

COMENTARIO SOBRE EL DESARROLLO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN MÉXICO

Francisco González de Cossío[□]

I. INTRODUCCIÓN

El Código de Comercio fue recientemente modificado para añadir disposiciones en materia de competencia desleal. El impacto y conveniencia de dicho paso han sido objeto de diferencias de opinión.

Es el propósito de este estudio abordar brevemente, y con un perfil práctico, el paso tomado. Para ello se analizarán sus objetivos (§II), el estado actual de su aplicación en México (§III), el contenido e impacto de la reforma (§IV), para finalizar con un comentario conclusivo (§V).

II. OBJETIVOS E IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La legislación en materia de competencia desleal cumple un propósito importante: asegurar la honestidad en el mundo de los negocios.

Existe diferencia de opinión sobre el bien jurídico tutelado de la competencia desleal, su fundamento, y su relación con áreas próximas. Por ejemplo, mientras que Walter Frisch Phillip¹ considera que dicha disciplina es distinta a aquellas contempladas en el artículo 28 constitucional (propiedad industrial y competencia económica), Alberto Sánchez Pichardo² sostiene que el fundamento puede encontrarse en el segundo párrafo del artículo 28 constitucional. Algunos consideran que la disciplina es una especie del género propiedad industrial, mientras que otros consideran que es un caso particular de la competencia económica.

En mi opinión, la competencia económica y la competencia desleal tienen bienes jurídicos tutelados distintos. Mientras que el bien jurídico tutelado de la competencia económica es la eficiencia,³ el bien jurídico tutelado de la competencia desleal es el aviamiento (el “*goodwill*”) del comerciante.

[□] En la elaboración de este comentario he recibido retroalimentación valiosa de dos expertos en materia de propiedad industrial: la Lic. Gabriela Campos de Pablo y el Lic. Jean Yves Peñalosa. Es mi deseo agradecer sus observaciones, sin insinuar que el contenido del presente refleja su opinión. Tanto la postura expresada como cualquier error es atribuible únicamente al suscrito.

¹ Walter Frisch Phillip, COMPETENCIA DESLEAL, Ed. Oxford University Press, Harla México, 1996, pgs. 142 a 144.

² Alberto Sánchez Pichardo, LA COMPETENCIA DESLEAL, Ed. Porrúa, 2003, pg. 123.

³ Ver artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica. Para una explicación económica de ello, puede consultarse González de Cossío, Francisco, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005, pgs. 23 a 55; y Amílcar

Mientras que la competencia económica busca la existencia de las circunstancias que el análisis económico dicta que propician que los mercados funcionen de manera eficiente,⁴ la competencia desleal busca evitar conducta deshonesto o parasitaria.⁵

Lograr el propósito indicado es complicado pues el proceso competitivo es *in natura* intenso, lo cual incentiva que los agentes económicos utilicen *todos* los medios a su alcance con la finalidad de ganar el voto económico del consumidor. La tentación por recurrir a medios agresivos □ o que rayan en lo éticamente cuestionable□ es enorme; lo cual implica que la reglamentación deba ser eficaz, so pena de ser vencida por la realidad.

Este es el reto y la importancia del derecho de la competencia desleal.

III. COMPETENCIA DESLEAL EN MÉXICO

A. EL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL

Si bien es una digresión, vale la pena señalar el punto de partida constitucional de esta rama.

El artículo 5 de la Constitución Federal establece, como parte de la libertad de comercio, que:

“a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, *siendo lícitos*”
(énfasis añadido)

Lo anterior se traduce en que la (constitucionalmente protegida) libertad de comercio está condicionada: debe ser lícita. Y será lícita aquella actividad que no viole “leyes de orden público o las buenas costumbres”.⁶

B. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Existe un tratado que desde hace mucho (1976 en México) prohíbe la competencia desleal: el Convenio de París para la Protección de la Propiedad

Peredo Rivera, COMPETENCIA ECONÓMICA: TEORÍA Y PRÁCTICA, Ed. Porrúa, 2004, pgs. 5 a 6.

⁴ Es decir, que un mercado se acerque lo más posible a la competencia perfecta. Sobre esto existen diferencias de apreciación. Hay quien dice que el bien jurídico tutelado es la competencia y libre concurrencia (no la eficiencia *per se*), mientras que hay quien considera que ello se protege puesto que logra el fin último: la eficiencia (tanto asignativa como productiva) de los mercados. En mi opinión, van de la mano. El análisis económico enseña que la *eficiencia* de los mercados se procura cuando un mercado es competitivo.

⁵ Por conducta parasitaria me refiero a que un agente económico se beneficie del aviamiento u otros elementos de un competidor para lograr ventas que de otra manera no obtendría. Esto ha sido llamado de muchas maneras en la literatura económica. Por ejemplo, el problema del “*free rider*” o el “Problema del Polizón” (Joseph E. Stiglitz, LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO, Ed. Antoni Bosch, 2000).

⁶ Artículo 1830 del Código Civil Federal.

Industrial⁷ (el “Convenio de París”). El Convenio de París define la competencia desleal como:

- 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 al error**, sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

(énfasis añadido)

La definición anterior es importante, pues hasta hace poco (enero de 2005) era la única; aunque existían disposiciones relacionadas en la Ley de la Propiedad Industrial (“LPI”) y otras leyes especiales.⁸

C. LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Aunque uno de los objetivos de la LPI es erradicar la competencia desleal (artículo 2), la LPI no contempla un régimen completo sobre esta rama. Tan solo contempla que son infracciones:

Artículo 213: Son infracciones administrativas:

- I. Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen **competencia desleal** y que se relacionen con la materia que esta ley regula;

(...)
- IX. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:
 - a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;

⁷ El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial fue firmado el 20 de marzo de 1883. La última revisión de este Convenio se adoptó en Estocolmo el 14 de julio de 1975, y fue promulgada por el Ejecutivo Federal y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de julio de 1976.

⁸ Otras leyes especiales que establecen reglamentación que aborda o se relaciona con este tema son: artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo, artículo 34 de la Ley para Regular Agrupaciones Financieras, artículo 71 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, artículo 5 de la Ley del Mercado de Valores, artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 300 *et seq.* de la Ley General de Salud, artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, artículo 42 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones, y artículo 139 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

- b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;
 - c) Que se presten servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;
 - d) Que el producto de que se trate proviene de un territorio, región o localidad distinta al verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto; (...)
- (énfasis añadido)

Desafortunadamente, los preceptos citados han sido aplicados de tal manera que, para que proceda una reclamación, es necesario que se demuestre una violación a otro derecho de propiedad industrial. Es decir, *por sí sola, una demanda por competencia desleal ha sido insuficiente.*

En la práctica, es usual que estas fracciones se invoquen para asegurar la protección jurídica del *trade dress*,⁹ imagen de un comerciante o la protección de elementos de una empresa que no son susceptibles de protección a través de las distintas figuras de protección de propiedad industrial (por ejemplo, los colores, la forma de adornar un negocio o algunos valores empresariales). Si embargo, en ausencia de una violación adicional, una reclamación exclusivamente basada en “competencia desleal” por lo general no prosperaba.

El efecto que lo anterior ha tenido es desafortunado: falta de efectividad. Si desea atacarse competencia desleal, para prosperar tendrá que demostrarse una violación de **otro** derecho de propiedad industrial.¹⁰

Además de lo anterior, hasta hace poco existía diferencia de tratamiento sobre la posibilidad de demandar daños y perjuicios por la vía jurisdiccional antes de que el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (“IMPI”) declarara la existencia de una violación a la LPI.¹¹ Dicha contradicción fue resuelta en el sentido de exigir, como paso previo a una demanda civil o mercantil por daños y perjuicios, la necesidad de obtener una declaración de infracción de la LPI por el IMPI.¹²

El efecto combinado de las dos circunstancias anteriores era tildar de letra muerta a la disciplina de competencia desleal.

Ante lo anterior, cobra importancia la posibilidad de que la reciente reforma permita entablar una acción *directa* e independiente para reclamar indemnización, como a continuación se explicará.

⁹ Por *trade dress* se entiende la imagen, vestido o forma de un producto o empresa.

¹⁰ Otro de los supuestos de las demás fracciones del artículo 213 de la LPI.

¹¹ El Segundo Tribunal Colegiado, el Décimo Primer Tribunal Colegiado y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado, todos en materia civil del Primer Circuito, mantenían posturas antagónicas.

¹² En marzo de 2004 la Primera Sala Suprema Corte de Justicia, mediante la contradicción de tesis 31/2003-PS, resolvió dicha contradicción con carácter de jurisprudencia.

IV. LA REFORMA EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

El 26 de enero de 2005 se añadió lo siguiente (como artículo 6.bis) al Código de Comercio:

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

- I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;
- II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;
- III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o
- IV. Se encuentren previstos en otras leyes.

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

Dicha disposición emula lo dispuesto en el Convenio de París. La duda que surge de la inclusión de dicha materia en un ordenamiento distinto es si tiene (o debe tener) el efecto de librar la causal de reclamación de la anterior (miope) interpretación y práctica (descrita en la sección II anterior).

Es decir, ¿puede en lo sucesivo demandarse daños y perjuicios por competencia desleal sin tener que probar la existencia de una violación a un derecho de propiedad industrial? De ser el caso, ¿puede ello tener lugar sin necesidad de obtener una resolución administrativa del IMPI?

El precepto es tan nuevo que aún está por verse cómo será aplicado.

En mi opinión, es de esperarse que dicha modificación tenga los siguientes efectos:

1. *Que lo independice:* que se considere materia mercantil, no de propiedad industrial, y que se trate como una base de reclamación *independiente* a una reclamación en materia de propiedad industrial.
2. *Que sea directa:* que no sea necesario obtener una resolución previa del IMPI sobre la existencia de una infracción a la LPI para poder prosperar en una demanda de daños y perjuicios.

La opinión expresada no cuenta con el apoyo de algunos practicantes. Hay quien opina que la reforma es vacía pues el resultado será el mismo: tener que obtener una resolución administrativa antes de acudir a demandar judicialmente. Dicha opinión se funda en la concepción de la disciplina de competencia desleal como parte del derecho de propiedad industrial.

Otros opinan que dicha modificación puede generar más problemas de los que resuelve. Por ejemplo, existe el riesgo que dicho cuerpo sea utilizado en contra de comerciantes legítimos por agentes económicos que desean ilegítimamente beneficiarse de su *goodwill* u otros activos intangibles.

En mi opinión, las observaciones son agudas tanto en lo jurídico como en lo práctico. Es decir, es cierto que el origen del derecho de la competencia desleal se encuentra en la ciencia del derecho de propiedad industrial. Sin embargo, a la fecha, bajo dicho régimen, no ha encontrado efectividad en México, sea por la forma en que está regulado, o la forma en que es aplicado. Lo que es más, el que haya sido incluido en una legislación distinta a la propiedad industrial (la legislación mercantil) bien puede reflejar el deseo legislativo de extirpar dicha disciplina del *statu quo* vigente.

Sobre el riesgo práctico apuntado, coincido con que existe. Mas no creo que sea razón para no modernizar dicha rama del derecho. No será la primera vez que buen derecho es mal utilizado por los fariseos. Pero no considero que sea razón suficiente para no regular. Más bien, el derecho debe continuar su labor de actualización, y las autoridades encargadas de aplicarlo (sean judiciales o administrativas) deben ser cautelosas en su aplicación para evitar el riesgo apuntado.

Dicho lo anterior, y no disintiendo de las observaciones apuntadas, creo afortunada la modificación.¹³ El motivo es el siguiente: la práctica me ha hecho encontrarme, en más ocasiones de las que me gusta admitir, con conducta deslealmente competitiva que, dado el estado actual del derecho y su aplicación, quedan impunes. Es tan impactante la cantidad (y gravedad) de conducta poco ética y desleal que tiene lugar, que me recuerda el siguiente proverbio: “es la realidad la que supera la imaginación, no al revés”.

En mi opinión, es urgente la existencia de un cuerpo normativo efectivamente aplicado en materia de competencia desleal.

Debo admitir que la interpretación que postulo puede parecer contraria a la interpretación auténtica del precepto. El último párrafo del artículo 6.bis del Código de Comercio hace necesario acudir (en ciertos casos) a la autoridad administrativa antes de demandar por la vía civil. Y la intención legislativa es que así tenga lugar.¹⁴ Sin embargo, *no postulo que la conducta que infraccione algún derecho de propiedad industrial específico¹⁵ pueda ser civilmente demandada sin contar con una resolución sobre su ilicitud bajo la LPI. Postulo que para poder civilmente demandar indemnización por competencia desleal*

¹³ Posiblemente una mejor manera de calificarla es un paso hacia delante, mas que una reforma completamente plausible. El motivo es que, por motivos distintos, puede considerarse que se quedó corta.

¹⁴ El dictamen de la Comisión de Economía del Congreso así lo enfatizó en su considerando quinto.

¹⁵ Por ejemplo, la infracción a una marca, una denominación de origen, o un secreto industrial.

(distinta a aquella que viole la LPI —excluyendo competencia desleal—) no se exija obtener una resolución administrativa.

Dicho de otra manera, dentro del universo de conducta que constituye competencia desleal, pueden existir actos que constituyan infracciones de la LPI y actos que no.¹⁶ Para que la modificación al Código de Comercio no sea carente de contenido, las conductas que caen en el segundo supuesto¹⁷ deben poder ser civilmente demandadas sin necesidad de acudir a las autoridades administrativas. De lo contrario, quienes señalan que la modificación es vacía tendrán razón. Se trataría de aun otra modificación que carece de sentido y contenido.

V. COMENTARIO FINAL

El derecho mexicano de la competencia desleal ha sido modernizado. Si bien ha existido un paulatino refinamiento del área mediante su regulación por diversas leyes especiales, en fechas recientes la materia vivió una mejora importante.

El legislador ya puso su granito de arena: emitió derecho que puede cimentar el camino para corregir el *statu quo*. Es de esperarse que la judicatura ponga de su parte para aplicar efectivamente dicho derecho. Para que dicha modificación tenga contenido, es de esperarse que se interprete y aplique en la forma anteriormente detallada.

Existe una correlación positiva entre la apertura del mercado mexicano y la importancia del derecho de la competencia desleal: en la medida en que el mercado mexicano se torne más abierto, será más competitivo, lo cual magnificará la importancia del derecho de la competencia desleal, so pena tolerar (¡o invitar!) prácticas deshonestas o parasitarias.

¹⁶ Por ejemplo, puede intentarse generar confusión, desacreditar a un competidor o inducir al público al error sin que se tengan que utilizar su marca. Ello sería un verdadero caso de competencia desleal por la que creo que no debería tener que requerirse una resolución previa de una autoridad administrativa para demandar daños y perjuicios.

¹⁷ Que no violen un derecho de propiedad industrial específico, excluyendo competencia desleal.