

COMPETENCIA DESLEAL (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 6 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO)

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

SUMARIO: I. Antecedentes. 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2. Ley de la Propiedad Industrial. 3. Ley Federal de Protección al Consumidor. 4. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. II. Derecho comparado. 1. España. 2. Francia. 3. Argentina. III. Artículo 6 bis del Código de Comercio.

I. ANTECEDENTES

En el año de 2005, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* un artículo 6 bis, que pretende ser una norma cuyo ámbito de validez sea todo el campo del derecho mercantil, y que establezca para los gobernados, las sanciones necesarias a fin de evitar conductas que se puedan traducir en lo que se conoce como “*competencia desleal*”.

Este pequeño trabajo busca analizar si efectivamente el derecho positivo mexicano requería una norma en ese sentido o si ya teníamos un ordenamiento que preveía la competencia desleal así como su sanción, y en caso de que sí fuera necesaria una nueva norma jurídica, si el legislador al incorporar el artículo 6 bis, cumplió con su cometido y pudo crear un supuesto normativo que estableciera una sanción ante la “*competencia desleal*”, que cumpliera con las características que deben tener las disposiciones en materia mercantil, es decir, celeridad y efectividad.

Para abordar este tema, se debe afirmar en primer término, que la concurrencia mercantil puede entenderse como la participación o competencia de dos o más sujetos en una actividad comercial, ofreciendo sus productos o sus servicios al público y rigiéndose por la ley de la oferta y la demanda, buscando en todo momento, y en la medida de lo posible, evitar factores externos que distorsionen el mercado.

En el sistema económico conocido como “*economía de mercado*”, propio de los países capitalistas, la concurrencia implica la libre competencia entre los comerciantes, con reglas claras de juego y con la obligación por parte del Estado, de proporcionar una certeza jurídica, mediante normas claras, que no tengan otra finalidad más que el bienestar de los consumidores y sin llegar a convertirse en obstáculo para el desarrollo económico.

Este tema reviste especial importancia en nuestros días, ya que vivimos inmersos en una competencia económica derivada de la globalización, la cual no es un fenómeno ideológico de izquierda o neoliberal, sino que su origen hay que encontrarlo en el progreso y las innovaciones en los transportes, comunicaciones y medios de información.¹

México, como país que busca su desarrollo económico, participa en el “concierto de las naciones” y por consiguiente debe contar con leyes que fomenten y permitan la libre competencia por una parte, y por otra, brinden seguridad jurídica a los gobernados, lo cual redundará siempre en un beneficio para la sociedad.

Estas leyes, no deben ser un catálogo de buenas intenciones, sino que deben influir en la realidad y ser útiles para el desarrollo de la economía del país.²

¹ PAZOS, Luis, *Globalización, riesgos y ventajas*, Diana, México, 2002, p. 17.

² Es una clara tendencia en nuestros órganos legislativos a lo largo de la historia, pensar que al establecer disposiciones legales, mediante la emisión de nuevos ordenamientos legales, podemos cambiar la realidad del país; basta con ver todo nuestro bagaje legislativo del siglo XIX, para darnos cuenta como “buenas legislaciones” que no están acompañadas de “buenos ciudadanos” sirven para muy poca cosa.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el sistema jurídico mexicano, el fundamento legal de esta libre competencia o concurrencia, es la libertad de comercio que establece el artículo 5o. de la Constitución, según el cual: “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo *lícitos*”.

Su ejercicio, según se señala en el mismo precepto, “sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad”.

El maestro Juventino V. Castro denomina a este derecho como *garantía ocupacional*,³ la cual no es un derecho absoluto sino que tiene limitaciones, pero a la vez, seguridades jurídicas, las cuales a continuación se analizan.⁴

A. Conductas ilícitas

En virtud de que la Constitución no tiene una definición de la ilicitud, es menester recurrir al concepto que da el Código Civil Federal sobre la “ilicitud”, al cual haremos mención más adelante y que señala que “*es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*”.

Si bien, el Código Civil Federal no determina cuáles son las leyes de orden público, se han unificado los criterios en el sentido de que las leyes de orden público son aquellas que regulan directamente los intereses del Estado y de la sociedad; es decir, no quedan comprendidas las que únicamente regulan intereses particulares.⁵

Por otra parte, son buenas costumbres, aquellas que en un momento dado, en un lugar concreto se consideran permitidas por no dañar o molestar los intereses y sentimientos del grupo social, según un promedio ideal que evidentemente resulta impreciso y vago.⁶

³ CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, México, 2a. ed., 1978, p. 75.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

No obstante lo poco preciso del término "buenas costumbres", considero que es correcto que sea considerado como causa de la ilicitud, ya que al evolucionar la sociedad día a día, la legislación debe brindar al juez las armas necesarias para poder adaptar la legislación al momento histórico en que vive una comunidad y de esta manera evitar que el ordenamiento legal sea sólo un conjunto de normas vacías sin contenido real.⁷

B. Limitación por resolución judicial

En materia penal es claro que un individuo puede ser sancionado con la suspensión o privación de derechos, y dentro de ellos, está el de ejercer una profesión o actividad.⁸

También podemos encontrar este tipo de limitaciones en normas civiles, mercantiles o laborales que permiten la limitación del ejercicio de una actividad por diversas circunstancias.⁹

C. Limitación por resolución gubernativa

Esta limitación prácticamente no es independiente, ya que cualquier resolución de la autoridad administrativa deberá basarse en una ley que lo sea desde el punto de vista formal y material.¹⁰

D. Limitación a actividades reguladas

También es una limitación la que existe respecto a determinadas actividades que requieren determinada capacitación profesional debidamente acreditada y reconocida.

⁷ Cabe aquí hacer el comentario respecto a que, si es necesario que la legislación civil sea adaptable a las nuevas necesidades de la sociedad, con mucha más razón la legislación mercantil, ya que las conductas que son reguladas por este ordenamiento cambian de día a día. Tal vez uno de los grandes problemas que nuestra legislación mercantil tiene hoy es que en muchas de sus disposiciones se ha quedado rezagada y la autonomía de la voluntad a través de figuras innominadas ha tenido que llenar este vacío.

⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

En estos casos, generalmente se requiere la obtención de un título, debidamente registrado, así como la expedición de la cédula profesional, lo cual constituye una limitación ocupacional y que puede motivar responsabilidades penales para el caso de que no se cumpla con los requisitos establecidos en la ley.¹¹

Finalmente, también encontramos como limitación, la que existe respecto al trabajo de los menores de edad, en los términos del artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria.¹²

Generalmente, las garantías constitucionales se traducen únicamente en que el Estado no se opondrá al ejercicio de los derechos garantizados, salvo las limitaciones que la Constitución impone a las propias garantías; sin embargo, algunas garantías constitucionales van más lejos, y ordenan al Estado que adopte una posición no pasiva sino activa, frente al ejercicio de los derechos por parte de las personas, surgen así, las "seguridades constitucionales" para el libre ejercicio de un derecho que el propio texto constitucional reconoce.¹³

De esta manera, el artículo quinto constitucional establece las siguientes seguridades.

La parte final del primer párrafo del mencionado artículo señala: "nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial". Este principio se encuentra reglamentado en la Ley Federal del Trabajo.

Tampoco, nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su propio consentimiento.

Esta seguridad, no es un derecho absoluto, ya que es plenamente válido el trabajo impuesto como una pena por la autoridad judicial y otro tipo de trabajos como son los electorales, censales, etcétera.¹⁴

Otra seguridad consiste en que no se puede admitir convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa.

Si bien ya está prevista la libertad del individuo, este artículo reafirma su libertad en el ámbito laboral.¹⁵

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 78.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹⁵ *Idem*.

No obstante la garantía constitucional antes analizada, en una economía de mercado, lamentablemente no existe esa “mano invisible” que lo controla y por consiguiente, no se cumplen las características de un mercado perfecto e ideal donde los oferentes en igualdad de circunstancias se presentan ante un universo de consumidores bien informados que no son inducidos a adquirir bienes por causas distintas a la calidad de los productos, su costo y en términos generales, el beneficio para el consumidor.

Esta situación, que debe ser reconocida por el Estado, lo lleva a la necesidad de intervenir, en la medida de lo posible, para corregir las anomalías en el tráfico comercial y evitar que haya entre otras interferencias, una competencia desleal, pero sin caer, o mejor dicho sin volver a caer, en los vicios del viejo populismo, donde el gobierno en lugar de corregir los puntos oscuros que impedían la libre competencia en el mercado, lo distorsionó con grandes daños para la economía de la nación.

El respeto a la propiedad privada, la libertad económica y la libre competencia son requisitos indispensables para un país que quiere desarrollar su economía. El valor supremo que tiene el ser humano es la “libertad” y ésta sólo puede ser limitada, cuando su ejercicio dañe la libertad de los demás individuos.

A lo largo de la historia, las empresas y medios de producción que son administrados por el Estado, han resultado improductivos e incapaces de abastecer a los ciudadanos de los “beneficios sociales” que pretenden proporcionar y además, dichos beneficios son ampliamente superados en los países que poseen una economía de libre mercado.¹⁶

Podemos afirmar que no hay peor empresario que el Estado y es por eso que su función no es generar riqueza, sino dar los mecanismos necesarios a fin de que sea la sociedad la que la cree, pues la función del Estado es brindar la “seguridad jurídica” necesaria para que se dé la libre competencia dentro del mercado.

Dentro de estos mecanismos, de los que se sirve el Estado para permitir la libre y sana competencia en la economía, encontramos el

¹⁶ Milton FRIEDMAN citado en HERRERÍAS, Armando, *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*, Limusa, 3a. ed., México, p. 310.

artículo 28 constitucional, que en términos generales prohíbe los monopolios y los actos que atentan contra la libre competencia, y reitera este principio, con una redacción ambigua que admite que se restrinja la libertad de comercio cuando ocasione “ventajas indebidas a favor de una o varias personas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

En el ejercicio de esta facultad, el Estado ha intervenido en disposiciones como las contenidas en la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal de Protección al Consumidor, las cuales se analizan a continuación.

2. Ley de la Propiedad Industrial

La Ley de la Propiedad Industrial señala como infracciones las siguientes:¹⁷ “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”, y posteriormente, en la fracción X del artículo 213 establece que se considera como infracción: “Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro”.¹⁸

¹⁷ A partir de las reformas de 1994, la Ley de la Propiedad Industrial fue engrosada por lo que respecta a las infracciones administrativas y por consiguiente disminuyeron las conductas tipificadas como delitos. La tendencia consistente en despenalizar algunas conductas para regularlas como infracciones administrativas es una orientación que tiene como causa la suposición de que la complejidad e implicaciones del proceso penal en muchas ocasiones no resultan adecuados para resolver el tipo de situaciones concretas que se presentan y que implican una violación de derechos. De esta manera, se considera que el tratamiento de las conductas bajo el esquema de infracción administrativa, permite una reacción más rápida del aparato jurídico, para poner remedio a la conducta lesiva. Además se considera que la regulación de estas conductas como infracciones permite la más eficaz imposición de sanciones económicas, que se considera que tienen un efecto ejemplificativo y preventivo muy adecuado para el tipo de ilícitos de que se trata, en los que el contenido patrimonial de los derechos parece sugerir que la sanción tenga esta misma orientación, JALIFE DARÉ, Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, Porrúa, México, 2002, pp.544 y 545.

¹⁸ Sobre los conceptos establecidos en la fracción primera del artículo 213 “costumbre comercial” y “usos comerciales”, un gran sector de la doctrina se inclina por darles distinto significado, sin embargo, los argumentos de diferenciación que expresan son tan ambiguos, que difícilmente se pueden distinguir; además de lo anterior, la ley los utiliza en forma indistinta. Para un análisis de los mencionados conceptos ver *ibidem* p. 548.

La hipótesis normativa se refiere a que se logre o intente desprestigiar los servicios, productos o establecimiento de otro, lo que puede darse por diversas maneras y mecanismos, no sólo a través de lo que es conocido como "publicidad comparativa".¹⁹

La propia fracción X del artículo 213 de la mencionada ley, que señala la infracción a que hace referencia los párrafos precedentes, establece una excepción a la infracción al señalar: "No está comprendida en la disposición la comparación de productos o servicios con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada, en los términos que establecen la Ley Federal de Protección al Consumidor".

La finalidad de esta excepción es hacer explícita la particular cuestión de que, de ser legal la publicidad comparativa realizada, no debe considerarse como pretendido o logrado el propósito de desprestigiar los productos o servicios de alguien, ya que la finalidad en la economía de mercado, es que el consumidor esté informado sobre las bondades y defectos de los productos que existen en el mercado y por consiguiente, la comparación por sí misma no está prohibida, sino que al contrario, el Estado busca fomentarla, para tener un grupo de consumidores mejor informado.

Es oportuno realizar una crítica sobre lo antes mencionado, puesto que el tema antes abordado, no debería estar regulado en esta ley, ya que no es de su ámbito de competencia, puesto que no es propio de esta materia regular la actividad entre comerciantes, además de que implica la concurrencia de competencias, entre la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

De la propia disposición legal, se desprende que siempre se requerirá la intervención de la Procuraduría Federal del Consumidor en cualquier conflicto que surgiera, ya que ésta es el parámetro para determinar la legalidad de la publicidad realizada, y con base en esto determinar si se constituye un desprestigio de los productos o servicios de otro competidor.

Por consiguiente, en cualquier caso en que la solicitud de declaración administrativa de infracción planteada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con base en esta fracción invoque a la

¹⁹ *Ibidem*, p. 568.

publicidad como medio para que se logre el desprestigio de los bienes o servicios de un competidor, el Instituto no estará en aptitud de evaluar si la conducta es o no contraria a las reglas que sobre el particular prescribe la Ley Federal de Protección al Consumidor, debiendo recurrir a la Procuraduría Federal del Consumidor, como autoridad especializada en materia de publicidad para obtener de su parte la opinión o dictamen sobre el particular.²⁰

Sin embargo, mientras la Ley Federal de Protección al Consumidor, como veremos más adelante, busca preservar los intereses de los consumidores como destinatarios de la publicidad, en el sentido de asegurarse de que la información que habrán de recibir es objetiva, veraz y confiable, y sólo como una consecuencia secundaria de los límites impuestos por la normativa se genera la protección de los intereses del competidor afectado, en la materia de propiedad industrial, la fracción X del artículo 213 está orientada de manera preponderante, a la preservación de valores propios de la competencia, protegiendo a la empresa de los ataques injustificados e ilegales de un competidor.

En este sentido, el precepto adquiere una trascendencia vital, al no constreñirse sólo a casos de publicidad, sino a cualquier tipo de actividad que pueda representar un desprestigio para el competidor afectado.²¹

Por consiguiente, en el caso de publicidad agravante que es planteado ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, únicamente éste tendrá que solicitar la intervención de la Procuraduría Federal del Consumidor para contar con la determinación de que la misma resulta tendenciosa, falsa o exagerada de conformidad con la Ley Federal de Protección al Consumidor; y si dicha autoridad es enterada de la existencia de un tipo de publicidad que resulta contraria a sus normas, su intervención oficiosa estaría asegurada, en términos de su propia norma, para ordenar la suspensión o corrección de la misma y para imponer las sanciones que resultasen procedentes.²²

²⁰ *Ibidem*, p. 569.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 570.

Por lo que respecta a las sanciones a las conductas ilícitas a que hemos hecho referencia, el artículo 214 de la citada ley establece que pueden ser:

"I. Multa hasta por el importe de veinte mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

II. Multa adicional hasta por el importe de quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, por cada día que persista la infracción.

III. Clausura temporal hasta por noventa días.

IV. Clausura definitiva.

V. Arresto administrativo hasta por 36 horas".

Los criterios que la autoridad seguirá para la determinación de las sanciones serán: el carácter intencional de la conducta, las condiciones económicas del infractor y la gravedad que la infracción implique en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios, así como el perjuicio ocasionado a los directamente afectados, en los términos del artículo 220 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Finalmente, debemos mencionar que la investigación de las infracciones se realizará de oficio o a petición de parte interesada, según se señala en el artículo 215 de la mencionada Ley.

3. Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece las conductas u omisiones por parte de los proveedores de bienes o servicios que son consideradas ilícitas, en virtud de resultar una trasgresión a los derechos básicos de los consumidores.

En forma incorrecta, al copiar la legislación vigente en el ordenamiento legal brasileño, en vez de hablar de los derechos básicos de los consumidores, nuestro legislador prefirió denominarlos principios básicos,²³ los cuales son los siguientes:

²³ FAVELA, citado en GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *Tratado sobre derecho de protección al consumidor*, Porrúa, México, 2005, p. 32.

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos.

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores.

VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos.

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra práctica y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados, y

IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento.

Para efectos de esta investigación, son las fracciones III, VI y VII, que se extienden a la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios las que nos interesan.

El desarrollo de esta protección lo encontramos principalmente en el capítulo II de la mencionada ley, el cual está destinado a la información y publicidad.

Para proteger los derechos del consumidor, la publicidad así como la información contenida en los productos debe tener entre otras, las siguientes características.²⁴

²⁴ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

A. Veracidad

La información debe contener datos verdaderos, por lo cual el producto o servicio debe corresponder a los elementos aportados sobre los mismos en la publicidad.

B. Posibilidad de comprobación

La información deberá elaborarse con justificación respecto de las características del producto o servicio en particular.

C. Precisión

Se prohíbe la utilización de publicidad engañosa, la cual se concretiza cuando contiene algún elemento que induzca o pueda inducir a error al consumidor, por ser falsa, inexacta, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa.

Es prudente también hacer mención al artículo 32 que señala:

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

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

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

Es publicidad engañosa tanto la que hace caer en un error al consumidor respecto de los elementos esenciales del producto o del servicio como la que tiene la aptitud de hacer caer en ese error, independientemente de que se logre o no este resultado. Esta aptitud

de inducir al error puede deberse tanto a afirmaciones contenidas en la publicidad como a omisiones.²⁵

En el primer caso, se contempla la necesidad de proteger a los consumidores de cualquier daño o posible daño originado por la publicidad engañosa.

No se requiere que se haya producido efectivamente un daño en el comportamiento económico del consumidor, sino sólo que se haya dado esa posibilidad.²⁶

Por lo que respecta al segundo supuesto, estamos hablando de la publicidad desleal, respecto de la que se estima que no sólo se afecta al competidor con la publicidad engañosa, sino que esta publicidad engañosa también afecta el interés general de los consumidores.²⁷

Finalmente, debemos mencionar que la mencionada ley otorga facultades a la Procuraduría Federal del Consumidor para ordenar la corrección o suspensión de la publicidad que pretenda confundir o engañar a los consumidores.

Esta facultad se ejercerá sin perjuicio de la intervención que otras disposiciones legales asignen a distintas dependencias o entidades públicas.²⁸

En virtud de que la ley tiene como finalidad proteger los intereses de los consumidores, la mencionada ley prohíbe los acuerdos, códigos de conducta o cualquier colusión entre proveedores, publicistas y otras personas, encaminados a ocultar información en perjuicio de los consumidores.

Como antes lo hemos expresado, esta ley protege al mercado de la competencia desleal, en forma indirecta; es decir, al proteger al consumidor como consecuencia se protege al competidor.

4. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

No obstante las disposiciones que hemos señalado con anterioridad, la prohibición general de la competencia desleal en nuestro sistema

²⁵ FAVELA, citado en *ibidem*, p. 53.

²⁶ FAVELA, citado en *ibidem*, p. 54.

²⁷ FAVELA, citado en *idem*.

²⁸ FAVELA, citado en *ibidem*, p. 55.

legal, hasta ahora, no estaba contemplada en una disposición interna de carácter general, sino en un tratado internacional, que es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, y revisado por última vez en 1975, mismo que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en 1976 y que en términos del artículo 131 constitucional es una norma con plena eficacia en el Estado mexicano no obstante que no haya sido incorporado a nuestro ordenamiento legal mediante una ley en sentido formal y material.

El artículo 10 bis de dicho convenio define a la competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial" y en particular prohíbe:

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.

En este punto es prudente señalar que el artículo 418 del proyecto de Código de Comercio de 1966, contemplaba diversas conductas sancionables, entre las cuales se establecían: "realizar actividades encaminadas a evitar o dificultar el acceso de la clientela"; "sonsacar a los trabajadores o empleados de una empresa" y "cualesquiera otros actos análogos encaminados a desviar la clientela de otro comerciante".

Como lo hemos dicho, este tratado no requiere para su incorporación en nuestro ordenamiento legal, una actividad por parte del órgano legislativo, ya que la Constitución le reconoce, plena vigencia.²⁹

²⁹ Incluso la Corte ha resuelto en el sentido de considerar a los tratados internacionales jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal. Instancia Pleno. Novena época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis LXXVII/99.

II. DERECHO COMPARADO

Debido a la estrecha relación comercial que tenemos con los Estados Unidos de América, es común que en muchas ocasiones, las nuevas figuras que por necesidad del tráfico comercial se incorporan a nuestro derecho, se busquen analizar a la luz del derecho anglosajón, lo cual en mi opinión no es correcto ya que este sistema jurídico tiene características especiales que en la mayoría de los casos son incompatible con el sistema latino.

Es por eso que en este pequeño trabajo, he buscado analizar el tratamiento que a esta materia dan ordenamientos legales con la misma herencia jurídica latina que nosotros, y así, se analizan a continuación los ordenamientos legales de España, Francia y Argentina.

1. España

En España existe la Ley 3/1991 de Competencia Desleal que ofrece una tutela a los empresarios perjudicados por actos de competencia desleal, y ha extendido esa protección a otras personas afectadas en sus intereses por esos actos. Para ello, ha legitimado para ejercitar las acciones contra el acto de competencia desleal no sólo a los directamente perjudicados o amenazados (frecuentemente los empresarios o competidores) sino también a otras personas cuyos intereses se vean perjudicados o afectados por dichos actos (como pueden ser las asociaciones de competidores, asociaciones profesionales, de consumidores, etcétera).

Esta defensa está reservada, en principio al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero también se puede acudir a los tribunales ordinarios.

La ley señala que "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", desprendiéndose de los demás artículos, que la competencia desleal es todo comportamiento de una persona que opere en el mercado español, con la finalidad de difundir sus propias prestaciones o las de un tercero, siempre que dicho comportamiento resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

De la exposición de motivos se reconoce que la intención del legislador es que esta noción de competencia desleal también sea aplicable a los artesanos, agricultores, profesionales, etcétera.

Para que se actualice la hipótesis normativa, no se exige la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo, ya que, según considera la doctrina española, dentro del concepto de acto de competencia desleal han de comprenderse no sólo los actos realizados por un empresario que fabrica los mismos productos que otro, sino también los actos que se presentan cuando los empresarios tienen acceso al mercado ofreciendo proyectos y servicios que se relacionan entre sí, como sucede con las conductas desleales de una empresa en relación con otra empresa situada en un estadio distinto del proceso económico.

Los actos considerados como competencia desleal por la legislación española se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) *Vs.* competidor determinado
 - a. Denigración
 - b. Comparación que no sea análoga o comparable
 - c. Imitación de prestaciones de un tercero
 - d. Aprovechar en forma indebida la reputación de otro
 - e. Inducir a que se viole un secreto industrial
- b) *Vs.* el buen funcionamiento del mercado en general
 - a. Confusión de actividad o establecimientos ajenos
 - b. Inducir al error
 - c. Obsequios que prácticamente obliguen a comprar determinados productos
 - d. Aprovecharse de una ventaja competitiva adquirida por infracción de las leyes
 - e. Discriminación al consumidor
 - f. Vender en formas sistemática por debajo del precio

Las acciones que derivan de la ley y que es importante tomarlas en cuenta para cuando hablemos de la situación mexicana son:

- a) Declarativa de deslealtad del acto
- b) Acción de cesación del acto

- c) Acción de remoción de los efectos
- d) Acción de rectificación de la información engañosa
- e) Acción de resarcimiento de daños y perjuicios
- f) Acción de enriquecimiento injusto

Además de esta ley, también existe protección en otros ordenamientos como son el Código Penal, la Ley de Patentes y la Ley General de Publicidad.³⁰

2. Francia

En Francia, la jurisprudencia fue la que desarrolló la teoría de la competencia desleal que autoriza a las víctimas de conductas contrarias al correcto funcionamiento del comercio a exigir la responsabilidad civil.

A falta de un texto que regulara en términos generales la competencia desleal, la jurisprudencia basó la acción en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil.

Las resoluciones judiciales no sólo se limitaron a la indemnización al afectado, sino que también hay medidas administrativas tendientes a evitar la continuación de la conducta desleal.

La doctrina distingue entre la competencia desleal que es la que tiene que seguir la vía civil y la competencia ilegal que sí tiene legislación particular (ya sea en materia penal o de propiedad industrial), y distingue cuatro clases de competencia desleal:

- a) La denigración. Consiste en desacreditar mediante información a la clientela a una persona o un producto mediante una información dolosa o peyorativa.
- b) La confusión. Consiste en imitar nombres comerciales, publicidad, marcas, etcétera, de los competidores para provocar un error en los consumidores.
- c) "*Le parasitisme économique*". Su traducción al castellano es algo así como, la conducta económica parasitaria, que consis-

³⁰ RUIZ DE VELASCO, Adolfo, *Manual de derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 95 y ss., y SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, vol. I, McGraw-Hill, 23a. ed., Madrid, pp. 127 y ss.

te en utilizar exactamente los mismos elementos que un competidor usó, para hacer una empresa similar que acapare su clientela.

- d) Desorganización de una empresa o su marcha. Se utilizan diversos métodos, desde la incitación a obreros a rescindir sus contratos laborales, hasta la divulgación de secretos comerciales o industriales.³¹

3. Argentina

La disposición del Código Penal que habla de la competencia desleal señala: "Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos, el que por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial" (artículo 159). De este artículo se desprende que los elementos del tipo penal son: maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal. Dentro de este concepto caben cualquier tipo de maquinación fraudulenta, pero al ser redundante el artículo busca prever todas las posibilidades.

Tratar de desviar. No es necesario que se logre el cometido, basta que los actos tengan la intención.

A diferencia de lo que ocurre en España, la doctrina argentina considera que tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta deben ser comerciantes o industriales, de ramo afín o idéntico; por consiguiente al estar hablando de un tipo penal y no permitirse la analogía, quedan excluidas las personas que ejerzan una profesión liberal. Este criterio ha sido corroborado por el poder judicial argentino mediante una tesis jurisprudencial.

Finalmente hay que mencionar, que además de la sanción penal, el afectado podrá recurrir a la vía civil para pedir daños y perjuicios.³²

³¹ RIPERT, G., ROBLLOT, R., *Traité de droit comercial*, t. 1, L.G.D.J., 17a. ed., pp. 506 y ss.

³² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Driskill, Buenos Aires, 1998, voz "competencia desleal".

III. ARTÍCULO 6 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En sesión de fecha 16 de marzo de 2004, la Secretaría dio cuenta al Pleno de la Cámara de Diputados de la minuta con proyecto de decreto por el que se adicionaba un artículo al Código de Comercio, específicamente el artículo 6, actualmente derogado, con disposiciones en materia de competencia desleal entre comerciantes. El texto de la iniciativa era el siguiente:

Artículo 6. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo con los *usos mercantiles* 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 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.

Se puede apreciar que en términos generales, el texto es similar al de la Convención de París, con una diferencia que más adelante comentaremos. En la iniciativa, se establecen como finalidades:

- a) Englobar los supuestos de competencia desleal no previstos en las leyes especiales vigentes por no pertenecer a su rama.
- b) Proporcionar el verdadero fundamento de lo que es la competencia desleal.
- c) Sentar las bases de que el tema de la competencia desleal es del comercio en general y no propio de una sola área.

Se busca con esta reforma, una disposición general sobre competencia desleal, ya que en opinión del autor de la iniciativa, esta conducta se encontraba únicamente sancionada por el artículo 1910 del Código Civil Federal cuyo texto dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

En el dictamen de la comisión de economía, se prefirió agregar un artículo 6 bis y se menciona que para “efectos de sistematización de la ley e incluso didácticos, se considera oportuno que un artículo que fue derogado en algún momento, no vuelva a tener vigencia con un contenido distinto al que tuvo”.

Independientemente de que eso sea cierto o no, descubrimos en nuestro legislador la nula consistencia, ya que basta con abrir cualquier legislación para ver que éste cambia de criterios muy seguido.

Otro cambio a la iniciativa fue la cuestión de los “usos mercantiles en materia industrial o comercial” que ésta señalaba.

La comisión consideró que los usos pueden estar acordes con lo que disponen las leyes; también pueden no estar en concordancia con éstas y sin embargo no oponerse a las mismas; o bien, estar en contra de lo dispuesto por la ley, por lo que en este último caso, no podrán ser válidamente invocados, tal y como lo dispone el artículo 10 del Código Civil Federal.

Resulta curioso el criterio de la comisión haya sido que “usos mercantiles” es un término que puede ir contra las leyes, puesto que en forma unánime la doctrina considera que los usos deben tener el carácter de lícitos y precisamente como menciona el propio artículo 10 del Código Civil Federal: “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

La comisión consideró prudente que fuera cambiado por “*usos honestos*”, el cual es el concepto manejado por la Convención de París, aunque esto no fue la razón que motivó a la comisión para incluirlo, sino el deseo del legislador de evitar que conductas ilícitas fueran consideradas como usos mercantiles; pero siendo en mi opinión, la “honestidad” un concepto totalmente subjetivo, no creo que se haya evitado de todo la “interpretación libre por parte del gobernado” que buscó el cambio en la comisión.

Las tres fracciones que establecía la iniciativa no sufrieron cambios en la comisión y podemos comentar algunas cosas de ellas.

I. *Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante.*

A diferencia de la Convención de París, la conducta no necesariamente se refiere a un competidor, sino que puede ser a cualquier

comerciante, por lo cual, al igual que en la legislación española, el sujeto activo y el sujeto pasivo no necesariamente deben tener una relación de competencia, bastando entre nosotros únicamente con que ambos sean comerciantes en los términos de los artículos 3 y 4 del Código de Comercio.

De esta fracción, que salvo lo señalado con anterioridad, es igual a la de la Convención de París, surge una interrogante: ¿qué entendemos por confusión? Lamentablemente el legislador no tradujo este término a uno que tenga sustento en nuestra legislación, ya que en mi opinión, la confusión va a ser trascendente cuando se convierta en un error determinante de la voluntad.

Pensemos qué es lo que ocurre en un error indiferente; por ejemplo, que un comerciante cree confusión respecto a la nacionalidad del dueño de determinado establecimiento mercantil; si mi falsa creencia no influye en la decisión del consumidor de adquirir los productos, definitivamente no podríamos hablar de un caso de competencia desleal.

II. *Desacrediten el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante.*

En esta fracción cabe el mismo comentario que hicimos a la anterior, respecto a que no necesariamente la conducta se da frente a un competidor, sin embargo, al decir “otro comerciante”, se debe entender que tanto sujeto activo como sujeto pasivo, tienen ese carácter.

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.*

Aquí, ya no se está hablando del otro comerciante; por consiguiente, el error puede ser también sobre el comerciante que está realizando la conducta sancionada. Volvemos sobre la ambigüedad del legislador, porque no se determina qué tipo de error es el sancionado. ¿Qué pasa con el dolo bueno? Al fin y al cabo, basta con ver la publicidad de cualquier producto o servicio para darnos cuenta que siempre hay un grado de falsedad en las aseveraciones de los productos.

Se agrega una cuarta fracción de lo que se considera competencia desleal, para prever conductas que “*se encuentren previstas*

en otras leyes” buscando hacer un concepto más general de competencia desleal que pueda abarcar conductas previstas en todo el ordenamiento legal.

Del análisis de todas estas fracciones en su conjunto, surge otra duda, ¿la conducta sancionada es de resultado o basta la intención? Porque como hemos visto, la legislación argentina sí es clara al sancionar la sola intención. Sobre este tema ahondaremos más adelante.

Finalmente la comisión agregó un último párrafo que señala: “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”.

La razón que tuvo la comisión para agregar ese párrafo es que existen otros organismos de índole administrativa que tienen carácter de peritos para determinar la existencia o inexistencia de competencia desleal, como lo son el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la Comisión Federal de Competencia Económica, la Comisión Nacional para Defensa de Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la Comisión Reguladora de Energía entre otras, con facultades para emitir una resolución firme al respecto, con la que el competidor afectado podrá fundamentar procesalmente sus acciones en contra de los competidores desleales, para el pago de daños y perjuicios ante instancias judiciales. De este párrafo hay que mencionar algunas cosas.

Primero se habla de “acciones civiles”, lo cual resulta curioso hoy en día que muchos defienden la total separación del derecho civil del mercantil; ya que este artículo nos demuestra que una relación mercantil, entre comerciantes y regulada por el Código de Comercio provoca acciones civiles y no por eso se sale del campo mercantil; sino que en la mayoría de los casos, la distinción entre derecho civil y mercantil es arbitraria.

Por lo que respecta al órgano jurisdiccional competente en esta materia, recordemos que la competencia judicial para conocer y resolver los litigios mercantiles fue atribuida a los tribunales de las entidades federativas en forma concurrente con los tribunales federales en los términos del artículo 104 fracción 1 A de nuestra Constitución.

Este párrafo habla de la necesidad de un pronunciamiento firme en la vía administrativa, pero ¿qué significa esto? No conozco dispo-

sición legal alguna que defina lo que es un pronunciamiento firme, ¿será el que no admite recursos? y en caso de que sea así ¿qué clase de recursos, administrativos o judiciales? o ¿se referirá por pronunciamiento firme simplemente aquél que cumple con los requisitos del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo? Es precisamente esta ley la que señala que los actos administrativos pueden ser entre otros, reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas y manuales; ¿a cuál de ellos se referirá el artículo?

En mi opinión, si bien comparto la razón del legislador para esperar una resolución administrativa, considero que hay ambigüedad en su disposición.

Pero una vez que hemos hablado del nuevo artículo y la razón que se tuvo para establecerlo, debemos analizar si en verdad se solucionó algo, ya que el Código de Comercio no señala ninguna sanción para quien realice las conductas a que se refiere la mencionada disposición, y así, al igual que aquella disposición que obliga a publicar e inscribir los estados financieros de las sociedades, en primera instancia estamos ante una ley que en la clasificación de Korkounov se conoce como *imperfectae*.

Uno de los axiomas que García Maynez³³ señala es que “lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido”, es decir, lo que no es lícito en sentido jurídico, es ilícito y por consiguiente, pese a la intención del legislador tenemos que recurrir a la legislación civil para encontrar la sanción a las conductas tipificadas en el artículo 6 bis del Código de Comercio y así la hallamos al amparo del artículo 1910 que dice: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Del análisis en conjunto de los artículos 6 bis del Código de Comercio y 1910 del Código Civil Federal, se desprende en mi opinión que esta conducta ilícita es de resultado, porque no basta la intención

³³ Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 8a. ed., Porrúa, México, pp. 207 y 208.

de dañar al competidor sino que se requiere obtener un resultado perjudicial para el competidor para que con base en el artículo 1910 se pueda pedir la reparación del daño, la cual en términos del artículo 1915 del propio ordenamiento civil, consistiría a elección del ofendido en el reestablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Es decir, estamos ante lo que se conoce como responsabilidad civil, cuyos elementos son: a) la comisión de un daño, b) la culpa, y c) la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Si no existiere un daño en el sentido amplio de la palabra, es decir, comprendiendo también el perjuicio, o sea, la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el derecho civil no puede existir responsabilidad aun cuando hubiere dolo en el agente y existiere la relación de causa a efecto de que se ha hecho mención que en este caso propiamente no podría referirse al hecho y al daño, toda vez que éste por hipótesis no se causaría, sino que tal relación sólo podría mediar entre el hecho y la culpa.³⁴

Para el derecho civil, y éste es el caso, nace sólo una obligación como consecuencia de un hecho ilícito cuando ese hecho causa un daño, pues el objeto que se persigue al establecer el deber jurídico, se concreta simplemente a la reparación de ese daño, de tal manera que si existiere un hecho, aun cuando fuere ilícito, pero no llegare a causar un menoscabo patrimonial, o a privar de una ganancia lícita, nada habrá que reparar desde el punto de vista del derecho civil, sin perjuicio de las sanciones penales que en su caso pudiere haber.³⁵

Por lo que se ha expuesto y como una conclusión final, considero que la incorporación del artículo 6 bis al Código de Comercio no era necesario, ni su integración al ordenamiento legal cumplió con alguna de las finalidades que tenía el legislador.

A la anterior opinión se llega en primera instancia, porque por lo que respecta a la hipótesis normativa genérica, ésta ya estaba prevista en el Convenio de París que es un ordenamiento con plena vigencia en nuestro sistema jurídico y que aunque no había sido incorporado de manera formal al derecho positivo mexicano, tiene plena vigen-

³⁴ *Ibidem*, p. 119.

³⁵ *Idem*.

cia, en los términos del artículo 131 constitucional y la resolución de la Suprema Corte de Justicia a que hemos hecho referencia y finalmente, por lo que respecta a la sanción prevista en el mencionado artículo, el legislador no nos dio una sanción particular sobre esta conducta que cumpliera con la eficacia y celeridad que el derecho mercantil requiere y por consiguiente, tenemos que seguir acudiendo al viejo artículo 1910 del Código Civil Federal para encontrarla.