

Por último, el profesor Poblete Iturrate realiza una profunda revisión del proceso civil de competencia desleal, abordando las dudas que se desprenden del texto legal en esta materia.

Esperamos que este texto contribuya al estudio del tema de la competencia desleal, concepto poco desarrollado en nuestra doctrina jurídica y cuya regulación fue largamente reclamada por los agentes participantes en el mercado.

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA

Santiago, 23 de octubre de 2007

LEY N° 20.169, QUE REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL. ASPECTOS GENERALES

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA
 Profesor de Derecho Económico
 Universidad de los Andes

1. ANTECEDENTES DE LA LEY

El 16 de febrero de este año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Probablemente por la época del año en que se produjo su publicación, su texto ha pasado relativamente desapercibido para los medios de comunicación e, incluso, para los expertos. Este silencio contrasta con la intensa discusión a que dio lugar durante su tramitación en el Congreso Nacional, la cual se extendió por más de tres años a partir de su presentación en septiembre del año 2006.

Esta ley se originó en una moción de los diputados Eduardo Saffirio, Juan Bustos, Eugenio Tuma, Jorge Burgos, Fernando Meza, José Antonio Galilea, Zarko Luksic y Exequiel Silva.

En opinión de sus autores esta iniciativa pretendía regular la competencia desleal, "pues ella no tiene tratamiento en otras normas jurídicas, como, por ejemplo, la Ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia o la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor" y, "por lo anterior, con el presente proyecto estimamos que se complementa debidamente el derecho chileno de la competencia, sobre todo en lo referido a la integración, interpretación y juzgamiento de materias del área referida"¹.

Cabe hacer presente el hecho de que en las normas sobre libre competencia y protección al consumidor, vigentes a la fecha en que se propone

¹ Historia de la Ley N° 20.169, Biblioteca del Congreso Nacional.

el proyecto, sí se encontraba recogido el concepto de competencia desleal, lo que dará origen durante la tramitación a la discusión quizá más importante del proyecto. Esta discusión fue acerca de la forma de delimitar el campo de aplicación de esta Ley de Competencia Desleal, en relación a las legislaciones sobre Libre Competencia, Protección al Consumidor y sobre Propiedad Intelectual e Industrial.

Es ilustrativo, por ejemplo, lo expresado al respecto por el diputado Rodrigo Álvarez en la discusión en general del proyecto en la sala de la Cámara, en cuanto a que, en su opinión, "la iniciativa llena un vacío y se convierte en un proyecto residual para una gran cantidad de acciones de competencia desleal que hoy podrían quedar fuera del alcance de los tribunales". Sin embargo, recalca al mismo tiempo la importancia de "que no parezca que estamos limitando la acción jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debido a la dificultad, en muchas ocasiones, de diferenciar adecuadamente las prácticas de libre competencia de las de competencia desleal"².

En cuanto a las fuentes de la ley, los propios autores de la moción despejan cualquier duda al respecto y señalan que el proyecto "ha tomado elementos de las leyes española, argentina y colombiana, sobre la materia, notando entre ellas gran similitud en el desarrollo de algunas disposiciones". En el caso de España, se trata de la Ley de Competencia Desleal de 1991; en el de Argentina, se trata de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y en el de Colombia, se trata de la Ley 256 de 1996.

Sobre la tramitación del proyecto conviene hacer presente que se trata de uno de los escasos ejemplos de mociones que han sido aprobadas en general sin votos en contra en la Cámara de Diputados y en el Senado.

Un último aspecto sobre los antecedentes de la ley que es oportuno comentar es el relativo a su título: la norma fue denominada como la ley que "regula" la competencia desleal. Como se advertirá, se trata de una obvia impropiedad, que equivaldría a denominar la legislación sobre libre competencia como "ley que regula las prácticas contra la libre competencia", o al Código Penal como la "ley que regula las conductas homicidas". Extraña que en toda la tramitación haya pasado desapercibido este error cometido por los autores de la moción.

2. JUSTIFICACIÓN DE LEGISLAR: ¿VACÍO DE LEY O DEL DERECHO?

Al analizar un texto legal recién dictado, una de las interrogantes que debe responderse es si se justificaba o no el ejercicio del Poder Legislativo en la materia. La sola existencia de problemas no resueltos específicamente por una ley no significa necesariamente que se justifique dictar una nueva que especifique cuáles son las conductas ilícitas.

En relación a esta ley, nuestro ordenamiento jurídico sancionaba ya en varias disposiciones las prácticas consideradas como de competencia desleal. Algunos ejemplos son:

- a) Desde el siglo XIX el Código de Comercio, en su artículo 404 N° 4, establece la prohibición de actos de competencia desleal de un socio respecto de otro en una sociedad colectiva mercantil.
- b) La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y antes de la Comisión Resolutiva, reconoció en múltiples oportunidades que los actos de competencia desleal eran parte de las conductas declaradas como ilícitas por el decreto Ley N° 211, de 1973³.
- c) Las normas de la Ley N° 19.496, sobre Protección al Consumidor, consideran como conductas contrarias a la ley varias de aquellas que en la legislación comparada se incluyen dentro del concepto de competencia desleal, como el caso de la publicidad comparativa no susceptible de comprobación.

Como se puede apreciar, el bien jurídico de la competencia leal no se encontraba amparado en un cuerpo normativo homogéneo y sistemático. Hacia esta finalidad parece haber apuntado el legislador con la dictación de la Ley N° 20.169.

El legislador se hizo cargo de esta situación en el artículo 2°, señalando que una práctica puede ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de la ley, aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, una o más de las acciones reguladas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia; por la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores; y por las leyes 17.336, sobre propiedad intelectual, y 19.039, sobre propiedad industrial.

Desde la perspectiva de la protección del bien jurídico de la competencia leal, sólo se encontraba protegido específicamente en los casos en que las conductas realizadas eran el medio para cometer los ilícitos

³ Situación que cambió con la reforma efectuada a esta ley el año 2003, según se explicará más adelante.

² Historia de la Ley N° 20.169, Biblioteca del Congreso Nacional.

sancionados en la legislación sobre libre competencia y sobre protección al consumidor. Cabe destacar además que en materia de regulación de la Propiedad Industrial y de la Propiedad Intelectual, donde probablemente se configuran los casos más graves de competencia desleal, no existía una tipificación específica de estas conductas.

En cuanto a los medios que existían para hacer efectiva la responsabilidad por prácticas de competencia desleal, se recurría a las reglas generales sobre delito y cuasidelito del Código Civil. Como veremos más adelante, el legislador optó en esta ley simplemente por hacer más efectivas las acciones para perseguir la responsabilidad por delito o cuasidelito civil.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Una de las tendencias recientes en la técnica legislativa es la explicitación del bien jurídico amparado por las leyes dictadas. Esta ley es un ejemplo de esa tendencia y al respecto se debe citar su artículo 1º:

“Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”.

Esta norma merece al menos dos comentarios. El primero es que la doctrina tradicionalmente ha referido el bien jurídico de la competencia desleal a las prácticas que atentan contra la buena fe entre competidores, porque son ellos los que pretenden desplazar por medios ilegítimos a quienes concurren en el mercado a captar a los consumidores. Esta ley pretende proteger también a los consumidores “y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”.

Probablemente en este tema hay una confusión entre la protección que el ordenamiento jurídico da a todos quienes participan del mercado, como consumidores o proveedores, y los sujetos que pueden verse afectados directamente por una práctica de competencia desleal, que son básicamente los proveedores.

Un segundo comentario sobre esta norma es que utiliza en forma impropia los términos de “consumidor” y “competidor”, porque pareciera que los consumidores no tendrían la calidad de “competidores”. Y bien nos enseña la economía que tanto las empresas o proveedores, como las personas o consumidores, compiten por maximizar sus beneficios.

Por eso, cabría entender que la referencia hecha a los “competidores” se encuentra más bien dirigida a los “proveedores”, entendiéndose por tales a los que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

4. CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

4.1. CONCEPTO GENERAL

Para definir el concepto de competencia desleal, la Ley N° 20.169 siguió un camino muy semejante al que emplea el artículo 3º del decreto Ley N° 211 de 1973, para definir lo que constituyen prácticas contra la libre competencia. El artículo 3º define lo que se entiende por tal mediante un concepto general de “competencia desleal”, y lo complementa con una enumeración, no taxativa, de prácticas que *per se* son consideradas como de competencia desleal.

Respecto del concepto general, el artículo 3º señala que es acto de competencia desleal “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

De lo anterior se desprende que los requisitos para que se verifique una de estas prácticas son:

- a) Que exista una conducta;
- b) Que ella sea contraria a la buena fe o las buenas costumbres;
- c) Que esa conducta involucre el empleo de medios ilegítimos;
- d) Que el empleo de los medios ilegítimos persiga desviar clientes de un agente del mercado.

De los requisitos señalados precedentemente, cuyos alcances deberán ser precisados por la doctrina y la jurisprudencia, llama la atención que se exija copulativamente que la conducta sea contraria a la buena fe y que involucre el uso de medios ilegítimos, porque *contrario sensu* podría desprenderse que no serían contrarias a la ley las conductas que por medios legítimos, pero opuestos a la buena fe, persiguieran el desvío de clientela.

En esta parte, parece innecesaria la exigencia del empleo de medios ilegítimos, porque es precisamente el hecho que sean contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres lo que quita legitimidad a un medio para competir, esto es, desviar clientela dentro del marco normal de una economía.

A mayor abundamiento, conviene recordar que la base constitucional para legislar en esta materia es el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que “no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. De esta forma, el ejercicio de la libertad económica, y de competir legítimamente en el mercado, queda limitado a que se respete la moral,

concepto dentro del que cabe incluir la buena fe y las buenas costumbres exigidas por la ley como condición para la competencia "leal".

En esta ley, lo que el legislador ha tratado de hacer es precisamente establecer normas de orden público que limitan la actividad económica, estableciendo con mayor precisión cuándo una forma de competir se aparta de lo que debe entenderse por la buena fe y las buenas costumbres.

No debe olvidarse que así como en esta ley se señalan conductas que se apartan del *marco constitucional de la competencia*, esta tarea también es realizada por múltiples cuerpos legales, entre los que cabe mencionar precisamente lo que se señala en el artículo 2º de la Ley N° 20.169. Se trata, por lo tanto, de una norma especial, que no excluye la aplicación de otras en la materia.

4.2. CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Como se señala más arriba, esta ley contiene un listado de conductas que constituyen de suyo prácticas de competencia desleal. De esta forma se logra una fórmula mixta muy útil: por una parte, existe un concepto general que evita la rigidez propia de un listado taxativo, que en materia económica como ésta corre el riesgo de quedar rápidamente obsoleto por la evolución de la actividad económica. Pero para prevenir un cierto riesgo de inseguridad jurídica por la falta de delimitación del concepto, se entrega al intérprete, el juez en definitiva, un criterio casuístico que le permita amparar eficazmente el bien jurídico protegido.

Los casos señalados en la ley pueden agruparse como:

1) Actos de aprovechamiento de la reputación ajena

A estos casos se refiere la letra a) del artículo 4º, que los define como "toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero".

2) Actos de confusión

A estos casos se refiere la letra b) del artículo 4º, que los define como "el uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos".

3) Actos de engaño

A estos casos se refiere la letra c) del artículo 4º, que los define como "todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva."

4) Actos de denigración

A estos casos se refiere la letra d) del artículo 4º, que los define como "las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado".

5) Publicidad comparativa indebida

A estos casos se refiere la letra e) del artículo 4º, que los define como "toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley".

6) Inducción al incumplimiento de contratos

A estos casos se refiere la letra f) del artículo 4º, que los define como "toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor".

7) Abuso de acciones judiciales

A estos casos se refiere la letra g) del artículo 4º, que los define como "el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado".

De este listado de conductas, llama la atención el referido a la inducción a la infracción de obligaciones contractuales, porque puede prestarse para confusiones en su aplicación práctica. Esta dificultad queda de manifiesto con un ejemplo práctico: supongamos que, como es frecuente en la competencia entre medios televisivos, una figura de un canal es tentada por otro para que se cambie de medio, negociando con ella el pago de la indemnización a su empleador original: ¿caería esta conducta dentro de lo señalado en la letra f) del artículo 4º?

No parece adecuado darle ese alcance a la norma, porque significaría eliminar prácticas que legítimamente se pueden utilizar y que incrementan la competencia. Para evitar este problema, probablemente debemos entender que en este ejemplo no concurriría el requisito de "ilegitimidad" de la conducta establecido en el concepto general del artículo 3º.

También parece interesante referirse a la competencia desleal consistente en el uso abusivo de acciones judiciales, dado que al observar el texto de los artículos 2° y 5° de esta ley, resulta difícil pensar en un ejemplo práctico en que se aplique la norma. En el caso del artículo 2°, como ya se señaló, se hacen compatibles las acciones de esta ley con las que pudieran interponerse por las leyes sobre libre competencia, protección al consumidor, propiedad industrial y propiedad intelectual. En el caso del artículo 5°, como se verá con detalle más adelante, pueden interponerse “conjunta o separadamente” cuatro acciones diferentes para hacer efectiva la protección contra las prácticas de competencia desleal.

En consecuencia, del solo texto de la ley es posible concluir que está abierta la puerta para interponer respecto de una misma conducta cinco acciones ante los tribunales de justicia. Por eso, parece difícil encontrar un caso en que existiera un abuso de acciones, al menos por el número de las que se interpongan.

5. ¿A QUIÉN SE DEBE LEALTAD EN LA COMPETENCIA?

5.1. LAS IMPERFECCIONES DE MERCADO Y LA REGULACIÓN

Esta pregunta hace referencia a la delimitación más precisa de lo que debe y no debe ser admitido como competencia en un mercado, considerando que la finalidad última de los mercados es hacer una asignación eficiente de los recursos escasos para satisfacer las necesidades múltiples que enfrentan las personas.

Para que el mercado cumpla con esa eficiencia deben cumplirse cuatro condiciones fundamentales: un número suficiente de oferentes y demandantes, la homogeneidad de los bienes, la libre entrada y salida de los mercados y la existencia de información suficiente.

La literatura económica señala que los mercados no pueden cumplir con su finalidad cuando no se verifican las condiciones señaladas precedentemente, o bien cuando existen las denominadas “imperfecciones” de mercado, esto es, fenómenos en que el mercado no puede cumplir con la asignación eficiente de recursos⁴. Entre estas imperfecciones cabe mencionar los bienes públicos, las asimetrías de información, los monopolios y las externalidades.

Es precisamente la existencia de esas imperfecciones en el funcionamiento del mercado las que hacen necesaria la regulación como

⁴ Al respecto es interesante el análisis que se encuentra en Mochón y Larroulet, *Economía*. Editorial McGraw Hill, 2ª edición. 2003.

herramienta para corregirlas y, así, evitar los perjuicios que causan a la sociedad y a los agentes económicos individualmente considerados. Por ejemplo, es la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia lo que justifica las regulaciones que declaran como ilícitas las colusiones entre competidores, o son las asimetrías de información las que hacen necesaria la existencia de normas sobre rotulación de alimentos.

Pero además de la corrección de imperfecciones de mercado, la regulación se justifica por lo que se denominan las razones éticas o extraeconómicas, es decir, normas que van más allá de la eficiencia económica y que constituyen bienes jurídicos que la sociedad desea proteger. Dentro de estas razones extraeconómicas se suelen incluir, por ejemplo, las razones éticas, la igualdad de oportunidades y la distribución del ingreso.

5.2. LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA REGULACIÓN

La competencia desleal, esto es, la que se lleva a cabo a través de prácticas contra la buena fe que debe existir entre proveedores, viene a ser un caso de aquellos en que la regulación limita las actividades que pueden realizar los agentes económicos –los proveedores o competidores en este caso– en aras de proteger un bien superior.

Por ello, puede ocurrir incluso que una práctica que podría ser económicamente eficiente, es decir, que signifique para la economía satisfacer de manera más eficiente las necesidades, sea prohibida por considerarla contraria a un bien jurídico mayor. Tal es el caso, por ejemplo, de una práctica que redunde en un menor precio a consumidores, pero que signifique una deslealtad en la competencia entre los proveedores del bien de que se trata.

En último término, lo que ocurre es que la posibilidad de concurrir al mercado a competir con otras empresas está sujeta a que esa competencia se dé en un marco de lo que se considera éticamente correcto para la sociedad, porque se estima que de no existir ese límite es la propia sociedad la que se daña y termina destruyéndose una de las bases para su buen funcionamiento.

El problema que surge es determinar hasta qué punto debe ser utilizada la herramienta de la regulación para limitar la competencia bajo la justificación de evitar prácticas desleales. O, dicho de otro modo, cuál es el límite de lo éticamente exigible en materia de competencia leal.

Porque uno de los peligros que enfrenta una legislación sobre competencia desleal es, precisamente, que pueda servir de herramienta para que una empresa que no está en condiciones de ser económicamente eficiente y competir con otra use las acciones de la ley para evitar resultar vencida legítimamente. Lo que debe ocurrir es lo contrario, que salga del

mercado y prevalezcan así los que pueden dar un uso más eficiente de los recursos y satisfacer eficazmente las necesidades de los consumidores.

También es relevante dirimir este límite de lo aceptable en materia de competencia leal, porque las regulaciones que se dicten para limitar la competencia en aras de ese bien superior tienen un costo para la sociedad.

Así, por ejemplo, la publicidad comparativa permite a los consumidores formarse una idea más precisa de las características de uno u otro bien y el beneficio que reportará su consumo. De restringirse excesivamente ese tipo de publicidad, las personas tendrán que hacer un esfuerzo adicional y pagar un costo para obtener esa información.

5.3. BENEFICIAR A LOS CONSUMIDORES O A LOS COMPETIDORES

La pregunta que debe hacerse entonces en esta materia es ¿hasta dónde la regulación puede perjudicar al consumidor en aras de proteger la "lealtad" de la competencia?

Como se ha señalado, la existencia de la buena fe en la competencia no sólo beneficia a los competidores en la relación que existe entre ellos, sino también al funcionamiento del mercado y, por ello, a los consumidores. El problema se da en el terreno marginal, donde los competidores asediados pueden caer en la tentación de protegerse con la regulación o donde el costo de la limitación puede superar al daño causado por la práctica desleal.

Al respecto, es necesario que por la vía jurisprudencial se vaya determinando lo que podríamos llamar un "mínimo ético-competitivo exigible", es decir, el límite hasta donde son tolerables las prácticas de competencia y sobre el cual se consideran incompatibles con la protección del bien jurídico de la buena fe.

En relación a la determinación de este límite, cabe señalar en primer lugar que conspira contra la claridad entre lo que se puede y no se puede hacer el hecho de que se haya entregado el conocimiento de las acciones para perseguir las prácticas de competencia desleal a los juzgados de letras en lo civil⁵. Es improbable que exista un criterio conocido para los agentes económicos, al estar diseminadas las resoluciones en numerosos tribunales del país, en una materia de suyo técnica y compleja.

En segundo lugar, para los efectos de dar al juez intérprete un criterio útil, el legislador debería haber señalado, al definir las prácticas de competencia desleal, que en caso de duda debería atenderse al interés del

consumidor, en cuanto a la posibilidad de obtener productos de mayor calidad y a menor costo.

6. ACCIONES PARA PERSEGUIR COMPETENCIA DESLEAL

6.1. EL LISTADO DE ACCIONES

No parece necesario referirse con mayor extensión a este tema, que es materia de un estudio particular en otro artículo del profesor Orlando Poblete. Sólo cabe señalar que las acciones para hacer efectiva la responsabilidad por prácticas de competencia desleal son las siguientes⁶:

- a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
- b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
- c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.
- d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

6.2. ALGUNOS COMENTARIOS

Las acciones también pueden ser interpuestas por cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. La ley agrega en esta materia una novedad, a saber, la facultad para que también puedan interponer las acciones las asociaciones gremiales que "tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado, en interés de sus miembros"⁷.

No deja de sorprender hasta cierto punto la técnica legislativa utilizada para identificar a los titulares de la acción, porque no se entiende con claridad la razón de exigir que el objeto de las entidades gremiales sea hacer la defensa de los intereses de agentes del mercado. Nótese que en este punto el inciso tercero del artículo 6° no exigió que estos intereses

⁵ Artículo 8° de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal.

⁶ Artículo 5° de la Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal.

⁷ Artículo 6° LCD.

fueran legítimos, como sí lo hizo respecto de la generalidad de los interesados en el inciso 1° del mismo artículo.

Cabe señalar como una norma importante la que señala que la interposición de las acciones de las letras a) a c) del artículo 5° interrumpe la prescripción de la acción de perjuicios y que los hechos establecidos entre las mismas partes en los juicios en que se discutan aquellas se tienen por probados para el juicio sobre la indemnización.

7. LA EXTRAÑA NORMA DEL ARTÍCULO 10

7.1. ANTECEDENTES

El artículo 10 de la ley dispone:

“Si la sentencia firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa correspondiente de conformidad con esta ley.

El Fiscal Nacional Económico podrá interponer la acción ante el Tribunal de la Libre Competencia dentro de los dos años siguientes a la recepción de los antecedentes.

La multa a que se refiere el inciso primero de este artículo fluctuará entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, y se aplicará a beneficio fiscal. Para la determinación del monto de la multa, se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”.

Este artículo no formaba parte del texto originalmente propuesto y fue incorporado durante la tramitación de la ley, siendo causa de gran controversia. De hecho, su texto fue motivo de una Comisión Mixta, porque en los dos primeros trámites legislativos hubo discrepancia entre ellas al respecto.

La norma obliga al tribunal que haya establecido por sentencia firme uno o más actos de competencia desleal a remitir los antecedentes al Fiscal Nacional Económico, para que éste evalúe si la conducta amerita la aplicación de una multa por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El Fiscal tiene la facultad privativa de decidir sobre el mérito de los antecedentes si requiere al Tribunal para la aplicación de la multa, indicando el legislador que para adoptar su decisión debe atender a la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado.

La multa aplicable en este caso puede fluctuar, y esto sí que es una fluctuación, entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales. Además, la multa es a beneficio fiscal, lo que veremos es muy relevante.

7.2. ¿HAY UN PERJUICIO SOCIAL QUE REPARAR?

Los bienes jurídicos protegidos en la legislación de libre competencia y en la legislación de competencia desleal son diferentes: mientras en la primera se ampara la buena fe y la competencia que debe existir entre los competidores en el mercado –demandantes y oferentes–, en la segunda se protege la competencia leal entre los proveedores.

Por lo anterior, la investigación y sanción de las prácticas contra la libre competencia es hecha de oficio y sin necesidad de consentimiento del o los afectados, porque se entiende que hay un interés público comprometido. En competencia desleal se produce una situación diferente, porque la interposición de las acciones queda entregada a la decisión del afectado, entendiéndose que no hay ese interés público comprometido.

De esta forma, en la competencia desleal se apunta exclusivamente a la relación entre los proveedores, sin referencia necesariamente al impacto que ella genere o pueda generar en el mercado o en los consumidores. Por eso, se han tratado estas prácticas de competencia desleal como lesiones a los intereses de un competidor, no del interés general, lo que se refleja en el hecho que le corresponde decidir al afectado si estima necesario obtener la declaración y reparación del daño.

La Ley N° 20.169 acoge en general esta tendencia en su texto, porque de acuerdo a lo que dispone su artículo 6° es el “personalmente afectado” quien debe decidir la persecución de la responsabilidad por la conducta de competencia desleal.

También se desprende esto del hecho de que, como hemos señalado, las acciones del artículo 5° buscan que se declare la cesación del acto, la remoción de sus efectos o la declaración que permita reclamar la indemnización de perjuicios.

El artículo 10 confunde la naturaleza de ambas legislaciones y el alcance de sus disposiciones, porque le entrega al Fiscal Nacional Económico la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de una multa, con lo que una práctica de competencia desleal pasa a convertirse en una infracción de interés público más allá de los competidores.

El legislador ratificó su intención de trasladar esta legislación al ámbito del orden público al declarar que la eventual multa es de beneficio fiscal. Este beneficio del Fisco sólo se puede justificar cuando se lesiona un

interés público cuyo titular es difuso y, luego, no se puede identificar con precisión.

No parece adecuada esta disposición legal y sólo es esperable que la Fiscalía y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia apliquen las multas cuando una práctica de competencia desleal sea el medio utilizado o constituya, al mismo tiempo, una práctica de competencia desleal. Este caso es, por ejemplo, al que se refiere la letra c) del inciso segundo del Decreto Ley N° 211, de 1973, que incluye como prácticas contrarias a la libre competencia a las "predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

8. CONCLUSIONES

De lo anterior, se deducen las conclusiones siguientes:

- 1°) La Ley N° 20.169 tiene por objeto fundamental precisar el concepto de competencia desleal, para así facilitar la interposición de acciones que busquen hacer efectiva la responsabilidad por ella. De este modo, no constituye un cambio sino más bien una profundización de la legislación aplicable en la materia, sobre la base del diagnóstico de que la evolución de la actividad económica requiere dar mayor protección a los competidores.
- 2°) Su texto recoge la tendencia seguida por numerosas legislaciones en el tiempo reciente, especialmente la argentina, española y colombiana, cuyos textos han inspirado esta ley en sus diversas disposiciones.
- 3°) La necesidad de la ley era más discutible en los ámbitos vinculados con la libre competencia y la legislación de protección al consumidor. Sin embargo, en el caso de la propiedad industrial y de propiedad intelectual, su dictación era una pretensión largamente esperada por los expertos, con el fin de tener una herramienta complementaria a la que entregan las respectivas legislaciones para perseguir las prácticas de competencia desleal.
- 4°) El criterio jurisprudencial va a tener un rol muy importante para precisar lo que se entiende por una práctica de competencia desleal y cuándo se justifica su sanción. Ello es de particular importancia para los agentes económicos que requieren la mayor certeza posible sobre lo que pueden y no pueden hacer en el mercado. Sin embargo, esta certeza se verá dificultada por el hecho que se haya atribuido la competencia a los juzgados de letras en lo civil de todo el país.

- 5°) Respecto a la definición de competencia desleal convendría haber establecido un principio pro beneficio del consumidor, en caso que exista duda de si se trata de una conducta desleal o si el daño es de relevancia jurídica, de manera de evitar que esta ley sea utilizada para inhibir prácticas de competencia legítimas pero que afectan directamente la supervivencia de un competidor.
- 6°) Es un grave error de la ley abrir la posibilidad de que una conducta de competencia desleal sea tratada como una lesión al interés público, y sancionada con multa a beneficio fiscal, porque se trata del daño a un interés particular.
- 7°) Es probable que esta ley funcione mejor como elemento intimidatorio que como una herramienta de resolución de conflictos ante los tribunales de justicia.