tuvo la aplicación del par. 823 *vid.* la información detallada que recoge PAZ-ARES, *El ilícito concurrencial...*, *cit.*, pág. 69 al 74, además FONT GALÁN, *Constitución económica...*, pp. 92 al 95.

La consolidación de la disciplina de la competencia desleal en Alemania viene finalmente con la promulgación el 7 de junio de 1909 de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* –UWG– (ley de competencia desleal), esta ley es la primera en Europa que contiene una cláusula general de prohibición de la competencia desleal. La ley contiene prohibiciones específicas además de sanciones civiles y penales; por otro lado, para la sanción de los actos de competencia desleal se prescindía del daño y del dolo. La ley de 1909 con algunas modificaciones sigue vigente en la actualidad en Alemania²⁹.

En **ESPAÑA** la represión de la competencia desleal no fue objeto, en un inicio, de atención por parte del legislador, solo se contemplaba determinados aspectos concretos y aislados, por lo que existió una variada legislación que la regulaba, pero que no configuraban como un verdadero objeto digno de una específica protección.

Esta base legislativa estaba formada por los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 que fue la primera Ley que viene a regular la competencia desleal en España. Estas normas contenían un carácter riguroso y exclusivamente penal de tales normas, siendo además una normativa típica ya que solo se reprime aquellas actividades expresamente previstas en la ley por lo que no es requisito necesario el daño, en estos casos el delito se produce cuando se realiza la conducta típica, con independencia de que se haya causado o no un daño patrimonial³⁰.

También, formaba parte de la base legislativa el artículo 10 bis del Convenio de la unión de París³¹, e, internamente mediante el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964³² que viene a constituir la primera norma que introduce en el ordenamiento positivo español

²⁹ Para una completa valoración de este proceso doctrinal de modernización en el derecho alemán nos remitimos, de nuevo, a las sugestivas exposiciones de PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 9 y ss., también GHIDINI, *op. cit.*, pág. 29 y ss., y las doctrinas allí citadas.

³⁰ Según MENÉNDEZ esta ley fue concebida como una disciplina de protección contra la lesión de derechos de propiedad industrial, al respecto el artículo 131 dice: “Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley”. En lo que respecta al artículo 132 manifiesta el autor que constituye una expansión fuera del estrecho marco de la típica propiedad industrial.

En ese sentido el artículo 132 dice “se consideran hechos de competencia ilícita: a) La imitación de las muestras o rótulos de los escaparates, fachadas, adornos o cualquier otro que pueda originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano. b) La imitación de los embalajes usados por una casa competidora en forma tal que induzca a confusión. c) Escoger, como razón social, un lema en el que esté incluido el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento con objeto de aprovecharse ilícitamente de su nombradía. d) Propalar a sabiendas falsas aseveraciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela. e) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódicos, que tiendan a desprestigiar la calidad de los productos de un contrincante. f) Anunciarse de un modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositario de un producto nacional o extranjero. g) El empleo, sin la competente autorización, de indicaciones o términos tales como “preparado según la fórmula de...”, o “con arreglo al procedimiento de fábrica de...”, a no ser que la fórmula o el procedimiento pertenezcan al dominio público”.

El sentido del artículo 132 –según manifiesta MENÉNDEZ– es regular ciertos actos fuera de ámbito de los signos distintivos que constituiría la base fundamental de lo que será el “modelo profesional” posterior.

Para un estudio detallado del tema véase MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 38 y ss., en la que expone una sólida argumentación y abundante bibliografía sobre el tema. También DÍAZ VELAZCO, MANUEL, “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 6, 1946, pp. 460 y ss., OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, JUAN JOSE, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 29 y ss.

³¹ El artículo 10 bis del convenio dice: “1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”. Con el Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial España entra al llamado “modelo profesional”. El convenio fue aprobado el 20 de marzo de 1893, posteriormente revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 02 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967. España ratificó el Convenio de París el 14 de julio de 1970 y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 1 de febrero de 1974; una vez ratificado el convenio, el ordenamiento español pasa a tener una cláusula general inspirada en criterios corporativos y pasa este a formar parte del ordenamiento interno, sin necesidad de una ley nacional que lo incorpore. Su posterior aplicación al tráfico interno resultó de difícil aplicación. Para un análisis detallado sobre el tema y su aplicabilidad en el tráfico interno español, véase GOMEZ SEGADE, JOSE, *El secreto Industrial*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 398 y ss.; MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 85 y ss.

³² Artículo 10 del ya derogado Estatuto de Publicidad decía: “Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

una auténtica cláusula general prohibitiva³³, luego también están, el ya derogado, título IX de la Ley de Marcas de 1988³⁴ enteramente destinado a la competencia desleal; tenemos la Ley General de Publicidad (en adelante, LGP) de 11 de noviembre de 1988³⁵ modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre³⁶.

Finalmente se aprobó una legislación especial de represión de competencia desleal, nos referimos a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³⁷, modificada por la nueva Ley de Competencia desleal y Publicidad nº 29/2009, de 30 de diciembre que entró en vigor el 1 de enero de 2009.

También tenemos un gran número de disposiciones –gran parte de ellas de carácter administrativo– de carácter estatal como autonómica, reguladoras de las actividades de promoción de venta. Nos estamos refiriendo a la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista De 15 de enero de 1996* así como también el amplio conjunto de Leyes autonómicas en materia de competencia promulgadas por las diversas comunidades³⁸.

Podemos apreciar que, hasta antes de la LCD, las normas que han nutrido la Competencia Desleal se encontraban dispersas en leyes de distinta edad y procedencia, que contemplaban en muchos casos aspectos parciales o realidades desfasadas de lo que verdaderamente constituye la Competencia Desleal. Además, el grave problema de gran parte de estas normas es que carecían de una cláusula general prohibitiva respecto de la competencia desleal³⁹, a diferencia de lo que sucedía

³³ FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS, “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 107, 1968, p. 27. Para una aproximación más detallada del tema véase también en MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 91 y ss., DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Dictámenes jurídicos*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 244.

³⁴ El título IX de la ley de marcas regula con carácter general la competencia desleal, en su artículo 87 establecía una cláusula general de la disciplina: *Artículo 87*: “Se considera desleal todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

Artículo 88: “Sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia, se considera, en particular, desleal: a) Todo acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor. b) Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. c) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieran inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. d) La utilización directa o indirecta de una indicación falsa o engañosa sobre la procedencia de un producto o servicio o sobre la identidad de un productor, fabricante o comerciante. e) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen falsa o engañosa, o la imitación de una denominación de origen, aun cuando se indique el verdadero origen del producto, o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como “genero”, “tipo”, “manera”, “imitación o similares”.

Finalmente, el artículo 89 regulaba los aspectos procesales de la competencia desleal: “Frente a un acto de competencia desleal, se podrán interponer las acciones previstas en el capítulo II del título IV de la presente Ley”.

³⁵ Esta ley vino a sustituir al antiguo Estatuto de Publicidad de 1964; la LGP viene a regular las deslealtades concurrenciales puestas en prácticas a través de la publicidad comercial, es decir, tipifica una serie de supuestos como publicidad desleal, la denominación “desleal” aparece en los artículos 3.c y 6 de la Ley General de Publicidad.

³⁶ Esta Ley modifica el régimen legal del artículo 1 y el título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Véase Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) nº 135 de 31 de diciembre de 2009, sec. I, pág. 112053 y ss.

³⁷ La Ley 3/1991 de 10 de enero sobre Competencia Desleal viene a constituir una pieza legislativa de suma importancia dentro del ordenamiento jurídico español ya que fue la primera ley que vino a establecer una regulación completa, cierta y efectiva que permite oponerse a las actuaciones que implican una competencia desleal en la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial. Sobre la Ley de competencia desleal, pueden verse a OTAMENDI, *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, cit., pág. 133 y ss.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, ANTONIO, “La ley española contra la competencia desleal”, en BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, BAYLOS MORALES, María, (Coordinadora) *Tratado de Derecho Industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal*, tercera edición actualizada, Thomson - Civitas, Madrid, 2009, pp. 418 y ss..

³⁸ La Ley de Ordenación del Comercio Minorista ha sido modificada por la Ley de competencia desleal y publicidad nº 29/2009 con la finalidad de adecuar la regulación sobre las ventas promocionales a las disposiciones de la directiva, manteniendo la regulación sustantiva dictada en materia de ordenación de la actividad comercial y haciendo una remisión expresa a la Ley de Competencia Desleal para el tratamiento de su incidencia en los legítimos intereses económicos de los consumidores

Para un estudio detallado de LOCM véase entre otros a MIRANDA SERRANO, LUIS, “Actividades de promoción de ventas y defensa de los consumidores”, en BOTANA GARCÍA, Gema, *et. al.* (comité coord.) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 111 y ss., MESSAGUER FUENTES, JOSE, “Conceptos básicos”, en ALONSO ESPINOZA, Francisco José, *et. al.* (comité coordinador) *Régimen jurídico general del comercio minorista: comentarios a la ley 7/1996 de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica 2/1996 de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 24 y ss.; BERCOVITZ, Alberto, “Notas sobre los aspectos jurídicos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en ALCOVER GARAU, Guillermo, *et. al.* (comité coordinador) *Estudios del Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Caja Duero, Vol. II, Valladolid, 1998, pp. 941 y ss.

³⁹ En ese sentido, véase la monografía de MENÉNDEZ, *op. cit.*, en la que el autor pone de relieve las dificultades que existen para reconducir dicha cláusula general en algunos de los preceptos existentes en aquel entonces.

en la gran mayoría de los ordenamientos comparados, y en los diversos convenios internacionales ratificados por España⁴⁰.

Por último, en el **PERU** la primera norma legal sobre la represión de la competencia desleal fue la Ley N° 13270, Ley de Promoción de Industrias, promulgada el 30 de noviembre de 1959. En dicha norma legal se introdujo la primera definición de competencia desleal (art. 99), también menciona los actos que se consideran como competencia desleal (art. 100). En la redacción de ambos artículos se aprecia la influencia de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial suscrita el 20 de febrero en la ciudad de Washington (EE. UU.).

Posteriormente, se promulgó el Decreto Ley N° 18350, Ley General de Industrias, promulgada el 27 de julio de 1970. Esta Ley General de Industrial derogó la Ley N° 13270, lo que ocasionó que durante 5 meses existiese un vacío legal al no regularse la Represión de la Competencia Desleal. Esto se subsanó el 25 de enero de 1971 con la dación del Decreto Supremo N° 001-71-IC/DS, Reglamento de la Ley General de Industrias. El contenido de este reglamento en lo referente a competencia desleal fue idéntico a la que se había concebido en la Ley de Promoción de Industrias, Ley N° 13270.

Luego viene el Decreto Ley 26122 del 29 de diciembre de 1992, que constituye la primera Ley de Represión de la Competencia Desleal en la legislación peruana, y finalmente el 26 de junio de 2008 mediante Decreto Legislativo 1044, se aprueba Ley de Represión de Competencia Desleal, actualmente vigente.

CONCLUSIONES

- 1.- Los inicios de la regulación de la competencia desleal nace con la llegada de la revolución industrial en donde se proclamó la libertad de industria y comercio. Pero la moderna disciplina de la competencia desleal nace con el desarrollo y consolidación de la industria.
- 2.- La protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente del derecho sobre las marcas que fue considerada el “derecho piloto” en lo que respecta a la protección de la competencia desleal, y no como protección del sistema de libre competencia.
- 3.- No es sino hasta finales del siglo XIX, con el afianzamiento de las industrias y la madurez de la economía liberal, cuando los propios empresarios solicitan que se ponga fin a la doctrina económica “*laissez faire*”, dando surgimiento a las líneas fundamentales de la represión de la competencia desleal.
- 4.- Es en Francia donde se encuentran los orígenes de la represión de la competencia desleal, jugó un rol importante la labor jurisprudencial sobre la base del ilícito civil extracontractual. De esta manera, la cláusula general de la responsabilidad civil vino a desarrollar el ilícito concurrencial.

⁴⁰ Así, por ejemplo, podemos ver sendas regulaciones de la competencia desleal en los artículos 1382 y 1383 del CC francés de 1904, y en su *ordonnance* al respecto de 1 de diciembre de 1986; en los artículos 2598 a 2601 del CC italiano de 1942; así como también en Bélgica; en su Ley de prácticas de comercio, de 14 de julio de 1971; en Suiza, en su Ley federal sobre competencia desleal de 30 de septiembre de 1943, actualizada por otra de 19 de diciembre de 1986, entre otros muchos ordenamientos. En lo referente a los convenios internacionales, el ejemplo más destacado es el art. 10 bis del Convenio de la Unión de París (CUP) de 20 de marzo de 1893, cuya última revisión tuvo lugar en Estocolmo el 14 de julio de 1967, y que fue ratificado por España el 13 de diciembre de 1971.

- 5.- A diferencia de Francia e Italia, en Alemania se recurrió al legislador para la elaboración de la Ley de represión de competencia desleal. Fue en Alemania en donde se elaboró una Ley con la primera cláusula general.
- 6.- En España, antes de la Ley de Competencia Desleal, su represión se encontraba dispersa en diferentes legislaciones, que además de desfasadas carecían de una cláusula general prohibitiva.