

tratar establecido por la ley o por la jurisprudencia con fundamento en la ley, de modo que la omisión puede dar lugar a responsabilidad civil.

En el derecho de la libre competencia, la obligación de contratar es un antídoto contra el poder de mercado (de modo que debe entenderse que sólo existe respecto de quien tiene una posición de dominio de mercado); en el derecho de los consumidores es una poderosa garantía de universalidad de la oferta al público y una limitación a la discriminación arbitraria.¹⁵⁵

§ 67. RESPONSABILIDAD POR ILÍCITOS CONTRA EL ORDEN DE LA COMPETENCIA

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

b) El derecho de la libre competencia tiene por objeto neutralizar posiciones de poder de mercado y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la libre elección de los consumidores. La competencia es un proceso de descubrimiento por completo imprevisible, porque supone una ordenación descentralizada (esto es, de mercado) del comportamiento empresarial. Por eso, sólo puede ser definida negativamente, a partir de las restricciones a la competencia.

Un ordenamiento especial señala el complejo ámbito normativo de la libre competencia y establece un tribunal especializado (Tribunal de defensa de la libre competencia) para pronunciarse sobre los actos lícitos o ilícitos que pueden afectar la competencia, así como para establecer las medidas correctivas y aplicar sanciones (DL 211/1973, modificado sustancialmente por la ley N° 19.911).

La competencia puede estar restringida por el desarrollo natural del mercado respectivo o por actos ilícitos dirigidos a construir una posición de dominio de mercado. En el primer caso, el Tribunal de defensa de la libre competencia tiene la facultad de regular la respectiva actividad económica, de modo de neutralizar las posiciones de poder que no resulten desafiables por otros competidores actuales o potenciales, atendidas las condiciones del mercado relevante (artículo 18 N° 2); en el extremo de los llamados monopolios naturales la actividad puede estar por completo regulada por la ley, que la sujeta a un régimen de contratos forzados y dirigidos (párrafo precedente).

En consecuencia, la competencia puede estar impedida por efecto de hechos que no presentan ilicitud alguna o en razón de actos ilícitos. Si la lesión al bien jurídico de la libre competencia se produce por actos ilícitos

¹⁵⁵ Emblemático en este sentido en el derecho chileno, Corte de Santiago, 3.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 2ª, 79, conocido como caso *Sauna Mund*; sobre los fundamentos constitucionales que puede adoptar el principio de no discriminación arbitraria en las relaciones privadas, *supra* N° 162 d.

tos, el Tribunal de defensa de la libre competencia, además de su facultad general de establecer correctivos que promuevan la competencia, tiene la facultad de imponer sanciones; si del ilícito se ha seguido daño, procede, además, una acción de responsabilidad civil.

c) De naturaleza por completo diferente a los atentados a la libre competencia son los actos de *competencia desleal*. En este caso, el bien protegido no es la estructura competitiva y abierta del mercado, sino la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva. Por eso, para que haya competencia desleal no se requiere analizar el poder de mercado; basta calificar la conducta como contraria a la buena fe o las buenas costumbres competitivas, cualquiera sea la posición relativa de los competidores en el mercado respectivo. Por lo mismo, la calificación de una conducta como de competencia desleal no requiere el análisis microeconómico que resulta inevitable en materias de libre competencia. Sin embargo, la calificación de desleal de una conducta también puede suponer que ella tiene efectos contrarios a la libre competencia, en la medida que los actos competitivos desleales están orientados por el propósito de obtener ilícitamente una posición de dominio en el mercado (artículo 3° II c).

a. Libre competencia

830. Limitaciones naturales a la libre competencia. a) Las limitaciones a la competencia pueden provenir de la naturaleza de la actividad, caso en el cual se habla de monopolios naturales, o de posiciones de dominio de mercado que se han adquirido a consecuencias del desarrollo lícito y exitoso de una actividad. Pero también se pueden adquirir mediante actos ilícitos dirigidos a obtener o abusar de posiciones de dominio de mercado. Sólo en este segundo caso la conducta es relevante a efectos de responsabilidad civil.

b) En general, tienen la característica de monopolios naturales los mercados donde un participante ya establecido no puede ser desafiado eficazmente por competidores actuales o potenciales. El caso típico está dado por los monopolios naturales, esto es, por las actividades que requieren de una gran inversión inicial y cuya expansión se produce a costos marginales inferiores a los costos medios. En la infraestructura sanitaria, por ejemplo, el costo de iniciar la actividad es de tal envergadura que difícilmente el nuevo participante va a poder competir con empresas ya establecidas, que tienen sus inversiones ya realizadas (costos hundidos) y que para expandirse pueden contar con el conjunto de las instalaciones ya existentes. El carácter natural del dominio de mercado hace necesaria la regulación de la actividad, mediante normas que establecen la calidad de servicio, el deber de prestación universal a todos quienes lo soliciten en el área de concesión y la fijación de precios al público asegurando una razonable utilidad bajo el supuesto de una correcta administración.

Los monopolios naturales son el caso más nítido de actividades en que la competencia no funciona como orden regulador del sistema de contratos. Pero, más allá de esas hipótesis puras, puede decirse, en general, que

las regulaciones sobre libre competencia se justifican cuando en el mercado respectivo existe una posición de poder que no puede ser razonablemente desafiada por otros participantes. En la medida que ello supone prever el futuro, y la competencia se funda en la imprevisible creatividad humana, las regulaciones suelen también tener efectos indeseados, de modo que su establecimiento exige un prudente análisis prospectivo del mercado relevante respectivo.

Por eso, la legislación sobre libre competencia delega en un tribunal especial, de composición mixta, la facultad de establecer reglas que favorezcan precisamente el despliegue de fuerzas competitivas en los diversos mercados (DL 211/1973, artículo 18 N°s 2 y 3). Ello explica, asimismo, que parte importante de la tarea del Tribunal de defensa de la libre competencia radica en analizar la estructura de los mercados y descubrir preventivamente las reglas que hacen posible neutralizar posiciones de poder de mercado que resultan no desafiables: esta función preventiva y correctiva, pero no sancionadora, se muestra en las amplias facultades reguladoras que la ley entrega al tribunal (DL/1973 211, artículo 18 N°s 2 y 3). Desde luego que en estas materias el ordenamiento legal de la libre competencia no da lugar a acciones de responsabilidad civil.

831. Ilícitos contra la libre competencia. a) En materia de competencia se muestra con claridad que no todo daño provocado intencionalmente tiene que ser indemnizado (*supra* N° 100): la competencia daña al competidor, pero aumenta la eficiencia económica y permite que los consumidores accedan a los mejores precios, de modo que está justificada por razones de bienestar general (*supra* N° 189). Por otra parte, la presunción de justicia de los contratos libremente convenidos tiene por supuesto que éstos son convenidos en mercados abiertos, donde las respectivas posiciones competitivas puedan ser legítimamente desafiadas por otros competidores.

De lo anterior se siguen dos conclusiones básicas, que se sitúan en las fronteras del derecho de contratos y de la responsabilidad civil. Ante todo, los daños que los competidores se provocan recíprocamente, aunque respondan a estrategias competitivas conscientemente agresivas, no constituyen ilícitos que den lugar a responsabilidad (con el límite de la competencia desleal). En contraste, sin embargo, hay ciertos principios y reglas básicas que deben observar los competidores a efectos de que el mercado permanezca competitivo o desafiable. Estos principios son el trasfondo económico estructural de la doctrina del contrato como ejercicio de la autonomía privada, de modo que expresan las relaciones más profundas entre el orden jurídico de derecho privado y el orden espontáneo del mercado.¹⁵⁶

b) De lo expuesto se sigue que no deben ser confundidos los dos planos del derecho de la libre competencia: el del control preventivo y mera-

¹⁵⁶ Una reseña sistemática de estas ideas en Barros 2001 17; sobre sus orígenes en la tradición económica, desde A. Smith, Mestmäcker 1986 59; un análisis de los ilícitos contra la libre competencia y de los daños resarcibles en De la Vega 2001 181 y 279, respectivamente.

mente correctivo de posiciones de dominio de mercado y la potestad sancionadora que tiene por antecedente la comisión de ilícitos contra el orden de la competencia.

La responsabilidad civil en materia de libre competencia tiene su antecedente en la comisión de ilícitos competitivos. Por eso, su origen no se encuentra en situaciones 'naturales', debidas a la estructura o a la evolución de un mercado, que son corregidas por el Tribunal de defensa de la libre competencia mediante resoluciones que fijan las condiciones para el desarrollo de una actividad (DL 211/1973, artículo 18 N°s 2 y 3). De ello se sigue que la responsabilidad no deriva de la sola circunstancia de adquirirse una posición de dominio de mercado, sino de una conducta torcida dirigida a producir ese efecto monopolístico o del abuso de una posición de dominio de mercado ya existente.

En consecuencia, el antecedente de la responsabilidad civil está dado por la calificación jurídica de la conducta como ilícita por el Tribunal de defensa de la libre competencia, esto es, en la culpa civil infraccional (*supra* § 10 d 1 y DL 211/1973 y N° 832). Por el contrario, no hay lugar a responsabilidad civil si el Tribunal de la libre competencia se limita a dar directivas, a efectos de facilitar la competencia (como usualmente ocurre al autorizar fusiones o al pronunciarse sobre la estructura de ciertos mercados), sin dar por constatado ningún ilícito que merezca alguna de las sanciones referidas en el artículo 26 del DL 211/1973.¹⁵⁷

c) Los ilícitos contrarios a la libre competencia están contruidos en la forma de una *cláusula general*, que prohíbe ejecutar o celebrar cualquier acto, hecho o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir esos efectos (DL 211/1973, artículo 3 I).

Por vía ejemplar, la ley entiende que son ilícitos los acuerdos de precios, de producción, de asignación de zonas o cuotas de mercado (artículo 3° II letra a); el abuso de posición dominante, que se expresa en fijación de precios, imposición de la venta de otro producto (ventas atadas), el acuerdo o imposición de zonas o cuotas de mercado, así como cualesquiera otros actos abusivos (artículo 3° II letra b); asimismo, se establecen como ilícitas las prácticas predatorias, consistentes en vender bajo los costos con la finalidad de expulsar a un competidor y adquirir luego control del mercado, así como las de competencia desleal que persigan igual finalidad (artículo 3° II letra c).¹⁵⁸

¹⁵⁷ Como es usual, es difícilmente determinable en concreto la precisa intención monopólica, de modo que el tribunal, para dar por establecido el ilícito, sólo puede inferir ese propósito de la conducta que tiene por efecto construir limitaciones a la competencia: en todo caso, por tratarse de sanciones punitivas o infraccionales, la responsabilidad no puede ser estricta, porque ello contravendría principios asentados en el derecho penal e infraccional; lo mismo vale en materia civil, porque la competencia inevitablemente afecta intereses de los competidores, por lo que no es posible inferir la responsabilidad de la mera producción de un daño (pérdida de clientela o de participación de mercado, por ejemplo).

¹⁵⁸ Las prácticas de competencia desleal son ilícitas con prescindencia de su eventual finalidad monopólica, aunque también puedan tenerla; como se muestra en § 67 b, la competencia desleal no atiende, por lo general, a la estructura competitiva del mercado, sino a

Se comprueba que la determinación de los ilícitos contra la libre competencia tiene por antecedente una referencia legal genérica en la norma del artículo 3° I, sin perjuicio de establecer ilícitos intencionales más precisos a título ejemplar en las reglas siguientes. En verdad, la tarea de definir en concreto si ha existido una conducta contraria al orden del mercado requiere de un análisis jurídico y económico especializado, que atienda dinámicamente a la estructura y funcionamiento del mercado relevante (esto es, considerando sus capacidades de autoadaptación), lo que explica que el Tribunal de defensa de la libre competencia tenga una conformación mixta, de abogados y economistas.

A su vez, la *intencionalidad de la conducta es parte esencial del ilícito*, por que éste está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia (hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, según la cláusula general del artículo 3 I).¹⁹⁹ Así se explica también que la ley establezca como criterios de determinación de las multas el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta y la calidad reincidente del infractor, esto es, factores que atienden a la intensidad del juicio de ilicitud (artículo 26 III).

En este aspecto significativo difieren las resoluciones sancionadoras del Tribunal de defensa de la libre competencia (función sancionadora punitiva o infraccional), de las orientadas al propósito de garantizar la competencia en un cierto mercado, sin dar por establecido ilícito competitivo alguno (función preventiva o correctiva de situaciones contrarias a la libre competencia que no dan lugar a ilícito penal o infraccional). La responsabilidad civil no puede tener lugar en el ámbito de la competencia leal a menos que la conducta sea ilícita de acuerdo con las normas de la libre competencia, de modo que tiene por supuesto privativamente el primer grupo de hipótesis.

d) De especial importancia práctica son los *acuerdos contractuales de no competencia*, que, por ejemplo, suelen seguir a enajenaciones de acciones o

hipótesis de abuso de un competidor respecto de otro, aunque de ello no se siga poder de dominio de mercado.

¹⁹⁹ E. Vergara 2006 64 muestra que la jurisprudencia chilena sobre ilícitos competivos usualmente se refiere a los aspectos objetivos del tipo legal general, en la medida que los fallos aluden a los efectos anticompetitivos de la conducta para dar por constituido el ilícito contra la libre competencia; sin embargo, debe entenderse plenamente extensible a los ilícitos infraccionales del DL 211/1973 el principio asentado por la doctrina penal que ordena "huir de la suposición de que la realización de un tipo objetivo sea ya una parte del injusto" porque "si al tipo objetivo le falta el correlato subjetivo, no es cualitativamente injusto" (Jakobs 1991 224); en consecuencia, el dolo, aunque sea eventual, es condición general para el establecimiento del ilícito. Distinto, como se ha visto, es el problema probatorio general del derecho de que el jugador sólo puede acceder a las intenciones por vía de inferencias; con énfasis en la aplicación de principios del derecho punitivo en materia de sanciones por atentados a la libre competencia, Valdés 2006 47, con referencias jurisprudenciales.

de derechos de sociedades. Usualmente, la finalidad de estos acuerdos es impedir que el vendedor compita con el adquirente con la ventaja de sus contactos comerciales o profesionales. Estos pactos no son contrarios *per se* a la libre competencia, en la medida que no tengan por efecto la reducción de la estructura competitiva del mercado relevante (como ocurre con los carteles). Por eso, es generalmente entendido que las cláusulas que establecen estas limitaciones convencionales son válidas en la medida que tengan una justificación comercial y estén limitadas a un período razonable de tiempo.

832. Efectos civiles de la sentencia condenatoria en materia de libre competencia. a) Atendida la especialidad del Tribunal de defensa de la libre competencia, la ley establece una secuencia para hacer valer la responsabilidad civil en la materia. Ante todo, ese tribunal especializado debe dar por establecidos los supuestos técnicos de la construcción de los ilícitos contra el orden competitivo del mercado. Luego, se puede demandar, en juicio sumario, la indemnización ante el tribunal civil competente, que debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos por el Tribunal de defensa de la libre competencia (DL 211/1973, artículo 30).

Por lo mismo, una vez que ha sido establecida una conducta contraria a la libre competencia en la sede jurisdiccional especializada, en el juicio civil no es necesario probar la culpa, sino sólo el daño y la causalidad (*supra* N° 765). A la inversa, la existencia de una jurisdicción especializada para juzgar los ilícitos contra la competencia, atendida su particular complejidad, debe ser tomada como una limitación para que el ilícito sea consuetudinario en el propio juicio de responsabilidad civil, sin que exista una sentencia ejecutoriada del Tribunal de defensa de la libre competencia que declare ilícita la conducta del demandado.

b) Los efectos civiles de los ilícitos contra la competencia no sólo comprenden acciones indemnizatorias, sino también de reparación en naturaleza. El propio DL 211/1973 establece que el Tribunal de defensa de la libre competencia puede ordenar la modificación de actos, contratos, convenciones, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley (artículo 26 II a), así como ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones o demás personas jurídicas de derecho privado que hayan participado en actos ilícitos (artículo 26 II b). Además de las sanciones que procedan, estas medidas tienen por finalidad evitar la reiteración de actuaciones ilícitas (y, desde esa perspectiva, dan lugar a formas de reparación en naturaleza).

b. Competencia desleal

833. Concepto genérico de competencia desleal. a) De manera análoga a la culpa civil, el límite de la competencia leal con la conducta contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional está dado por el es-

tándar objetivo del empresario correcto y decente en la prosecución de su propio interés. En general, el límite de la culpa por la cual se responde es más bien tolerante, porque la lógica de la competencia exige amplios ámbitos de libertad; por ejemplo, para mostrar las ventajas de los propios productos o servicios en comparación con los ofrecidos por los competidores.

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

b) En circunstancias que la competencia es un bien social importante, tanto desde el punto de vista del bienestar general como de la justicia contractual, los ilícitos de competencia desleal, que establecen los límites de las prácticas competitivas admisibles, deben estar sujetos a condiciones particularmente exigentes. Pareciera que el mejor equilibrio entre los bienes en juego se logra con reglas que sancionan el fraude y la fuerza.¹⁶⁰ Por eso, los ilícitos típicos de competencia desleal son el *falsamiento de la realidad*, la *fuerza* y las *maniobras para dificultar el establecimiento de un competidor*.

c) Siguiendo un principio de derecho privado, la competencia desleal se define negativamente por el ilícito, que genéricamente puede concebirse como la *conducta contraria a la buena fe y las buenas costumbres profesionales o comerciales*.¹⁶¹ En la definición judicial más precisa de este estándar resul-

¹⁶⁰ Epstein 1999 576; lo que se tiene por contrario a las buenas costumbres puede ser objetivamente considerado, esto es, sin referencia a la intención efectiva del demandado (Emenich 2004 84).

¹⁶¹ A modo de ejemplo, la ley alemana sobre competencia desleal establecía un ilícito general, en cuya virtud podía ser condenado a indemnizar y a omitir una conducta quien, "en el desarrollo de una actividad y con fines competitivos, realiza acciones que son contrarias a las buenas costumbres" (*Gesetz gegen unzulässige Wettbewerbs*, artículo 1 de la ley de 1906); una jurisprudencia diferenciada fue precisando el alcance de la cláusula general, haciéndola comprensiva del engaño, la mentira a las autoridades (incluidos los tribunales), la fuerza, la infracción de deberes de lealtad con los socios, el abuso de poder de hecho o de derecho, la infracción de deberes fiduciarios, la inducción a incumplimiento de contrato, el soborno de empleados y la infracción de los deberes del mandato en perjuicio de un competidor (Weir 1997 48). La ley introducida en 2004, que es resultado de un siglo de evolución legislativa y jurisprudencial, establece como cláusula general la prohibición de "actos de competencia desleal que son apropiados para afectar de una manera significativa la competencia en perjuicio de los competidores" (artículo 3). A falta de tipos más precisos, internalizados por una práctica jurisprudencial, la idea matriz de la competencia desleal se expresa en la actuación de mala fe y abusiva (contraria a las buenas costumbres del comercio). En el derecho chileno, a la fecha de publicación de este libro, debería encontrarse ya aprobada una ley sobre la materia que recoge gran parte de las ideas aquí expuestas (Proyecto de ley para regular la com-

ta inevitable atender (críticamente) a las percepciones de los participantes, esto es, de competidores y consumidores.¹⁶²

Recogiendo una larga experiencia jurisprudencial, un importante especialista concluye que el concepto normativo indeterminado de 'buenas costumbres' supone el peligro de que la jurisprudencia exprese el puro sentido subjetivo de lo correcto que tengan los jueces superiores, quienes suelen definir intuitivamente (esto es, sin base empírica) el contenido del estándar, con el riesgo de que a menudo conductas competitivas duras pero lícitas, que ceden en beneficio de los consumidores, sean declaradas contrarias a las prácticas competitivas aceptadas.¹⁶³

Sin embargo, es inevitable que las legislaciones sobre competencia desleal incorporen una regla de generalidad equivalente al artículo 2314. La especificidad radica en que, atendidos los bienes en juego, se requiere que la conducta sea especialmente reprochable para que haya lugar a responsabilidad. El sentido de exigir un atentado a las buenas costumbres (u otro concepto normativo equivalente) como requisito general de la competencia desleal es mostrar que no basta la falta de diligencia o la mera consideración del competidor para constituir el ilícito.¹⁶⁴ Los ilícitos de competencia desleal tienen en común el interés de *cautelar que la competencia no esté falseada, ni dificultada por la fuerza o por maquinaciones de competidores*. Concebida de esta manera, la regla no puede ser usada para interferir con la competencia, sino debe ser entendida a la luz de las condiciones de operación de un sistema fluido de competencia.

834. Principales ilícitos especiales de competencia desleal. a) Si bien los ilícitos de competencia desleal son proporcionales a los arbitrios de la mala fe, por lo que se resisten a ser tipificados exhaustivamente (lo que justifica que en las más diversas legislaciones se establezca alguna cláusula general), la doctrina los ha ordenado en tres grupos principales: i) el entorpecimiento malicioso o por la fuerza de la actividad del competidor; ii) el engaño al público o a persona determinada; y iii) la apropiación de sus atributos comerciales (nombre, identidad, productos, marcas).

b) La forma más elemental de competencia desleal consiste en *impedir ilícitamente que terceros contraten con el demandante*.¹⁶⁵ Los medios ilícitos para

competencia desleal. Boletín N° 3.356-03); desarrollando a partir de una cláusula general una serie de ilícitos específicos que precisan el sentido y alcance de la conducta competitiva desleal.

¹⁶² Medicus 1997 257.

¹⁶³ Emmerich 2004 68.

¹⁶⁴ En verdad puede afirmarse que el comerciante prudente y diligente asume determinadamente el desafío de competir, de modo que el ilícito comienza en el abuso y no en la desconsideración.

¹⁶⁵ Así, tempranamente se falló en el *common law* que había acción contra quien mediante golpes u otras perturbaciones impediera el acceso al mercado del demandante (Restatement/Torts II 766, com. b).

entorpecer la actividad de un competidor pueden ser muy variados (desde las dificultades físicas hasta el entorpecimiento mediante el abuso de acciones judiciales). Se puede emplear fuerza física o moral o efectuar maquinaciones que impiden o dificultan llevar a cabo la actividad del demandante, obteniendo así el demandado una injusta ventaja competitiva en perjuicio de este último.¹⁶⁶

El ilícito también puede producirse de modo indirecto; es el caso de quien pone como condición para celebrar un contrato, que la otra parte incumpla un contrato con un tercero; en el extremo este tipo de casos, adicionalmente al ilícito de competencia desleal, puede ser calificado como una inducción al incumplimiento contractual (*supra* N° 797) y como actuación contraria a la libre competencia (*supra* N° 831).

c) Un segundo grupo de ilícitos de competencia desleal se refiere a las conductas que persiguen *engañar a los terceros*, especialmente consumidores. En la medida que los flujos de información son esenciales para la libre decisión de los competidores, la libertad de información se extiende a los propios productos y a la comparación con los de la competencia, en la medida que no sólo la información positiva produce efectos saludables a favor del público. De ello se sigue que la publicidad comparativa es esencialmente lícita. En consecuencia, el ilícito radica en el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o por sus competidores.¹⁶⁷

La mera *valoración negativa de un producto ajeno* (esto es, el juicio de valor negativo respecto de su calidad o de su precio) no da lugar *per se* a un ilícito reparable. Lo expresado respecto de las opiniones relativas a personalidades públicas también vale en el terreno comercial (*supra* N° 407 y 408). Sin embargo, tratándose de productos o servicios, con frecuencia el juicio negativo de valor denigratorio lleva implícito un contenido descriptivo acerca de la calidad del producto o la confiabilidad del oferente, de modo que no siempre es fácil distinguir el juicio desdenoso de la información falsa acerca de la calidad de los bienes ofrecidos por el competidor.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Epstein 1999 594; desde el siglo XVII se conoce en el *common law* una acción contra quien maliciosamente siembra dudas acerca de los títulos de propiedad de otro, lo que se traduce en su imposibilidad para vender o arrendar la tierra (*Earl of Northumberland v. Byrt*, 1606-29 ER 143, tomado de Moore 2002 227).

¹⁶⁷ La Ley de consumidores contiene una regla muy completa sobre publicidad engañosa, que comprende los ilícitos de inducir a error o engaño acerca de los componentes de un producto, su idoneidad, sus características relevantes, su precio, las condiciones de la garantía y su calidad ambiental (artículo 28). En materia de competencia desleal, los mismos ilícitos se extienden a la descripción de los productos de la competencia.

¹⁶⁸ En un antiguo caso, provocado por el descreído público que un distribuidor hizo de los automóviles vendidos por un competidor (el auto *Paige* es un engaño para sus compradores), la Corte Suprema entendió que se trataba de una imputación en modo alguno justificada y estimó debidamente fundada en las normas generales sobre responsabilidad extracontractual la acción indemnizatoria por los perjuicios patrimoniales provocados (CS, 15.11.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1° 501). En un sentido análogo, la doctrina alemana estima

d) Finalmente, la competencia desleal puede asumir la forma de una *apropiación del nombre o de la propiedad industrial o intelectual* de un tercero. En estas conductas convergen los atentados contra la privacidad del nombre y de la imagen, con los ilícitos que afectan la propiedad sobre bienes intangibles. Las normas generales sobre protección del nombre se extienden al ámbito empresarial y son antecedente de acciones de reparación indemnizatoria y en naturaleza, de acuerdo con las reglas generales (*supra* § 44 f). Por otra parte, la confusión fraudulenta de la identidad del competidor también significa un engaño a los consumidores y, eventualmente, una lesión a sus derechos de propiedad industrial, de modo que su protección está garantizada adicionalmente por los respectivos ordenamientos.¹⁶⁹

También pertenece a esta categoría del engaño el propósito de *hacer pasar un producto o servicio propio por uno especialmente valorado de la competencia*. En su forma más elemental, el ilícito consiste en hacer creer al público que los productos provienen del tercero; pero hay otras formas más sutiles de obtener el mismo resultado, especialmente por medio de la propaganda. Estas conductas pueden producir un enriquecimiento de quien hace el aprovechamiento abusivo, en cuyo caso la indemnización podrá medirse en razón de los beneficios injustificados que se derivan del ilícito (*supra* § 60); pero también pueden producir una desvalorización de la marca del competidor afectado, caso en el cual procede indemnizar el daño puramente patrimonial que se sigue del ilícito (*supra* § 23 g).

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

835. Jurisprudencia chilena en materia de competencia desleal. Tribunal competente. a) En Chile, hasta la entrada en vigencia de la ley N° 19.911, que modificó sustancialmente la competencia e integración del Tribunal

que la distinción entre expresiones valorativas y descriptivas no depende de la expresión verbal empleada, sino del significado, porque un juicio de valor puede llevar implícito juicios acerca de la realidad que resultan falsos o indemostrables (Larenz/Canaris 1994 709).

¹⁶⁹ La Ley de consumidores establece el ilícito de producir confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los consumidores (artículo 28 A); la Ley de propiedad industrial sanciona a quienes usen maliciosamente una marca igual o semejante a otra ya inscrita en la misma clase, a quienes usen una marca ajena y a los que por cualquier medio de publicidad usaren o imitaran una marca ajena (artículo 28 letra a hasta letra c).

¹⁷⁰ Epstein 1999 600. Weir 2002 178.

de defensa de la libre competencia, las antiguas Comisiones Antimonopolio asumieron una amplia jurisdicción en materias de competencia desleal, con independencia de si las conductas tenían un efecto reflejo en la estructura competitiva del respectivo mercado. Así, se controlaban y sancionaban conductas desleales como las siguientes:

- *Actos de confusión* tendientes a embrollar al consumidor, generalmente usando marcas o modelos similares a los líderes del mercado.¹⁷¹
- *Actos de denigración* destinados a perjudicar la imagen de los competidores.¹⁷²
- *Actos de imitación* de nombres, modelos o diseños.¹⁷³
- *Apropiación de la reputación ajena*, mediante utilización de nombres o modelos similares a los líderes del mercado.¹⁷⁴
- *Publicidad comparativa engañosa* tendiente a resaltar un producto o perjudicar a la competencia, sin ser veraz, objetiva y demostrable a los consumidores.¹⁷⁵

Estas conductas aparecen comúnmente vinculadas a conflictos de propiedad *marcaria*. Así, por ejemplo, las comisiones resolvieron reiteradamente que la inscripción de una marca que tenía por objeto únicamente impedir el ingreso de un competidor con su denominación conocida en el extranjero, y que no era utilizada en Chile, es contraria a la libre competencia, aun cuando la inscripción de propiedad fuera totalmente válida de conformidad con la ley sobre propiedad industrial.¹⁷⁶

b) Sin embargo, de conformidad con el texto actual del DL 211/1973, el nuevo Tribunal de defensa de la libre competencia tiene el control sobre "las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante" (artículo 3, letra c). Con apoyo en esta norma, el tribunal ha limitado su competencia a los casos en que el supuesto acto de competencia desleal resulta idóneo para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante. En circunstancias que los actos de competencia desleal exceden en mucho las situaciones de dominio (estructural) de un mercado, la competencia del Tribunal de defensa de la libre competencia ha quedado sustancialmente reducida en la materia. Así, se ha decretado en materias de publicidad comparativa,¹⁷⁷ publicidad engañosa,¹⁷⁸

¹⁷¹ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 8.10.2001, dictamen N° 1.176.

¹⁷² Por ejemplo, Comisión Preventiva Central 17.1.2003, dictamen N° 1.236, y Comisión Preventiva Central 30.1.2003, dictamen N° 1.284.

¹⁷³ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 8.8.2003, dictamen N° 1.266 (que rechaza la denuncia, pero describe las condiciones de este atentado específico a la competencia leal).

¹⁷⁴ Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 12.4.2001, dictamen N° 1.153.

¹⁷⁵ Por ejemplo, Comisión Resolutiva 6.10.1992, resolución N° 381.

¹⁷⁶ Así se sostiene, por ejemplo, en Comisión Preventiva Central, 12.4.2001, dictamen N° 1.153.

¹⁷⁷ Tribunal de defensa de la libre competencia, 20.5.2005, sentencia N° 17/2005.

¹⁷⁸ Tribunal de defensa de la libre competencia, 20.12.2004, sentencia N° 12/2004.

y denigración comercial.¹⁷⁹ En otro caso fue acogida la denuncia, precisamente porque las conductas de denigración comercial, en opinión del tribunal, eran relevantes a efectos de la libre competencia, porque eran un instrumento para consolidar una posición dominante en el mercado.¹⁸⁰

La posición del Tribunal de defensa de la libre competencia resulta coherente con la historia fidedigna de la ley N° 19.911, que reformó el DL 211/1973; durante su discusión se planteó incluir ampliamente los actos de competencia desleal entre las conductas contrarias a la libre competencia, lo que fue descartado por la Comisión Mixta que estableció la norma actualmente en vigor.

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

836. **Cúmulo de ilícitos.** a) Los ilícitos de competencia desleal pueden coincidir con los establecidos por el derecho de protección de los consumidores, con los provenientes de las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, con el ordenamiento de la libre competencia y con la protección del nombre y de los demás derechos de la personalidad (*supra* N° 835). Así, por ejemplo, el engaño acerca de los atributos o proveniencia de un producto, además de constituir un caso típico de competencia desleal, puede tener efectos en la estructura competitiva de un mercado, en la medida que su efecto sea construir una posición de dominio de mercado (DL 211/1973, artículo 3 letra c); constituye un atentado contra los derechos de los consumidores, porque su efecto es impedirles tomar decisiones libres e informadas (Ley de consumidores, artículos 28 y 28 A);¹⁸¹ puede constituir un atentado contra el derecho de propiedad industrial del titular (Ley de propiedad industrial, artículo 28); finalmente, puede constituir un ilícito contra el derecho al nombre, como parte de los derechos generales de la personalidad (*supra* § 44 f).

El control civil de las buenas prácticas competitivas está entregado primeramente a los propios competidores, que tienen una acción de responsabilidad contra quien les haya causado perjuicios mediante actos de competencia desleal.¹⁸² La acción de competencia desleal ejercida por el competidor produce un efecto reflejo en beneficio de los consumidores

¹⁷⁹ Tribunal de defensa de la libre competencia, 24.11.2004, sentencia N° 10/2004.

¹⁸⁰ Tribunal de defensa de la libre competencia, 22.9.2004, sentencia N° 8/2004.

¹⁸¹ Los consumidores están directamente protegidos por el estatuto protector de la Ley de consumidores, que establece: i) acciones contra la publicidad engañosa (artículos 28 y siguientes); ii) acciones colectivas que hacen viable el ejercicio judicial de sus derechos (artículos 51 y siguientes); y iii) una instancia administrativa de protección (Servicio Nacional del Consumidor (artículos 57 y siguientes)). Por otro lado, la ley también reconoce las acciones colectivas y los instrumentos administrativos de protección antes referidos.

¹⁸² Epstein 1999 600.

que eran perjudicados por el engaño (sin perjuicio de las acciones que concede a estos la Ley de consumidores).

b) El concurso de normas puede ser *proprio*, en la medida que de la infracción surjan para la víctima acciones de la misma naturaleza (como ocurre con la acción indemnizatoria que se puede entablar con fundamento en actos de competencia desleal y por infracción a normas sobre propiedad industrial), o puede ser *impropio*, si las acciones contienen pretensiones diversas (como ocurre con el ilícito de competencia desleal en que concurren perjuicios indemnizables al competidor afectado y a los consumidores engañados).

Como se verá enseguida (*infra* N° 838), el *concurso propio* de acciones debiera ser resuelto a favor de la *opción*, especialmente si se atiende a que en este caso no existe una concurrencia de distintos ordenamientos de responsabilidad (contractual y extracontractual), sino de normas legales concurrentes que dan lugar a una acción de responsabilidad extracontractual.

En el caso de un *concurso impropio*, nada debiera obstar a que las acciones se *acumulen*, de modo que puedan ser ejercidas simultáneamente o ante los tribunales que respectivamente resulten competentes, porque si bien los ilícitos en que se fundan son diferentes, todas las pretensiones tienen por antecedente el mismo hecho (Código de Procedimiento Civil, artículo 18). Si los hechos dan lugar a diferentes ilícitos penales o infraccionales, se aplican las reglas y principios sobre concurso ideal de delitos del derecho penal.¹⁸⁸

c) Además de sostenerse en la *ratio iuris*, las soluciones anteriores tienen el efecto práctico de evitar que los juicios deriven inevitablemente en conflictos de competencia, en la medida que los diversos ordenamientos establecen procedimientos y jurisdicciones diferentes. En efecto, en el caso del concurso propio, el actor puede elegir el ordenamiento más conveniente para hacer valer su pretensión indemnizatoria, o plantearla con fundamento subsidiario en uno u otro ilícito, si son conocidas por el mismo tribunal y de acuerdo con el mismo procedimiento, según las reglas generales.

837. Instrumentos de protección de los intereses de competidores y consumidores. a) El interés más inmediato que suele tener el afectado por competencia desleal es la *reparación en naturaleza* del daño que se le está causando (*supra* § 57). Para ese efecto, la acción más pertinente es la de *cesación* del ilícito que causa el daño (*supra* § 57 c). Son también medidas que persiguen la reparación en naturaleza aquellas que tienen por objeto la *remoción del daño* (*supra* § 57 d). El camino de lograrlo es usualmente el conocimiento por parte de proveedores o clientes del acto de competencia desleal, a cuyo efecto puede resultar de interés, por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria o una excusa pública del agente de daño.

¹⁸⁸ Véase Cury 2005 668.

En circunstancias que la urgencia en obtener protección frente al acto abusivo usualmente es determinante en el éxito de la acción,¹⁸⁴ debe tenerse presente que el derecho procesal civil chileno sólo abre la posibilidad de solicitar medidas precautorias innominadas, de conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Entre ellas deben entenderse comprendidas las destinadas a la cesación del acto que presenta caracteres de competencia desleal (*supra* N° 553).

b) La *acción indemnizatoria* es la más general de las pretensiones que se pueden seguir del ilícito de competencia desleal, porque usualmente se puede acumular a las acciones de reparación completa del daño. Los perjuicios son típicamente representativos de un daño puramente patrimonial (*supra* N° 188) y podrán ser medidos como daño emergente, equivalente a la pérdida de valor del establecimiento de comercio a consecuencias del ilícito, o como lucro cesante, que se mide como la pérdida de utilidades que se sigue de la competencia desleal (a consecuencias de la disminución de operaciones, por ejemplo). En todo caso, se debe evitar que la acumulación de conceptos indemnizatorios conduzca a que el mismo daño sea reparado dos veces; así ocurriría si es reconocido un lucro cesante por menores ingresos pasados y futuros y se pretendiere, además, la reparación del daño emergente que se expresa en el menor valor que tiene una marca o un establecimiento de comercio, en circunstancias que este último efecto se produce precisamente a consecuencias de que las utilidades esperadas son menores.

Si se ha obtenido alguna reparación en naturaleza, el efecto reparador de esta última debe ser considerado al momento de fijar los perjuicios indemnizables, según las reglas generales (*supra* N° 659 b).

§ 68. CONCURSO DE RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

a. Aspectos sustantivos de la concurrencia de responsabilidades

838. Delimitaciones conceptuales. a) Los mismos hechos (o hechos que parcialmente se superponen) pueden satisfacer los supuestos de aplicación de distintas normas. En general, existen tres hipótesis alternativas para resolver las preguntas de concurrencia que se plantean en esos casos: i) puede existir un *conflicto de normas*, que debe ser resuelto mediante exclusión de uno de los ordenamientos en concurrencia, de conformidad con el principio de especialidad; ii) puede darse por establecida una *concurrencia cumulativa*, en cuya virtud las pretensiones se acumulan; o

¹⁸⁴ Emmerich 2004 515 con referencia a que la ley alemana en la materia abre la posibilidad de que se dicte una resolución provisoria (*einstweilige Verfügung*) para ordenar la suspensión de la turbación competitiva, presumiéndose legalmente la urgencia (artículo 12 II).