INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I
LA COMPETENCIA DESLEAL

1.1. CONCEPTO
1.2. ANTECEDENTES DE LA COMPETENCIA DESLEAL
1.2.1. MODELO PALEOLIBERAL
1.2.2. MODELO PROFESIONAL
1.2.3. MODELO SOCIAL
1.3. IMPORTANCIA
1.4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SU DIFERENCIA CON EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LAS PRACTICAS LIMITATIVAS O RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA.

CAPITULO II
CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO PARA CALIFICAR UN ACTO COMO DESLEAL

2.1. AMBITO DE LA PROTECCION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL
2.2. ACTO DE EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA
2.3. ACTOS DE CONFUSIÓN
2.4. ACTOS DE ENGAÑO

CASO PRACTICO
CASO MAQUINAS DE AFEITAR DESECHABLES

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La Represión de la Competencia Desleal tiene en nuestro país un claro soporte Constitucional que se ve expresado fundamentalmente en el Título III (Del Régimen Económico) Capítulo I (Principios Generales) de la Carta Constitucional de 1993. Ahí, en el Art. 58, se señala que: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado". Esta reglamentada por el Decreto Ley No. 26122 (Ley de Represión de la Competencia Desleal).

La economía social de mercado se rige por el libre juego de los agentes económicos, la oferta y la demanda, la libertad individual, la propiedad privada, la intangibilidad de los contratos, la libertad de empresa, la competencia en el mercado, etc.; presupuestos que deben ser garantizados por el Estado en cumplimiento de la Carta de 1993. Es en este sentido que el Estado, lejos de un afán intervencionista, se propone frenar todas aquéllas prácticas que limiten la libre competencia (art. 61 Const.), como el abuso de posición de dominio, monopolios o cualquier tipo de práctica abusiva o colusoria, defendiendo también, a su vez, el interés de los consumidores y usuarios (art. 65 Const.) quienes son, al fin y al cabo, el motor principal de la economía.

Es importante ya que nos estamos refiriendo a la competencia en el mercado definirla para así comprender mejor cuando esa competencia es desleal. La competencia es la lucha por alcanzar la misma cosa o posición y la competencia en el mercado en términos generales es la lucha por la clientela o por obtener el mayor número de contratos.

La Libre Competencia (fundamento de la Represión de la Competencia Desleal, Art. 1 del Decreto Ley No. 26122), se reconoce recién en Francia a finales del siglo XVIII con la promulgación de la Ley Chapellier, una de las conquistas de la Revolución Francesa, que acaba con las restricciones al libre comercio y a la libertad de empresa suprimiendo radicalmente las corporaciones, tomando fuerza con el desarrollo de la Revolución Industrial en

Inglaterra, donde el liberalismo económico propugnado por Adam Smith encuentra su apogeo. A finales del siglo XIX Estados Unidos debe luchar contra los grandes monopolios que restringen la libre competencia y crea así la legislación antitrust, que luego de la II Guerra Mundial ingresa a Europa generando una gran transformación en la disciplina de la competencia desleal: la competencia no se concibe más como un derecho, sino como una obligación del empresario para que el mercado funcione correctamente.

A decir del tratadista español Alberto Bercovitz, el criterio fundamental no es ya la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado, y el objetivo final es la creación de un marco jurídico que asegure un funcionamiento eficiente del sistema competitivo de economía de mercado.

La Competencia desleal como disciplina jurídica constituye así un fenómeno normativo típico del sistema liberal, ya que aún cuando en este sistema se propugne la libertad y se obligue a competir, esta libertad no debe ser irrestricta y esa competencia no debe desvirtuar el sistema competitivo mediante actuaciones incorrectas, tales como crear confusión entre los productos propios y los ajenos, engañando, desacreditando o denigrando las prestaciones del competidor, explotando la reputación ajena etc. En consecuencia, el Estado no debe admitir ningún tipo de práctica que restrinja dicha libertad, garantizando de este modo el derecho de los empresarios y consumidores a concurrir al mercado y evitando que la clientela sea captada por medios que no se basen en la calidad, precio y condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

Es pensando en esto y como medio de garantizar el sistema económico consagrado en la Constitución, que con fecha 29 de Diciembre de 1992 se promulga el Decreto Ley No. 26122 (Ley de Represión de la Competencia Desleal) con el fin de evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la Libre Competencia en actividades económicas (art.1). Es así que se considera

como acto de competencia desleal toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

Justifica entonces la existencia de esta norma, el interés público, tanto de los agentes económicos como del Estado, que exigen la presencia de una leal competencia para el mantenimiento de una economía eficiente.

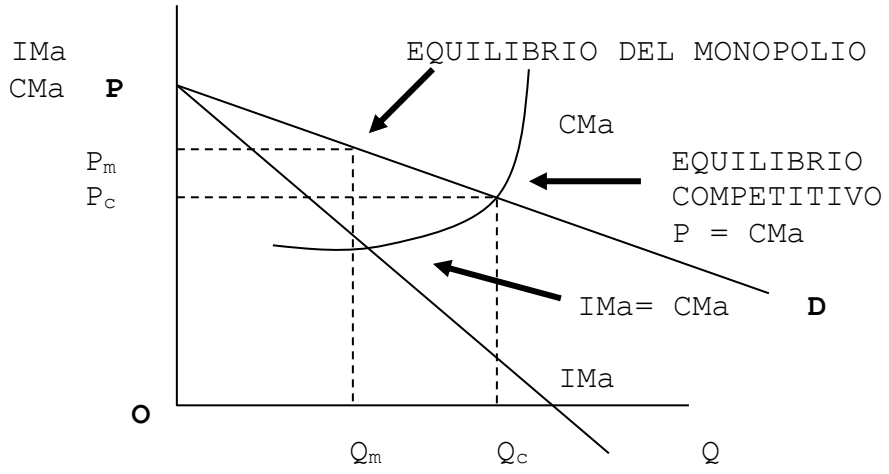
Esta norma, así como todas aquéllas que permiten el funcionamiento y conservación de la economía de mercado, requiere de un alto grado de autonomía, respecto del proceso político y de los intereses en juego de la sociedad, de tal modo que se garantice su efectividad y continuidad.

CAPITULO I
LA COMPETENCIA DESLEAL

1.1. CONCEPTO

La disciplina de la competencia desleal descansa tal como quedó anotado líneas arriba sobre el concepto de economía social de mercado y en especial en el principio que consagra la libertad de industria y comercio, puesto que en ellas descansan las libres iniciativas privadas y subsecuentemente la competencia económica. En una economía social de mercado los agentes económicos no sólo tienen derecho a competir, sino que están obligados a hacerlo con la finalidad que el mercado funcione correctamente. Esta lucha o competencia económica se basa en el hecho que los agentes económicos capten la mayor cantidad de clientes posibles gracias a la buena calidad y menor precio de los productos o servicios, a las mejores condiciones de venta, de financiación etc. Cuando la captación de clientes se basa en actuaciones o conductas que distorsionan el sistema de libre competencia, tales como: creando confusión entre los productos propios y los de otro acreditado competidor o aprovechándose indebidamente de la reputación comercial y prestigio, diremos que estamos frente a un acto de competencia desleal.

COMPETENCIA



FUENTE: MICHAEL PARKINS. Macroeconomía. Addison Wesley Longman. 1995. Págs. 626.

De lo expuesto, se desprende que el acto de competencia desleal es un desvalor de conducta. El Dr. Baldo Kresalja [1], con respecto a la definición de la Competencia Desleal manifiesta: "cuando hablamos de competencia desleal nos estamos refiriendo a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores; la formación, consolidación o incremento de la clientela; utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, según las costumbres y los usos que permiten potenciar la empresa propia como debilitar a las rivales, y que es, además, contrarias a los principios rectores de la actividad económica, incorporados muchas veces en la Constitución o en leyes reguladoras de dicha actividad.

1.2. ANTECEDENTES DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La disciplina de la competencia desleal aparece con el auge del liberalismo, cuando en la Revolución Francesa se consagra el principio de: "Libertad de Industria y Comercio". De aquel tiempo a éste, a decir del profesor español Menendez y Menendez Aurelio, ha venido sufriendo una serie de cambios desde la estructura misma de la disciplina. Así señala el citado autor que esta disciplina ha pasado por tres momentos:

- El Modelo Paleoliberal;
- El Modelo Profesional o Corporativista y
- El Modelo Social.

1.2.1. MODELO PALEOLIBERAL

Este modelo se caracteriza por un escrupuloso entendimiento del principio de Libertad de Industria y Comercio. Esta afirmación de la libertad económica explica que en materia de medios y estrategias concurrenciales se considera legítima cualquier iniciativa siempre que no se afecte los derechos de exclusiva sobre signos distintivos de la

[1] "Comentarios al Decreto Ley No. 26122 Sobre Represión de la Competencia Desleal": En Revista Derecho No. 47 Dic. 1993 (pág. 23)

empresa y demás derechos de la Propiedad Industrial y no se violen las normas penales represivas de fraudes más graves.

El Modelo Paleoliberal se funda así en la idea de que sólo pueden reprimirse los comportamientos concurrenciales que se hallen expresamente prohibidos por una ley especial.

Esta disciplina se caracteriza por ser una normativa fragmentaria típica y penal. Es fragmentaria porque no se regulan con carácter general las conductas concurrenciales que en el tráfico se experimentan o se estiman como desleales; es típica porque sólo se reprimen aquellas actividades expresa y taxativamente previstas en la ley y es penal porque se considera que la intervención del Estado únicamente cabe en los casos gravísimos en que se vulneren ciertos derechos básicos de las personas que participan en el mercado.

1.2.2. MODELO PROFESIONAL

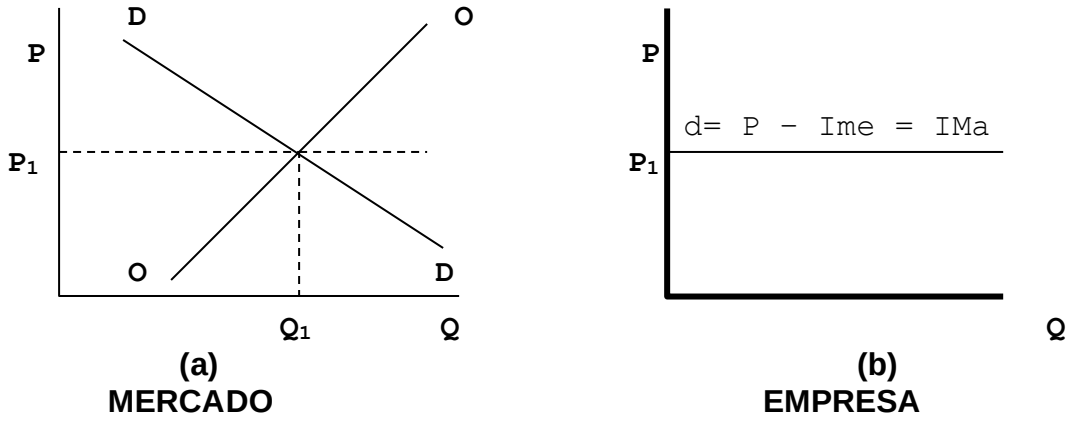
Este modelo surge como consecuencia de la consolidación del régimen económico liberal a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. A la Competencia Desleal ya no se le percibe como disciplina fragmentaria, típica y penal vinculada a la Propiedad Industrial, sino que se le aprecia como una Disciplina General Privada caracterizada por la represión de aquellas modalidades competitivas que las corporaciones de empresarios estimaron incorrectas.

Es en este período que se puede hablar de competencia desleal en sentido estricto, puesto que debido a la consolidación económica de los grupos empresariales demandan del ordenamiento la protección de las posiciones empresariales adquiridas en el mercado.

1.2.3. MODELO SOCIAL

Surge el modelo social de la competencia desleal en la etapa que va desde la segunda guerra mundial. Después del conflicto mundial y debido a los cambios que experimentó el régimen económico liberal, se observa la paulatina transformación de la disciplina de la competencia desleal apoyada a decir de Menendez sobre dos factores decisivos:

- La asunción por parte del Estado de una política de defensa de la competencia (abandonada hasta ese entonces al libre juego de los sujetos económicos participantes en el mercado y
- Una adecuada política de tutela al consumidor.



FUENTE: STANLEY FISCHER. Economía. Mc Graw Hill. España. 1985. Págs. 1055.

La transformación de la nueva disciplina de la competencia desleal enmarcada dentro del modelo social se orienta sobre tres aspectos:

- ampliación del objeto de protección de la competencia desleal;
- adopción de nuevos criterios de enjuiciamiento de deslealtad y
- determinación de nuevas prácticas reprimidas como actos desleales.

En relación con el objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los

competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

En el plano de los criterios de enjuiciamiento se advierte una notable transformación; la deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional, ensayado en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse a un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor, etc.)

Finalmente, en la cuestión relativa a las prácticas se advierten asimismo algunos cambios importantes: ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales (sirvan como ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de la zona exclusiva), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo; y por el contrario ciertas prácticas permitidas (como pueden ser la venta bajo costo, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta la primacía de los valores e intereses ahora dominantes.

1.3. IMPORTANCIA

Es importante ya que nos estamos refiriendo a la competencia en el mercado definirla para así comprender mejor cuando esa competencia es desleal. La competencia es la lucha por alcanzar la misma cosa o posición y la competencia en el mercado en términos generales es la lucha por la clientela o por obtener el mayor número de contratos.

La Libre Competencia (fundamento de la Represión de la Competencia Desleal, Art. 1 del Decreto Ley No. 26122), se reconoce recién en Francia a

finales del siglo XVIII con la promulgación de la Ley Chapellier, una de las conquistas de la Revolución Francesa, que acaba con las restricciones al libre comercio y a la libertad de empresa suprimiendo radicalmente las corporaciones, tomando fuerza con el desarrollo de la Revolución Industrial en Inglaterra, donde el liberalismo económico propugnado por Adam Smith encuentra su apogeo. A finales del siglo XIX Estados Unidos debe luchar contra los grandes monopolios que restringen la libre competencia y crea así la legislación antitrust, que luego de la II Guerra Mundial ingresa a Europa generando una gran transformación en la disciplina de la competencia desleal: la competencia no se concibe más como un derecho, sino como una obligación del empresario para que el mercado funcione correctamente.

A decir del tratadista español Alberto Bercovitz, el criterio fundamental no es ya la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado, y el objetivo final es la creación de un marco jurídico que asegure un funcionamiento eficiente del sistema competitivo de economía de mercado.

La Competencia desleal como disciplina jurídica constituye así un fenómeno normativo típico del sistema liberal, ya que aún cuando en este sistema se propugne la libertad y se obligue a competir, esta libertad no debe ser irrestricta y esa competencia no debe desvirtuar el sistema competitivo mediante actuaciones incorrectas, tales como crear confusión entre los productos propios y los ajenos, engañando, desacreditando o denigrando las prestaciones del competidor, explotando la reputación ajena etc. En consecuencia, el Estado no debe admitir ningún tipo de práctica que restrinja dicha libertad, garantizando de este modo el derecho de los empresarios y consumidores a concurrir al mercado y evitando que la clientela sea captada por medios que no se basen en la calidad, precio y condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

Es pensando en esto y como medio de garantizar el sistema económico consagrado en la Constitución, que con fecha 29 de Diciembre de 1992 se promulga el Decreto Ley No. 26122 (Ley de Represión de la Competencia Desleal) con el fin de evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la Libre Competencia en actividades económicas (art.1). Es así que se considera como acto de competencia desleal toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

Justifica entonces la existencia de esta norma, el interés público, tanto de los agentes económicos como del Estado, que exigen la presencia de una leal competencia para el mantenimiento de una economía eficiente.

Esta norma, así como todas aquéllas que permiten el funcionamiento y conservación de la economía de mercado, requiere de un alto grado de autonomía, respecto del proceso político y de los intereses en juego de la sociedad, de tal modo que se garantice su efectividad y continuidad.

1.4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SU DIFERENCIA CON EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LAS PRACTICAS LIMITATIVAS O RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA.

En el ámbito de la doctrina se considera que tanto las normas de prevención de los actos desleales, así como las normas de prevención de las prácticas restrictivas y limitativas de la libre competencia tienen el propósito de asegurar el funcionamiento eficaz de una economía de libre mercado. Sobre este particular debemos preguntarnos. ¿En qué se diferencia una norma respecto de la otra?. En nuestra opinión el propósito de las normas de prevención de las prácticas restrictivas y limitativas de la libre competencia es

garantizar y proteger la libre competencia frente a todo ataque contrario al interés público que pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la libre competencia (desvalor de resultado); mientras que las normas de prevención de actos desleales tienen el propósito de evitar que se utilicen medios considerados deshonestos (conductas destinadas a confundir al público consumidor o destinadas a aprovecharse indebidamente de la reputación adquirida por un tercero) en la lucha concurrencial (desvalor de resultado).

Con respecto al tema tratado Juan José Rodríguez Bethencourt, "La Ley 3/91 de Competencia Desleal" (pág. 55) manifiesta: "El interés jurídico tutelado, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, es el de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público que pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional; en cambio en la competencia desleal, lo que pretende es evitar que se utilicen medios considerados como desleales en el ámbito concurrencial".

CAPITULO II
CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO PARA CALIFICAR UN ACTO COMO DESLEAL

Lo enunciado está referido a los parámetros de valoración ("buenas costumbres", "usos honestos en materia industrial y comercial", "buena fe" o "principio de la corrección profesional"), los mismos que se establecen en las cláusulas generales de la legislación que sancionan los actos desleales.

Menendez y Menendez Aurelio manifiesta que en el modelo profesional se tomó como parámetros de enjuiciamiento de la competencia desleal "valoraciones usuales o morales del círculo de empresarios". Al entrar en crisis el modelo que lo sustentaba, entró también en crisis el criterio de valoración. Las principales críticas a este criterio de enjuiciamiento que manifiesta son:

Al remitirse los criterios de valoración de deslealtad de un acto a valoraciones basados en la moral, usos o costumbres de uno o más empresarios, éste entra en contradicción con el actual modelo social, sobre el cual se erige la nueva disciplina desleal. En efecto en el nuevo modelo social la disciplina de la competencia desleal no sólo protege el interés particular de los empresarios, sino también el interés de los consumidores y el interés del público en general. De otro lado, advirtió que la remisión a la moral, usos y costumbres de los empresarios puede crear notorias contradicciones de valoración empresarial por cuanto en el mercado existen la denominada:

- Heterogeneidad en la Clase Empresarial (no es lo mismo una empresa grande que otra pequeña)
- La Diferenciación Sectorial de Mercados, en los que se propician prácticas y usos distintos y hasta incompatibles entre sí.

A fin de superar esta concepción tradicional (Remisión a la moral, uso y costumbre empresarial); señala; aparecieron diversas teorías que recurren a diversos criterios de valoración. Estas son:

a) Aquellas que propugnan una pluralidad de estándares de enjuiciamiento. Se combinan en ella criterios éticos con otros estrictamente jurídicos. La objeción o crítica a esta teoría se basa en el hecho que carecen de racionalidad interna: no se sabe cuál es el orden a seguir en caso existan contradicciones en los criterios de valoración.

b) Se propugna también como criterio de enjuiciamiento una valoración comparativa de los intereses en juego. La deslealtad se establece en función a intereses diversos (intereses de los consumidores, competidores y los intereses generales de la comunidad). Estos actúan como factores de valoración de la conducta concurrencial. Una práctica será juzgada como leal o como desleal en la medida en que sea coherente o no con el interés que en cada caso sea prevalente.

c) Otros autores proponen una "Concepción Funcional de la Cláusula General". Esta teoría sostiene que la disciplina de la competencia desleal tiene por función exclusiva proteger y asegurar la funcionalidad de la competencia (competencia por eficiencia -institución central del ordenamiento económico) siendo esto así se establece una concepción funcional de la cláusula general a través de la conexión entre el derecho de la competencia desleal y el derecho antitrust.

En nuestro país, la Ley de Competencia Desleal aprobada mediante Decreto Ley No. 26122 en su artículo 6 consagra a la denominada cláusula general, tomándose tres criterios de enjuiciamiento para calificar un acto como desleal. Ellos son:

- buena fe comercial,
- El normal desenvolvimiento de las actividades económicas y
- Las normas de corrección que deben regir en el mercado.

En cuanto a los otros dos criterios, normal desenvolvimiento de actividades económicas y normas de corrección, es importante tener presente que el enjuiciamiento hay que hacerlo recurriendo al concepto de "competencia práctica, operativa o efectiva", concebida como aquella en la que el acceso al mercado está abierto, como aquella en que las alteraciones de la oferta y la demanda se traducen en los precios, como aquella en que la producción y la venta no se limitan artificialmente, como aquella en que la libertad de elección no se obstaculiza; en fin, como aquella en que la lucha concurrencial se desarrolle sobre las prestaciones más eficientes, por lo que la expulsión del mercado de algunos empresarios se produzca por la mayor eficiencia de las prestaciones de los competidores, leal y correctamente.

2.1. AMBITO DE LA PROTECCION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

En la actualidad se considera que la regulación contra la competencia desleal tiene por objeto la protección de intereses diversos, esto es, la de todos los que participan en el mercado; empresarios y consumidores; además de proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando que se vea distorsionado por actuaciones incorrectas.

Están sujetas a la ley todas las actuaciones dirigidas a promover directa o indirectamente la contratación de bienes o servicios en el mercado.

Para que la deslealtad exista basta que la actuación en cuestión se haya producido en el mercado, sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes en el mercado, por ejemplo, a los consumidores, o pueda distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.

Lo que la normativa sobre competencia desleal reprime es la conducta incorrecta, porque distorsiona el mercado. por tanto, para la prohibición de la conducta incorrecta no es requisito necesario ni la mala fe de su autor, ni el hecho de que se pruebe que esa conducta ha causado un perjuicio cierto.

La mala fe subjetiva o el perjuicio serán normalmente relevantes para la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios.

La utilización de signos distintivos irregulares, de siglas, de emblemas, o slogans, de terceros por citar algunos ejemplos significativo, constituye de modo indiscutible, un acto de competencia desleal".

En cuanto al acto de explotación indebida de la reputación ajena, la Doctrina prescribe en forma unánime que dicho acto desleal se presenta cuando se rompe las siguientes reglas:

- Cuando las empresas realizan la lucha concurrencial propia de su actividad económica con elementos que no les son propios, de los cuales se aprovechan a efectos de lograr una clientela determinada.
- Cuando dichos actos determinan la posibilidad que el consumidor realice una elección falsa, una elección obtenida por fraude.
- El uso de los elementos que en el mercado se asocian a un tercero determina que el competidor desleal tenga acceso a una opción que seguramente
  no hubiera tenido, de utilizar otro elemento diferente, lo que implica la apropiación indebida de valores ajenos en beneficio propio.

Además del requisito objetivo que acabamos de examinar, de que el acto potencialmente desleal se realice en el mercado, exige la Ley el concurso de otro elemento: que la conducta o acto se realice con una finalidad concurrencial.

Este requisito es de orden subjetivo, que no de otra forma puede entenderse el "animus" concurrencial. El elemento intencional exige examinar si el acto o conducta se orienta a esa finalidad, y resulta difícil de establecer en la práctica, porque choca con el principio general y normativo de la buena fe,

que se presume siempre, y que equivale también a una inversión de la carga de la prueba".

2.2. ACTO DE EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA

La reputación ajena se aprovecha mediante la imitación servil, y la imitación servil sirve para aprovecharse de la reputación ajena.

Se considera la conveniencia de utilizar este artículo para la protección de los signos distintivos ajenos no registrados o no registrables, y de acudir a la ley de Marcas para la protección de los signos registrados.

La explotación de la regulación ajena lo que se busca es precisamente establecer la relación con otro u otros competidores para aprovecharse del prestigio o reputación de que disfrutan en el mercado.

No existe, pues, rasgo, señal ni característica identificadora usada por una empresa, por la que sea reconocida en el mercado, cuya imitación por otro competidor no haya de calificarse como un acto de competencia desleal, si por la semejanza lograda produce el peligro de que el público se confunda y caiga en ese error que puede dar lugar a una captación fraudulenta de lo consumidores.

Cuando un competidor parasitario, por cualquier medio, directo o no, manifieste o insinúe que su empresa forma parte o se encuentra de algún modo vinculada con la que es titular de la marca o signo perteneciente a otra, dicho comportamiento constituye un acto de competencia desleal.

2.3. ACTOS DE CONFUSIÓN

La confusión es un acto típico de competencia desleal; se trata de los actos idóneos para crear una confusión con las prestaciones, los establecimientos y en general, la actividad de otro empresario, con independencia de la confusión entre los correspondientes signos distintivos.

La confundibilidad deberá valorarse teniendo en cuenta la capacidad de diferenciación de un consumidor medio, y en relación a la presentación completa de prestaciones y actividades, de tal modo que el examen analítico de la forma debe acompañar un examen sintético, con atención especial a la impresión general que el aspecto puede provocar en el público medio.

La confusión; debe de considerarse de modo objetivo, sin que tenga relevancia a estos efectos la intencionalidad de quien lo provoca.

El elemento interpretativo esencial del precepto reside en la percepción que el consumidor tenga de la prestación de los respectivos competidores y desde esta óptica habrá que examinar la existencia de la confundibilidad.

La Ley de la materia considera como desleal todos aquellos actos que tienen por finalidad generar en el consumidor un margen importante de embrollamiento y desasosiego, en la relación a un determinado producto o servicio que se está brindando para su consumo o uso, de manera tal que no pueda ubicarlo y diferenciarlo adecuada y oportunamente de otros productos o servicios de similar naturaleza.

La característica esencial de la competencia desleal es que la confusión no necesita recaer directamente sobre los distintivos comparados, sino sobre las empresas, sus instalaciones, sus actividades, sus productos o servicios. El peligro que trata de evitarse directamente no es en puridad el de que los distintivos respectivos se confundan entre sí, sino que el consumidor, al elegir la empresa que prefiere, la confunde con otra; o que en esa elección se equivoque con respecto al producto que desearía adquirir.

Para distinguir cuando se produce confusión tenemos dos criterios:

a) Criterio Objetivo y Jurídico: Hay similitud entre los productos y servicios cuando su naturaleza y uso son extremadamente cercanos.

b) Criterio Económico: Existe similitud entre los productos o servicios cuando el público tenga razones para creer que ellos provienen del mismo fabricante.

2.4. ACTOS DE ENGAÑO

Se pretende la atracción de la clientela y el favor del comprador mediante afirmaciones, juicios, propagandas o combinaciones comerciales que implican un engaño al público consumidor, por no responder a la realidad. El elemento antijurídico esencial es aquí el engaño a los consumidores.

Eso no quiere decir que quien logre atraerse una clientela con engaños, no actúe con fraude y perjuicio para los restantes competidores que se han servido de medios leales y honrados. El perjuicio a los demás competidores también existe.

Resulta difícil distinguir entre la exageración publicitaria y el acto de confusión o engaño; porque la exageración utilizada muy frecuentemente suele ser tolerada cuando el consumidor lo percibe, como afirmar que tal producto tiene el diseño más actual.

En la ley general de publicidad solamente se tipifican y, por tanto se persiguen y castigan, los actos de engaño realizados mediante la publicidad, pero quedan todavía muchos otros actos de engaño que pueden realizarse en la práctica mercantil, no mediante la publicidad sino por otro medios...y el artículo que aquí estamos debatiendo se refiere a los demás tipos de engaño, jugando también un papel de cláusula general que sea supletoria de la ley General de Publicidad.

El acto de engaño no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público, en general, de un mensaje publicitario, sino a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia empresa, dirigidas a posibles clientes. Hay que tener en cuenta que para que exista un acto de engaño no es necesario que el engaño se realice, sino como dice la ley que la práctica sea "susceptible de inducir a error". Las condiciones que deben tener en cuenta para valorar lo que realmente interesa en el derecho de la competencia, no es el error o el engaño contractual que pueda producirse sino el grado de atracción que puede ejercer en el público una manifestación engañosa.

En efecto, no importa si se trata de un texto escrito, o hablado, de una impresión óptica o de una imagen, además puede provenir de indicaciones falsas o incorrectas, en la medida en que es posible distinguir entre falsedad e incorrección; puede incluso provenir de omisiones, o de cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tengan lugar sean susceptibles de inducir a error.

El engaño por omisión no debe entenderse en el sentido de que deba exponerse al cliente una lista interminable de datos que no es necesaria, ni siquiera aconsejable, pero si aquellos que son relevantes para determinar la decisión económica o aquellos sobre las cuales haya una obligación clara de informar. En relación con el engaño por omisión es interesante tener en cuenta la valoración realizada en ocasiones por la doctrina, que reconociendo que es tema que no debe exagerarse, pone de manifiesto que así como el público se atiene, y considera las indicaciones positivas, no espera que el empresario realice una descripción perfectamente neutra y completa de todos los detalles del producto.

CONCLUSIONES

- Son considerados desleales los actos de engaño en virtud de los cuales se realizan indicaciones incorrectas o falsas o se omiten las verdaderas y que son susceptibles de inducir a error a las personas respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, etc. de productos o prestaciones. Caen bajo este apartado el afirmar la posesión de premios que no se han obtenido o que no tuvieran vigencia, así como cualquier expresión que pueda inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio, en particular las falsas denominaciones de origen. A través de este tipo de manifestaciones se trata de inducir a error al consumidor sobre las ventajas realmente ofrecidas, queriendo hacer aparecer como verdadero lo que es falso; estas actividades desleales se realizan fundamentalmente a través de la publicidad, así como también en etiquetas y envases, siendo clara la conducta intencional del agente.
- Para valorar un acto o engaño hay que tener presente las características del sujeto que lo sufre el tipo de producto, el medio publicitario utilizado, estimando en cada caso las omisiones o las adiciones engañosas. La exigencia de veracidad en la publicidad comercial, o la prohibición de cualquier testimonio que no sea auténtico o relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da, son dos los requisitos exigidos por la Ley de Publicidad.
- La deslealtad de muchas de estas prácticas proviene de que se separa la elección del consumidor de los criterios de la eficiencia-básicamente calidad y precio y se hace sobre aspectos en gran parte irrelevantes para el triunfo en el mercado de un determinado producto.
- En una economía concurrencial el consumidor debe ser el árbitro de la lucha económica y ese arbitraje debe hacerse a través de decisiones libres y no mediatizadas, que se apoyen en el criterio de la eficiencia de cada competidor. La disciplina de la competencia desleal tiene, pues, que tutelar su autonomía de decisión.

CASO PRACTICO
CASO MAQUINAS DE AFEITAR DESECHABLES

Mediante el trámite seguido en el expediente No. 05- 94 C.R.C.D./INDECOPI The Gillette Company interpuso denuncia contra Fábrica de Accesorios Eléctricos S.A. - FACELSA- por venir comercializando hojas de afeitar desechables con la marca no registrada "BARBARRAS" imitando la forma de presentación general de la de su producto "PRESTOBARBA", en cuanto a los signos distintivos registrados a nombre de la denunciante y en cuanto a las características no registrables, tales como, unidad de venta al público y el muestrario correspondiente.

En su descargo la denunciada manifestó que modificó totalmente la presentación general de su producto BARBARRAS y que ha solicitado una búsqueda de antecedentes de los elementos figurativos registrables de dicha presentación ante la Oficina de Signos Distintivos INDECOPI, el cual ha dado como resultado negativo; por otro lado, señaló que la denuncia versa sobre aspectos estrictamente marcarios, por lo que la Comisión no sería competente para conocerla.

Con respecto a la contienda de competencia deducida por la denunciada, la Comisión señaló que ella carecía de fundamento por cuanto la denuncia versa sobre la presentación general del producto, elemento no registrable, pero que implica un medio de identificación del producto de la denunciante en el mercado.

Confusión.- Para el caso materia de autos consideró, siguiendo la doctrina dominante, que el artículo 8 del Decreto Ley No. 26122 - Ley de Represión de la Competencia Desleal- reprime el riesgo de confusión en sentido estricto, así como el riesgo indirecto de confusión y el riesgo de confusión en sentido amplio, a diferencia de la normativa marcaria que recoge sólo el primero de los fenómenos; en tal sentido, consideró que entre las

marcas BARBARRAS y PRESTOBARBA no son confundibles pero sí la presentación general de los productos hecho idóneo para crear confusión indirecta; considerando que éste último presupone la posibilidad que los consumidores sean inducidos al error de atribuir la procedencia de los productos a otra empresa, aunque puedan diferenciarse los signos que los distinguen.

1. Explotación de la Reputación Ajena.- Con respecto a este acto desleal consideró que la presentación general del producto de la denunciante es un medio que la identifica en el mercado de una forma notoria y renombrada y que la utilización por parte de la denunciada de uno similar al grado de producir confusión se traducen en la explotación de la reputación la cual genera una dilución o depreciación del medio distintivo y su potencia evocadora y publicitaria.

En razón de lo expuesto, la Comisión declaró FUNDADA la denuncia, multando a la empresa infractora al pago de 20 Unidades Impositivas Tributarias y ordenándole a su vez publicar la Resolución Condenatoria en el Diario Oficial "El Peruano".

BIBLIOGRAFIA

- Decreto Ley No. 26122 (Ley de Represión de la Competencia Desleal).
- Revista Derecho. No. 47 Dic. 1993 (pág. 23).
- MICHAEL PARKINS. Macroeconomía. Addison Wesley Longman. 1995. Págs. 626.
- STANLEY FISCHER. Economía. Mc Graw Hill. España. 1985. Págs. 1055.
- RUDIGER DOMBUSCH. Macroeconomía. Cuarta Edición. Mc Graw-Hill. 1988. Pags. 865.