

N° 237
Año LXXXIII
Enero-Junio 2015
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

Una fotografía de la Torre del Reloj de la Universidad de Concepción, un edificio alto y blanco con un reloj visible en su parte superior, que sirve como fondo para el título.

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*TUTELA DE LA VÍCTIMA DE ILÍCITOS
CONCURRENCIALES
EN LA LEY 20.169, SOBRE COMPETENCIA DESLEAL*

*PROTECTION OF THE VICTIM OF UNFAIR
COMPETITION
UNDER LAW NUMBER 20.169*

MAURICIO INOSTROZA SÁEZ*
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Concepción
Concepción - Chile

RESUMEN

Este trabajo analiza los medios de reparación en naturaleza y en equivalente dispuestos por la ley 20.169 a favor de la víctima de una conducta calificada como constitutiva de competencia desleal. Se profundiza en los aspectos generales necesarios para la interposición de las acciones que la ley reconoce al competidor perjudicado, así como en el análisis de cada una de las acciones contempladas en el art. 5 de la antedicha ley. Sin perjuicio de lo anterior, se exponen brevemente los elementos exigidos en el art. 3 para la calificación del ilícito concurrencial.

* Abogado. Máster Oficial en Derecho Privado y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: mainostr@udec.cl. Artículo recibido el 13 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 30 de junio de 2015.

Palabras clave: Competencia desleal, responsabilidad extracontractual, reparación, acción (Derecho).

ABSTRACT

This paper analyzes the means of *in natura* restoration and *equivalent* repair prescribed by law 20.169 for the victim of a qualified as constituting unfair competition behavior. It delves into the general aspects necessary for bringing actions that the law recognizes the injured competitor, as well as in the analysis of each of the actions referred to in art. 5 of the law. Without limiting the foregoing, briefly outlines the information required by art. 3 for illicit competing qualification.

Keywords: Unfair competition; torts liability, compensatory damages, legal action.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del marco constitucional y legal que nos rige, los agentes de mercado son libres para establecer las estrategias y los medios por los que competirán con los demás agentes de la misma especie, intentando ganar posiciones frente a estos.

Sin embargo, esta libertad no es absoluta, ya que el ordenamiento jurídico se encarga de establecer límites a la actividad competitiva. Es así como a nivel constitucional tenemos un primer límite constituido por el art. 19 N° 21 de la Constitución Política, mientras que a nivel legal tenemos límites consagrados en el D.L. 211 de 1973, de defensa de la libre competencia (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. 1 de 7 de marzo de 2005, el que ha sido objeto de sucesivas modificaciones); la ley 19.496, de protección de los derechos de los consumidores; la ley 19.039, de propiedad industrial; el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Diario Oficial de 30 de septiembre de 1991); así como normas en el campo del Derecho Privado, como los arts. 331 y 404 N° 4 del Código de Comercio y el art. 160 N° 2 del Código del Trabajo. Dentro del catálogo de normas jurídicas que establecen límites a la competencia se encuentra también la ley 20.169, de 16 de febrero de 2007, que “regula la

competencia desleal”.¹

De las antedichas normas hay algunas que se refieren específicamente a la competencia desleal, siendo las principales el art. 3 inc. 2 letra c) del D.L. 211 y la ley 20.169.² Esta última normativa describe ciertas conductas

¹ Llama la atención lo impropio de la denominación legal. En efecto, la ley 20.169 no “regula la competencia desleal”, es decir, no establece normas acerca de cómo competir deslealmente en el mercado. Por el contrario, la ley tiene por objeto proteger a los competidores frente a las conductas constitutivas de competencia desleal (art. 1).

² Puede apreciarse una diferencia fundamental entre el D.L. 211 y la ley 20.169 en lo que se refiere al interés jurídico protegido por una y otra normativa.

En el caso de la libre competencia, el interés jurídico protegido es el de la colectividad, a través del correcto funcionamiento del mercado. Por ello es que el art. 1 del D.L. 211 parte diciendo que “*la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*” (el subrayado es mío). En razón de lo anterior, el art. 3 letra c) sólo permite sancionar las conductas constitutivas de competencia desleal “*realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”.

En cambio, las normas sobre competencia desleal buscan proteger primordialmente intereses privados, finalidad que se persigue tipificando y sancionando los actos de un agente específico que estén encaminados a desmedrar la posición de otro agente en el mercado (un competidor) por la vía de la utilización de medios ilegítimos para desviar su clientela. Por ello es que el art. 1 de la ley 20.169 señala que “*esta ley tiene por objeto proteger a los competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal*” (el subrayado es mío). Como puede apreciarse, las normas relativas a la competencia desleal, más que proteger la libre competencia, protegen primordialmente a los competidores (sin perjuicio de una protección mediata del mercado). En este sentido se ha pronunciado la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional: BANFI DEL RÍO, Cristián, *Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 21 y 34; BARROS IVERSON, Andrea, “Competencia desleal y protección al consumidor”, en GONZÁLEZ ITURRA, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, p. 59; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed. Actualizada, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 331; GONZÁLEZ ITURRA, Marco Antonio, “Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos generales”, en: GONZÁLEZ ITURRA (ed.), *Competencia desleal*, cit. p. 18 y 27; JUPPET EWING, María Fernanda, “Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el Derecho de la libre competencia y la ley N° 20.169?”, en *Actualidad Jurídica*, N° 28 (2013), p. 326ss., y p. 333; POBLETE ITURRATE, Orlando, “El proceso civil de competencia desleal”, en GONZÁLEZ ITURRA (ed.), *Competencia desleal*, cit. p. 97; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “La ley N° 20.169 sobre competencia desleal: Una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Universidad Diego Portales*, n° 4, 2008, p.182 y 183; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el Derecho chileno”, en GONZÁLEZ ITURRA (ed.), *Competencia desleal*, cit. p. 86 y 87; Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2010 (considerando n° 11); Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando n° 3); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando n° 4); Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol 6256-2012 (considerando n° 12); Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, rol 4155-2010 (considerando n° 3).

calificándolas como desleales, y reconoce a la víctima acciones reparadoras en naturaleza y en equivalente.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las acciones que la ley 20.169 otorga a la víctima de una conducta constitutiva de competencia desleal, distinguiendo los aspectos generales de su ejercicio (sección III) del estudio pormenorizado de cada una de las acciones específicas que contempla el art. 5 (sección IV). Sin perjuicio de ello, se partirá por exponer algunos aspectos generales de los ilícitos concurrenciales consagrados en los arts. 3 y 4 de la ley (sección II), por constituir la base sobre la cual se estructura el sistema de tutela de la víctima de competencia desleal.

II. ASPECTOS GENERALES DE LOS ILÍCITOS CONCURRENCIALES

En la base de la regulación de la ley 20.169 está la descripción de ciertas conductas que la misma califica como constitutivas de competencia desleal. Dicha descripción se hace en la lógica de la responsabilidad extracontractual, por lo que las conductas que la ley señala como desleales son en realidad ilícitos civiles.³ Más aún, se ha dicho que constituyen supuestos específicos

Sin embargo, hay otro sector de la doctrina para el que las normas de la ley 20.169 persiguen también la protección del mercado y los consumidores, y no sólo intereses privados de los competidores, sistema que se denomina "modelo social de competencia desleal". Ver al efecto BERNET PÁEZ, Manuel, *La presentación comercial en el Derecho de la competencia desleal*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 401 y 418-424; CONTRERAS BLANCO, Óscar, *La Competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Ediciones UC, Santiago, 2012, p. 49 ss., 97 ss. y p. 180; MENCHACA OLIVARES, Tomás, "Libre competencia y competencia desleal en la ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?", en GONZÁLEZ ITURRA (ed.), *Competencia desleal*, cit. p. 31ss.

³ BERNET, cit. (n. 2), p. 454; CORRAL, cit. (n. 2), p. 331; TAPIA, *La ley 20.169*, cit. (n. 2), p. 182 ss.; TAPIA, *Responsabilidad Civil*, cit. (n. 2), p. 86 ss.; REVECO URZÚA, Ricardo; PADILLA PAROT, Ricardo, "La competencia desleal en el contrato de distribución de productos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, N° 22, p. 360; Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2010 (considerando N° 11); Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 9); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2013, rol 3112-2012 (considerando N° 4). Así también resulta de las opiniones vertidas en el marco de la discusión de la ley. Ver al efecto BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), "Historia de la Ley N° 20.169. Proyecto de ley para regular la competencia desleal", disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>, 23 de mayo de 2015, p. 91, 92, 115. Como argumento de texto a favor de esta posición puede mencionarse que el art. 5 letra c) habla de "autor del ilícito" al regular la acción de remoción.

Se podría aducir una excepción en el art. 4 letra i), que califica como conducta desleal "el incumplimiento sistemático de deberes contractuales". Sin embargo, tal conducta (al igual que la tipificada en la letra h del mismo artículo) no constituye un caso de competencia desleal, sino un

de la doctrina del abuso de derecho (en concreto, abuso de la libertad de concurrencia), es decir, ejercicio antijurídico (fuera de los límites impuestos por la Constitución y las leyes) del derecho a competir en el mercado y del derecho a desarrollar una actividad económica.⁴

Sobre esa base, el art. 3 describe de manera genérica el ilícito concurrencial, estableciendo con ello un límite a la actividad competitiva en el mercado (desvío ilícito –por medios ilegítimos– de la clientela de un competidor), traspasado el cual la ley considera desleal la conducta y otorga a la víctima las acciones que serán objeto de análisis en este trabajo. Luego la ley tipifica en el art. 4, de manera no taxativa, los casos más frecuentes de medios ilegítimos para competir,⁵ calificando su utilización como conducta desleal. Como puede desprenderse del tenor literal de ambas normas,⁶

supuesto de hecho no concurrencial que la ley 20.416 injertó en la ley 20.169 (de manera impropia y para dar una salida a situaciones de abuso de empresas de mayor tamaño hacia proveedores de menor tamaño) con la finalidad de hacerles aplicables las disposiciones de esta última. Así se desprende de la historia legislativa de la ley 20.416 (que incorporó las letras h e i al art. 4 de la ley 20.169). Ver al efecto Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), “Historia de la ley N° 20.416. Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño”, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668>, 11 de junio de 2015, p. 4-41, así como las intervenciones durante el trámite parlamentario en p. 247, 251, 441, 443, 519, 603, 604, 605, 633 y 636. Así, por lo demás, se ha encargado de advertirlo la doctrina. Ver al efecto, CORRAL, cit. (n. 2), p. 333, quien critica la inserción de las letras h e i ya que “*desvían el concepto general de acto de competencia desleal*”. Ver también Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 7), en la que se desestimó la aplicación de la ley de competencia desleal a un caso en que se alegaba el incumplimiento de deberes contractuales emanados de un contrato de distribución, argumentando la Corte que dicha situación debe dilucidarse a través de las acciones correspondientes al incumplimiento contractual, y no de las emanadas de la competencia desleal.

⁴ BANFI DEL RÍO, Cristián, “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, 2014, n° 1, p. 40; BANFI, cit. (n. 2), p. 120, 132, 151 y 191; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 644 (aunque antes de la entrada en vigencia de la ley 20.169, encuadrando los actos de competencia desleal como un tipo de abuso en el ejercicio de un derecho potestativo); BERNET, cit. (n. 2), p. 444; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 34; MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 147; Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando n° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol 5.181-2009 (considerando n° 2).

⁵ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 162. Ver también Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol 63-2011, (considerando N° 2), que frente a una acción declarativa fundada en el art. 4 letra g) estimó que “*las acciones judiciales deducidas por la parte demandada no son medios ilegítimos para entorpecer la acción de un agente de mercado...*”, lo que implica la consideración de la conducta tipificada en la antedicha norma como un medio ilegítimo.

⁶ El art. 3 comienza señalando que “*en general, es acto de competencia desleal...*”, mientras que el art. 4 comienza diciendo que “*en particular, (...) se considerarán actos de competencia desleal...*”.

las conductas tipificadas en el art. 4 constituyen supuestos específicos de la cláusula general del art. 3,⁷ por lo que resulta obligado hacer un breve análisis de esta norma.

El art. 3 ha seguido la tendencia comparada de tipificar de manera bastante amplia las conductas constitutivas de competencia desleal,⁸ al disponer que “*en general, 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 de mercado*”.

Del tenor literal de la norma puede desprenderse la exigencia de los siguientes requisitos para la configuración de una conducta como constitutiva de competencia desleal:

1. Que exista una conducta, acción u omisión.⁹
2. Que la conducta sea contraria a la buena fe o a las buenas costumbres.

Los conceptos de buena fe y buenas costumbres son indeterminados

⁷ CORRAL, cit. (n. 2), p. 331; Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol 6264-2013 (considerando N° 10); Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2013, rol 3112-2012 (considerando N° 12). En contra, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 5).

⁸ Como reflejo de dicha tendencia pueden citarse regulaciones similares en el sistema de Derecho continental (salvo Francia, donde los ilícitos concurrenciales -*concurrence déloyale*- son sancionados de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad extracontractual). Tal es el caso de España, donde el art. 4 de la ley 3/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal, dispone que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Del mismo modo, el art. 7 de la ley 256 de 1996 de Colombia señala que “*constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado*”. Asimismo, el art. 6.2 del Decreto Legislativo N° 1.044, de 2008, que aprueba la ley peruana de represión de la competencia desleal, define al acto de competencia desleal como “*aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado*”. Por último, el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de 30 de septiembre de 1991, señala que “*constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*. La situación en el *CommonLaw* es diametralmente opuesta, ya que el sistema de ilícitos concurrenciales se estructura en base a la tipificación de conductas específicas, sin que exista un principio o criterio general y común. Puede verse un análisis del sistema anglosajón en BANFI, cit. (n. 2), p. 52 ss.

⁹ Aunque una conducta desleal por omisión será de más rara ocurrencia en la práctica, no debe descartarse su eventual configuración. En el sentido de considerar incluidas las omisiones se pronuncian BERNET, cit. (n. 2), p. 426; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 104; y en el Derecho español, entre otros, EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir.), *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 30; y MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 120.

y cambiantes,¹⁰ pero otorgan al juez el nivel adecuado de flexibilidad para calificar en el caso concreto una conducta como desleal, contribuyendo asimismo a otorgar dinamismo a la norma y a evitar su obsolescencia.¹¹ En todo caso, ambos conceptos deben ser analizados “*en el ámbito de los mercados y, por tanto, desde un punto de vista económico*”.¹²

Como puede apreciarse, el texto exige alternativamente la presencia de alguno de los dos elementos analizados, pero es obvio que ambos pueden concurrir copulativamente.¹³

Por último es necesario recordar que la buena fe se presume (art. 707 del Código Civil), lo que es perfectamente extrapolable a la actuación conforme a las buenas costumbres, por ser la forma normal o habitual en que se supone que actúan las personas en sociedad. En base a ello se pueden colegir las siguientes consecuencias:

La regla general es que el daño causado en el marco de la actividad concurrencial (desvío de clientela de la víctima) debe presumirse lícito y tolerado por el ordenamiento jurídico como un riesgo asociado y consustancial a la actividad competitiva en el mercado, que consiste justamente en captar clientela para sí, a costa de quitarla a los demás competidores¹⁴ (competencia leal, aun cuando sea fuerte, o incluso ruda).¹⁵ Ello a menos que el actor que se pretenda víctima de competencia desleal pruebe que el desvío de su

¹⁰ En este trabajo no se analizarán las concepciones objetiva y subjetiva de la buena fe ni el concepto de buenas costumbres que adopta la norma, temas que serán objeto de otro estudio donde se profundizará el análisis del art. 3.

¹¹ En la moción se señala que “*debe atenderse a conceptos como la buena fe y la honestidad en materia comercial, conceptos de gran adaptabilidad en el tiempo y que en concordancia con las demás disposiciones del proyecto dará origen a una nutrida jurisprudencia, que hará posible que la legislación no quede atrás ante la aparición de nuevos hechos, en un área esencialmente dinámica*”. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 8. En el mismo sentido, ver Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2020 (considerando N° 12).

¹² Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando N° 6); Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol 5.181-2009 (considerando 4).

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando N° 12).

¹⁴ Ver Corte de Apelaciones de La Serena, 6 de mayo de 2014, rol 112-2013 (considerando N° 5) donde se expresa que el desvío de clientela no es reprochable *per se*, ya que los actos de atracción y fidelización de clientela son naturales a una competencia lícita entre los agentes del mercado.

¹⁵ La doctrina ha advertido una cierta tendencia de los agentes de mercado a exagerar la calificación como desleal de algunas conductas, muchas veces motivada por una propensión natural a tratar de no reconocer la superioridad del adversario. En este sentido, ver SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, 34ª edición actualizada, volumen I, p. 198; GONZÁLEZ, cit. (n. 2), p. 23; MENCHACA, cit. (n. 2), p. 38.

clientela se debió a la utilización de medios ilegítimos que den cuenta de una actuación dolosa y contraria a la buena fe o a las buenas costumbres.

Siendo una excepción la actuación contraria a la buena fe o a las buenas costumbres, las normas que tipifican la competencia desleal deben ser interpretadas restrictivamente.¹⁶

3. Que el agente haya empleado medios ilegítimos.

La generalidad de la doctrina y alguna jurisprudencia han estimado que este requisito es redundante, ya que la contrariedad de la conducta con la buena fe o las buenas costumbres incorpora el elemento de ilegitimidad de los medios.¹⁷ No obstante, creo que la función de los medios ilegítimos en el art. 3 no es tan reducida como se ha entendido.

De la historia de la ley se desprende que en la discusión parlamentaria se consideró el requisito de utilización de medios ilegítimos como un elemento que viene a reforzar la necesidad de ilicitud de la conducta para que pueda ser calificada como desleal, expresando que ello se hacía para dejar en claro que la ley no estaba reprimiendo la competencia dura (considerada legítima), sino que el desvío *ilícito* de la clientela de terceros.¹⁸ De ello podemos concluir que la función del requisito de utilización de medios ilegítimos no es otra que establecer un límite a la actividad competitiva: El *desvío ilícito de la clientela*.

En base a lo anterior se puede decir que los agentes de mercado están autorizados para competir incluso de forma ruda, y para dañarse como efecto colateral de esa actividad (como se ha dicho, la competencia consiste precisamente en captar clientela, aun a costa de quitársela a los competidores, lo que implica causarles un daño). Pueden desviar la clientela

¹⁶ MENCHACA, cit. (n. 2), p. 32.

¹⁷ BANFI, cit. (n. 2), p. 235; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 161 ss.; GONZÁLEZ, cit. (n. 2), p. 19; MENCHACA, cit. (n. 2), p. 39; Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, rol 4.155-2010 (considerando N° 4). En contra, BERNET, cit. (n. 2), p. 440.

No obstante, se debe destacar que en algunos casos los Tribunales han analizado este requisito de forma separada al de la buena fe. Ver al efecto Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando N° 6); Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol 5.181-2009 (considerandos 4 y 7), confirmada por la Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2020, que también hace un análisis separado en el considerando N° 13; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, rol 868-2009 (considerando 8, mantenido por la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, 17 de agosto de 2012, rol 2.428-2010).

¹⁸ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 94, 141 y 155-158.

del competidor, pero por medios legítimos.¹⁹ Lo que no pueden hacer es desviar *ilícitamente* (por medios ilegítimos) la clientela del competidor,²⁰ ya que ello implica traspasar el límite de la licitud en la competencia y abusar de la libertad de competir que el ordenamiento jurídico reconoce a quienes actúan en el mercado.²¹

De lo anterior se desprende, además, que puede existir perfectamente una conducta dolosa (dirigida específicamente a desviar la clientela del adversario comercial) que cause daño al competidor que vio desviada su clientela (en otras palabras, una conducta que cumpla con los requisitos generales de la responsabilidad extracontractual), pero que no pueda ser calificada *per se* como un acto ilícito en el campo específico de la competencia,²² si es que en su ejecución no se emplearon medios ilegítimos.²³ Ello pues, como se ha dicho, en el ámbito de la competencia el daño (incluso el causado dolosamente) llega a ser tolerado por el ordenamiento, por ser consustancial a la actividad competitiva,²⁴ siempre que no traspase el antedicho límite de la utilización de medios ilegítimos, abusando de la libertad de competir.

Por otra parte, la prueba en juicio de la utilización de medios ilegítimos por parte del demandado servirá para dar por acreditado el requisito de actuación contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres, ya que no es esa la forma en que se espera que los agentes de mercado compitan en él.²⁵

En resumen, la inclusión del requisito de los medios ilegítimos

¹⁹ MENCHACA, cit. (n. 2), p. 39.

²⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 6 de mayo de 2014, rol 112-2013 (considerando N° 6).

²¹ Debe recordarse que las conductas constitutivas de competencia desleal han sido calificadas como supuestos específicos de la doctrina del abuso de derecho.

²² Ver BARROS B., cit. (n. 4), p. 162, quien pone como ejemplo la legitimidad de atacar un aspecto débil del competidor con una política comercial orientada precisamente a ese fin, a efectos de obtener una mejor posición en el mercado.

²³ *Ibidem*, p. 162-163, donde se concluye la reflexión afirmando que “*el límite pasa en estos casos (ilícitos cometidos con motivo de la actividad competitiva) por algún tipo de intencionalidad o de incorrección de los medios empleados, que se expresa en el conocimiento de que se está actuando mediante engaño o de otro modo contrario a las buenas costumbres del tráfico comercial*” (la aclaración entre paréntesis y el subrayado son míos).

²⁴ En este sentido, BANFL, cit. (n. 2), p. 151 afirma que la competencia trae consigo un “derecho a dañar” al adversario, por lo que sólo se incurrirá en responsabilidad cuando el agente abuse de tal derecho, es decir, que haya excedido su libertad de competir. En el mismo sentido, BARROS B., cit. (n. 4), p. 162; Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando N° 4).

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando N° 12).

tiene como función principal la de constituir el límite impuesto por la ley para distinguir una competencia legítima de una competencia desleal. Sin embargo, cumple además la función de ser un elemento objetivo que en la práctica servirá al demandante para acreditar otros elementos contenidos en la descripción legal.

4. Que la conducta persiga desviar clientela de un agente del mercado.

Este requisito apunta a dos elementos de la responsabilidad civil: El elemento subjetivo y el daño.

En cuanto al elemento subjetivo, la norma exige que la conducta "*persiga*" desviar la clientela de la víctima. Ello implica que para que una conducta pueda ser calificada como desleal, su autor debe haber actuado con dolo directo o eventual (culpa grave, para quienes estiman esta categoría como el equivalente al dolo eventual en materia civil), sin que sea suficiente una actuación con culpa negligente, según se expondrá.²⁶

Por otra parte, la norma exige que el actor alegue y pruebe la existencia de un daño constituido por el desvío de su clientela, daño que puede haberse verificado, o tener la característica de daño futuro o, al menos, contingente, como se verá.²⁷ Debe recordarse en este punto que como la competencia consiste precisamente en disputarse la clientela, el desvío de ésta no es ilícito *per se*, sino sólo cuando constituya el efecto de una conducta que reúna todos los demás requisitos establecidos por la ley para ser calificada como desleal, en especial, cuando el agente haya utilizado medios ilegítimos con la finalidad de desviar la clientela del rival.

5. Finalidad concurrencial.

La finalidad concurrencial no es un elemento que haya exigido expresamente la ley chilena, como lo hicieron sus fuentes.²⁸ No obstante, estimo que se trata de un presupuesto para la aplicación de la ley de competencia desleal. En virtud de este presupuesto, una conducta podrá tener la calificación de competencia desleal sólo cuando el agente desleal y la víctima concurren en un mismo mercado de bienes y servicios. En

²⁶ Ver *infra*, III, sobre 'ilícitos de carácter objetivo'.

²⁷ Ver *infra*, III, sobre 'ilícitos de peligro'.

²⁸ Ver el art. 2 de la ley española 3/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal, según el que "*Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales*". En el mismo sentido, el art. 7 de la ley 256 de 1996 de Colombia dispone que "*constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales...*".

otras palabras, sólo se puede hablar de competencia desleal cuando, como presupuesto, hay una relación de competencia entre el autor del daño y su víctima²⁹ (y la conducta desleal se ejecuta en el marco de dicha competencia, sea directamente o a través de terceros),³⁰ o bien cuando no siendo competidores, el agente desleal se coloca en dicha posición para desviar la clientela de la víctima.³¹

Este presupuesto se justifica porque, de no ser requerido, cualquier acto realizado en el mercado quedaría sometido a la ley de competencia desleal, lo que no resulta razonable ya que de esta forma se coartaría el ejercicio de

²⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de La Serena, 6 de mayo de 2014, rol 112-2013 (considerandos N° 3 y 4); Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol 63-2011 (considerando N° 4). En el mismo sentido, ver Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol 6256-2012 (considerando N° 12), donde se expresa que lo que pretende evitar la ley 20.169 “es la competencia desbordada entre agentes que tienen como mercado objetivo a un mismo grupo o segmento de clientes”. Aunque esta última sentencia no accedió a calificar como desleal la conducta de una empresa principal que efectuó ventas en el mercado de su distribuidor (por las razones que se expondrán en la nota subsiguiente), afirmó que si se configuraría una conducta de competencia desleal en el caso del tercero (competidor del distribuidor) que induce al principal a incumplir sus obligaciones para con el distribuidor, consiguendo finalmente excluir a este último y establecer él (el tercero) una relación de distribución con el principal, situación que, sin embargo, no pudo ser juzgada en el pleito, por no haber sido el tercero competidor emplazado en el juicio (considerandos N° 24 a 27).

En contra de la postura aquí defendida, ver BERNET, cit. (n. 2), p. 427-430, donde expone su concepción de finalidad concurrencial en el ordenamiento chileno, y p. 418-424, donde expone sus argumentos para concluir que la relación de competencia no es un requisito exigido para acceder a la protección de la ley de competencia desleal. En el mismo sentido de no requerir relación de competencia para ejercer las acciones de competencia desleal, CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 185; REVECO y PADILLA, cit. (n. 3), p. 358-359.

³⁰ Nada se opone a que un competidor ejecute la conducta desleal por medio de un tercero. Ello podría darse, por ejemplo, en el caso de que el ejecutor y el beneficiado por la conducta desleal (competidor directo de la víctima) sean parte del mismo grupo empresarial, o bien tengan alguna relación de carácter económico.

³¹ Ver Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2014, rol 2341-2013, en la que se calificó como desleal la actuación de una trabajadora cuyo contrato de trabajo contenía una prohibición expresa de desarrollar por cuenta propia “servicios similares a los de su empleadora”, pese a lo cual constituyó paralelamente una empresa del mismo giro, valiéndose de la información a que tenía acceso con motivo de su trabajo y contactando a los clientes de la demandante. En este caso, la demandada no era competidora de la víctima (era dependiente de ésta), pero se puso en la posición de competidora, utilizando medios ilegítimos para desviar su clientela.

En sentido diverso, ver Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol 6256-2012, (considerandos N° 19 a 23), en la que no se dio lugar a la acción declarativa de competencia desleal argumentando que si bien cuando (en el marco de una operación de distribución) la empresa principal efectúa ventas directas en el mercado del distribuidor, el primero pasa a ponerse en la posición de competidor del segundo, la actuación no es desleal debido que hasta antes de ese momento no existía una relación de competencia entre ambos. Ver comentario a esta sentencia en REVECO y PADILLA, cit. (n. 3), p. 355-363.

funciones socialmente valiosas ejecutadas fuera del ámbito de competencia de la víctima.³² Así, por ejemplo, las entidades académicas podrían ver limitada su actividad investigadora si prevén que la publicación de algún estudio pudiera causar la pérdida de clientes a las empresas investigadas (no competidoras) y, por esa vía, ser acusadas de competencia desleal;³³ o las empresas editoriales restringirían las publicaciones que resulten negativas respecto de otras empresas no competidoras, bajo el mismo temor. No tiene sentido limitar por la vía de la competencia desleal estas y otras funciones que no persiguen competir con la víctima, lo que no implica amparar conductas dolosas o culposas, que puedan ser perseguidas por medio de las normas generales de responsabilidad civil extracontractual.

Por último, en este punto cabe mencionar que los supuestos contemplados en las letras h) e i) del art. 4 pudieran hacer sugerir una excepción al presupuesto de finalidad concurrencial. Sin embargo, tal observación debe ser descartada.³⁴

³² EMPARANZA, cit. (n. 9), p. 33.

³³ Piénsese, por ejemplo, en estudios académicos sobre la calidad de los alimentos, en los que se cuestione la calidad de los productos elaborados por determinadas empresas. En tal caso, las empresas perjudicadas con la publicación del estudio no pueden ampararse en las normas de la competencia desleal para que se les repare el daño causado por la pérdida de clientela (por ejemplo, si el estudio fue poco riguroso), ya que las entidades académicas no compiten con la víctima en el mercado alimentario. Tales daños deberán ser reparados mediante las normas generales de responsabilidad extracontractual.

³⁴ Ver *supra*, nota 3, donde se adelantó que las conductas descritas en las letras h) e i) del art. 5 no constituyen casos de competencia desleal, sino supuestos de hecho no concurrenciales que la ley 20.416 injertó en la ley 20.169 (de manera impropia y para dar una salida a situaciones de abuso de empresas de mayor tamaño hacia proveedores de menor tamaño) con la finalidad de hacerles aplicables las disposiciones de esta última. En dichas conductas no hay finalidad concurrencial, ya que el abuso no se da entre competidores, sino entre intervinientes de distintas etapas de la cadena comercial. Asimismo puede observarse que en los supuestos fácticos de ambas normas, la empresa de mayor tamaño no persigue desviar la clientela del proveedor, ya que ella misma constituye la clientela de la víctima. Ver al efecto Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 6).

III. ASPECTOS GENERALES DE LAS ACCIONES REPARATORIAS DE LOS ILÍCITOS CONCURRENCIALES

El art. 5 otorga al perjudicado o amenazado por un acto de competencia desleal las siguientes acciones: 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.

Como puede apreciarse de lo expuesto en el punto II anterior, el ilícito concurrencial tiene características especiales. En consideración a dichas características, la ley ha dispuesto medios reparatorios también especiales, sea en naturaleza (art. 5 letras a y c),³⁵ sea en equivalente (art. 5 letra d). Por su parte, la acción del art. 5 letra b es meramente declarativa, como se verá.

Cualquiera sea la acción entablada, el escrito de demanda debe señalar claramente la acción que se ejerce, pidiendo expresamente que se conceda la respectiva pretensión, de manera que la sentencia contenga también un pronunciamiento expreso y separado para cada acción ejercitada.

Podría discutirse el carácter taxativo del catálogo de acciones del art. 5. En otras palabras, contra una conducta desleal, ¿sólo pueden entablarse las acciones contempladas en el art. 5, o también cabe el ejercicio de otras?

Para dilucidar esta interrogante es útil recurrir a la fuente de la ley 20.169 en materia de acciones, que es la ley española 3/1991, de 10 de enero (en su versión anterior a la reforma de 2009), cuyo antiguo art. 18 fue transcrito en nuestro art. 5, con algunas diferencias.³⁶ Pues bien, en

³⁵ Durante la discusión en la Comisión del Senado, el profesor Enrique Barros Bourie señaló que el conjunto de acciones del proyecto de ley es coherente con los desarrollos contemporáneos del derecho de la responsabilidad civil, que tiende a reconocer acciones de reparación en naturaleza, además de las indemnizatorias. Del mismo modo opinaron los senadores autores de la indicación que dio origen a la redacción definitiva del art. 5 (que hasta ese momento era art. 10). Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 108 y 175. Sobre las acciones de reparación en naturaleza ver BARROS B., cit. (n. 4), p. 871-881.

³⁶ Las diferencias fundamentales entre nuestro art. 5 de la ley chilena y el art. 18 de la ley española (que con algunas variaciones constituye el actual art. 32) son las siguientes: A) Nuestro art. 5 señala en su letra c) que la remoción de los efectos del acto desleal se verifica “mediante la publicación de

España hay doctrina y jurisprudencia que ha entendido como taxativa la enumeración del art. 18 (hoy art. 32), fundamentalmente por la redacción de la norma (según la que “*podrán ejercitarse las siguientes acciones*”) y por lo señalado en la exposición de motivos de la ley, según la que el artículo 18 realiza un “*censo completo*” de las acciones.³⁷

Si bien el encabezado del art. 5 es una copia casi textual del texto español, disiento de la opinión de la doctrina y jurisprudencia citadas. Estimo que la redacción del encabezado no es suficiente para llegar a la conclusión de taxatividad, ya que al expresar la norma que “*pueden ejercerse las siguientes acciones*”, sólo está diciendo que dichas acciones “*pueden ejercerse*”, pero en ningún caso expresa que sean *las únicas* que pueden ejercerse. De allí que la norma no excluye el ejercicio de otras acciones, como la de enriquecimiento injusto³⁸ o la acción declarativa negativa,³⁹ por ejemplo.

la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo”. La ley española, en cambio, no señala medios de remoción, lo que otorga más libertad a las partes y al juez para pedir y decretar, respectivamente, las medidas de remoción adecuadas al ilícito específico; B) La ley española consagra en un numerando especial una acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, que no contempla la ley chilena, aunque dicha pretensión puede obtenerse a través de los medios de remoción que el juez puede decretar en virtud del art. 5 letra c); C) Nuestro art. 5 somete expresamente la acción indemnizatoria a las normas de la responsabilidad extracontractual. En cambio, la ley española señala que esta acción indemnizatoria procede “*si ha intervenido dolo o culpa del agente*”. Asimismo, el antiguo art. 18 agregaba que el resarcimiento puede incluir la publicación de la sentencia; D) La ley española contempla expresamente la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procede cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Nuestro art. 5 no menciona expresamente esta acción, lo que no obsta su ejercicio, como se verá; E) Nuestro art. 5 expresa que las acciones pueden ejercerse conjunta o separadamente, aclaración que no hace la ley española.

³⁷ TATO PLAZA, AIXO; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 348; sentencia de Audiencia Provincial de Islas Baleares, España, 1 de septiembre de 2004 (AC/2004/1875).

³⁸ Durante la discusión parlamentaria se sugirió por un experto invitado a la discusión en Comisión en el Senado la posibilidad de incorporar expresamente la acción de enriquecimiento injusto, propuesta que finalmente no prosperó. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 121. A favor de la procedencia de esta acción se pronuncia BANFI, cit. (n. 2), p. 35. Sobre la acción de enriquecimiento injusto en la ley española, ver GUALDE CAPÓ, Patricia, BORRÁS CEBRIÁN, Patricia, “Artículo 18. Acciones”, en MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir.), *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 318ss.; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 549ss.; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 394ss.

³⁹ En España se ha discutido la procedencia de esta acción, por medio de la que el supuesto agente desleal pide que se declare el carácter *licito* de una determinada conducta, con el fin de oponerla a quien, de forma aparentemente injustificada, cuestiona dicha conducta y, por ejemplo, pide al primero que modifique su actuar, o difunde frente a terceros la supuesta deslealtad de la conducta. Por la admisión de esta acción (aunque no al amparo de la ley de competencia desleal, sino de las normas procesales generales), TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 350-351. En contra, MASSAGUER, cit.

Del propio texto de la norma se desprende que las acciones contempladas en el art. 5 pueden ejercerse conjunta o separadamente, por lo que el ejercicio de una de ellas no excluye el ejercicio de las demás, pudiendo entablarse también todas en un solo juicio.

Aunque la opción de ejercicio conjunto es sin duda la mejor,⁴⁰ la ley otorga al demandante la posibilidad de ejercicio separado, en cuyo caso deberá tener presente algunos aspectos importantes, que se analizarán brevemente.

Por una parte debe tenerse en cuenta que, como se verá luego, la acción declarativa del art. 5 letra b) es la base y fundamento para el ejercicio de las demás acciones, ya que sólo una vez declarada la existencia de una conducta desleal se podrá ordenar su cese, su prohibición, la remoción de sus efectos o la indemnización de los perjuicios causados por ella. En base a lo anterior, en caso de ejercicio separado de acciones, el demandante deberá lógicamente partir por el ejercicio de la acción declarativa (si ejerce en primer lugar alguna de las demás acciones, ésta debería ser rechazada).

Por otra parte, la ley reglamenta de manera especial el ejercicio separado de las acciones del art. 5 letras a), b) y c) en un primer juicio, y de la acción de indemnización de perjuicios en otro juicio separado, disponiendo en el art. 9 inc. 1 que en este caso “*los hechos establecidos en juicio entre las mismas partes respecto de aquellas acciones –del art. 5 letras a), b) y c)–, se tendrán por probados en el juicio en que se haga valer esta última*” (la acción indemnizatoria) (las aclaraciones entre paréntesis son mías). Dos comentarios merece esta disposición:

– En primer lugar, y en aplicación de las reglas generales del proceso civil, la solución que la norma provee debe resultar aplicable no sólo al ejercicio separado de la acción de indemnización de perjuicios, sino al ejercicio separado de toda otra acción por competencia desleal que se ejerza en un juicio independiente de aquel en que se entable la acción declarativa.

(n. 4), p. 529, aunque admite la utilidad de que dicha acción se hubiese contemplado, añadiendo que, según los casos, las conductas descritas pueden ser encuadradas dentro de alguno de los actos desleales específicamente contemplados en la ley.

En nuestro país se propuso la incorporación de este tipo de acción por parte de algunos expertos invitados a las sesiones en Comisión en segundo trámite constitucional, lo que en definitiva no prosperó. Ver, al efecto, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 96.

⁴⁰ MENCHACA, cit. (n. 2), p. 35.

Así, en caso de ejercerse la acción declarativa en un juicio y luego la acción de cesación, de prohibición o de remoción de efectos en otro juicio, la conducta desleal declarada y los hechos en que se fundamenta, deben darse por probados en el segundo pleito.

– En segundo lugar, cabe observar que la norma tiene el mismo efecto que el art. 173 inc. 2 del Código de Procedimiento Civil⁴¹ (en especial para el caso que el demandante opte por discutir la especie y monto de los perjuicios en un juicio diverso). En efecto, el primer juicio, en el que deberá entablarse la acción declarativa (en solitario, o en conjunto con alguna de las demás acciones de las letras a) y c) del art. 5), se litigará en torno a los requisitos legales para calificar la conducta como desleal, por lo que, de obtener el demandante, quedarán establecidos los elementos que dan lugar a la responsabilidad civil por competencia desleal. Por ello es que el segundo juicio no tendrá por objeto realmente la “acción de indemnización de perjuicios” (los elementos de la responsabilidad civil estarán ya establecidos), sino la discusión sobre la naturaleza y monto (o sólo este último ítem) de los daños a indemnizar.

Por último, en el caso de ejercicio separado de la acción del art. 5 letra d) podría discutirse el procedimiento (sumario u ordinario) a que debe sujetarse el juicio indemnizatorio. Al respecto estimo que, si bien la regla general es que los juicios de este tipo se tramiten bajo la forma ordinaria, en este caso la acción debe tramitarse conforme a las reglas del juicio sumario. Ello pues se trata de una acción “conferida por esta ley” (en la ley 20.169, art. 5 letra d), por lo que le es aplicable el art. 9 inc.1, en relación con el art. 680 inc. 2 N° 1 del Código de Procedimiento Civil.

Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que las acciones contempladas en las letras a), b) y c) del art. 5 tienen por objeto reprimir “ilícitos de peligro”, por lo que en su ejercicio no se requeriría la acreditación de un daño real y efectivo, sino la mera potencialidad, aptitud o idoneidad para producirlo, bastando en juicio la prueba de la infracción del deber de corrección que establece la ley. De ello se deriva que el daño no sería requisito de las acciones que el art. 5 pone a disposición del perjudicado (salvo en el caso de la acción de indemnización de perjuicios del art. 5 letra d).⁴²

⁴¹ Ibidem, p. 36.

⁴² BERNET, cit. (n. 2), p. 452-454; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 99 y 166. La doctrina española también se pronuncia en este sentido. Ver, al efecto, MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 149 y 151; TATO PLAZA *et al.*, cit.

No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional ha sostenido que la conducta desleal supone la existencia de un daño,⁴³ que en este caso está constituido por el desvío de la clientela.⁴⁴

La posición que sostiene el ilícito de peligro pareciera tener asidero a la luz de algunas normas de la ley 20.169 (arts. 3º,⁴⁵ 5º letra a⁴⁶ y 6º⁴⁷) y de algunos ejemplos de Derecho extranjero.⁴⁸ Sin embargo, creo que no hay fundamento suficiente para llegar a tal calificación en el marco de nuestra ley de competencia desleal. En efecto, cuando el art. 3 señala que la conducta desleal debe *perseguir* el desvío de clientela, está haciendo referencia al elemento subjetivo (específicamente el dolo, como se verá en el apartado siguiente), y no a la falta de necesidad de acreditar el daño. Por su parte, los arts. 5 letra a) y 6 tampoco excluyen la necesidad de daño para calificar como desleal una conducta, sino que más bien hacen una referencia explícita a la posibilidad de demandar en base a un daño futuro o, a lo menos, contingente.⁴⁹ Por lo demás, vale la pena destacar la

(n. 37), p. 69. Es de destacar, sin embargo, que la cláusula general de la ley española no contempla el requisito de que el competidor desleal persiga el desvío de la clientela (daño exigido en nuestro art. 3, como se verá).

⁴³ BANFI, cit. (n. 2), p. 150; Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2010 (considerando N° 11).

⁴⁴ TAPIA, *La ley 20.169*, cit. (n. 2), p. 183; TAPIA, "Responsabilidad Civil", cit. (n. 2), p. 87; Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015 (considerando N° 3); Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol 7334-2013 (considerando N° 6); Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol 5.181-2009 (considerando 4).

⁴⁵ El art. 3 exige que el acto desleal "*persiga desviar clientela*" (el subrayado es mío), y no que efectivamente la desvíe. En este sentido, BERNET, cit. (n. 2), p. 453.

⁴⁶ El art. 5 letra a) permite ejercer la "acción de prohibición" del acto desleal cuando éste aún no se ha puesto en práctica y, en consecuencia, cuando el daño aún no se ha concretado. Utiliza este argumento BERNET, cit. (n. 2), p. 453, aunque con referencia a todas las acciones contempladas en las letras a) y c).

⁴⁷ El art. 6 otorga legitimación activa a "*cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado por un acto de competencia desleal*" (el subrayado es mío).

⁴⁸ Ver el art. 20.2 de la ley colombiana, que permite ejercer una acción preventiva o de prohibición a "*la persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal (...) para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno*"; art. 7.2 del Decreto Legislativo N° 1.044, de Perú, que dispone que "*tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que dicho daño sea potencial*".

⁴⁹ POBLETE, cit. (n. 2), p. 100-101, afirma que la acción de prohibición del art. 5 letra a) persigue una condena de futuro, que protege al actor frente a un daño futuro. En el mismo sentido cabe destacar

correspondencia existente entre la terminología que emplea el art. 6 (que legitima al perjudicado o amenazado en sus *intereses legítimos* por el acto desleal) con la noción mayoritariamente adoptada por la doctrina respecto del daño reparable, que concibe éste como la lesión a un *interés legítimo* de la víctima,⁵⁰ lo que viene a confirmar la necesidad de daño en el ilícito concurrencial.

En definitiva, creo que los competidores no quedan habilitados para ejercer las acciones que contempla la ley 20.169 si no acreditan la existencia de un daño ya materializado (es decir, cuando el demandante sea directa y personalmente *perjudicado* en sus intereses legítimos, en los términos del art. 6) o de un daño futuro (es decir, cuando el demandante sea directa y personalmente *amenazado* en sus intereses legítimos, en los términos del art. 6), debiendo en este último caso acreditarse los requisitos exigidos para la certidumbre del daño futuro de acuerdo a las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual (prolongación natural de un estado actual de las cosas⁵¹), o al menos la existencia de un daño contingente.⁵²

Creo que la tesis del ilícito de peligro no es admisible en nuestro ordenamiento, menos aún como regla general en el ámbito de la competencia desleal. Dicha postura no es coherente con la calificación de las conductas desleales como supuestos de responsabilidad extracontractual (cuyo requisito principal y objeto es precisamente el daño). Asimismo,

que el art. 5 letra b) permite el ejercicio de la acción declarativa “*si la perturbación creada por el mismo subsiste*”, lo que también hace referencia a un daño ya producido o a un daño futuro o, al menos, contingente (ver más detalles sobre este punto *infra*, IV, 2). Finalmente se debe destacar que la acción del art. 5 letra c) está destinada a remover los “*efectos*” del acto, lo que también hace referencia al daño (ver más detalles sobre este punto *infra*, IV, 3).

⁵⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, reimpresión, p. 153-156; BARROS B., cit. (n. 4), p. 219-226; CORRAL, cit. (n. 2), p. 133-134; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 25 y 48 ss.; RODRÍGUEZ GREX, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 259- 260.

⁵¹ ALESSANDRI, cit. (n. 50), p. 156; BARROS B., cit. (n. 4), p. 237; CORRAL, cit. (n. 2), p. 136; DIEZ, cit. (n. 50), p. 56-57 y 66; RODRÍGUEZ, cit. (n. 50), p. 265.

⁵² La noción de daño contingente ha sido desarrollada a propósito del art. 2.333 del Código Civil, cuya aplicación se extiende a otras disposiciones del mismo Código. En todo caso, como la delimitación entre daño futuro cierto, daño contingente y daño meramente eventual es prudencial (BARROS B., cit. (n. 4), p. 238), en el caso concreto el juez deberá contar con los elementos necesarios para descartar que el daño invocado sea meramente eventual. En este sentido, se ha dicho que para acceder a la tutela preventiva “*se requiere que haya una amenaza o inminencia clara y probada de que, de no adoptarse medidas preventivas, el perjuicio ocurrirá ciertamente. De lo contrario, la norma podría prestarse a abusos*” (CORRAL, cit. (n. 2), p. 409).

puede advertirse que no tiene sentido poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado ante la mera potencialidad, aptitud o idoneidad de una conducta para producir perjuicio, situaciones que evocan más bien un daño meramente eventual o hipotético. Por lo demás, en los casos indicados el actor carecería de interés (elemento de la acción), ya que la ley 20.169 busca proteger los intereses privados de los competidores, y no castigar meras (inocuas) infracciones a deberes de corrección (la finalidad de la ley no es moral, sino correctiva de actuaciones anómalas en el mercado).

Un sector de la doctrina nacional entiende que las conductas constitutivas de competencia desleal constituyen ilícitos de carácter objetivo. Ello implica que el actor, al ejercer las acciones contempladas en las letras a), b) y c) del art. 5, no necesitaría probar la existencia de dolo ni de culpa en el demandado, bastándole acreditar los medios ilegítimos de que se sirvió el infractor para desviar la clientela, y la violación de las normas objetivas de conducta establecidas en el art. 3 (buena fe y buenas costumbres). La situación sería distinta en el caso de ejercer la acción de indemnización de perjuicios del art. 5 letra d), por remitirse dicha norma a las normas generales de responsabilidad extracontractual, que sí requieren la concurrencia de elemento subjetivo.⁵³

No obstante lo anterior, para la mayoría de la doctrina chilena las conductas constitutivas de competencia desleal suponen la existencia de

⁵³ BERNET, cit. (n. 2), p. 434 ss.; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 34 ss. y 99 ss. (aunque reconoce que el dolo o la culpa generalmente estarán presentes en la conducta desleal), fundando su posición en la necesidad de proteger adecuadamente los intereses de los consumidores y del mercado, así como en el reproche a la vulneración de un deber objetivo de abstención que persigue cautelar las reglas del juego limpio en la competencia de los agentes de mercado; JUPPET, cit. (n. 2), p. 330-331, aunque causa algo de confusión la afirmación de que “*basta que el infractor persiga la desviación de clientela, aun cuando no logre dicho objetivo, para que sea posible accionar en su contra, procederá responsabilidad objetiva en caso de dolo o culpa respecto de todas las acciones enumeradas en el artículo quinto de la ley, salvo la de indemnización de perjuicios*” (sic) (el subrayado es mío). En el mismo sentido, el art. 7.1 del Decreto Legislativo N° 1.044 de Perú, señala que “*la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización*”. Cabe destacar que los seguidores nacionales de esta tesis suelen sustentar sus comentarios en el cercano seguimiento de la doctrina española, que si bien se pronuncia en este sentido (Ver, por todos, MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 150; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 69 y 354), lo hace sobre una base positiva claramente distinta a la legislación chilena. Así, por ejemplo, la cláusula general de la ley española señala expresamente que la conducta debe ser “*objetivamente* contraria a las exigencias de la buena fe”, requisito de objetividad que no establece la ley chilena; y el art. 32 N° 5 dispone que la acción de indemnización de perjuicios procede “*si ha intervenido dolo o culpa del agente*”, por lo que, a *contrario sensu*, se desprende que en las demás acciones este elemento no es requerido.

un elemento subjetivo, que en este caso estaría constituido por el dolo⁵⁴ (directo o eventual) del agente desleal.

Por mi parte, estimo que el régimen de responsabilidad estricta u objetiva no es aplicable a los ilícitos concurrenciales. En dicho sistema, la ley atribuye la obligación reparatoria por el hecho de causar daño en el marco de la realización de una actividad que el ordenamiento jurídico considera riesgosa, prescindiendo de la consideración acerca de si el agente obró con dolo o culpa.⁵⁵ Ello ciertamente no ocurre en el campo de la competencia, ya que ésta no constituye una actividad de riesgo exorbitante que amerite ser contenida. Por el contrario, se trata de una actividad que presupone causar daños a los adversarios (la competencia consiste en captar clientela, aunque ello implique arrebatarla a los rivales), por lo que resulta desproporcionada la atribución de responsabilidad por el solo hecho de causar daño a los competidores.⁵⁶

De la misma manera resulta inaplicable en este campo un sistema de responsabilidad fundado en la culpa negligente,⁵⁷ ya que los competidores no tienen un deber de no dañarse culpablemente, pues, como se ha dicho, la actividad competitiva supone causar daños al adversario.⁵⁸

Por lo demás, la atribución de responsabilidad sobre la base de responsabilidad objetiva o de culpa negligente sería altamente peligrosa, ya que si los competidores quedaran habilitados para demandar cada vez que un adversario les profiera un daño, sin atender a ningún elemento subjetivo, o atendiendo a la mera negligencia, aparte de impedirse la competencia misma (que consiste justamente en dañarse, en quitarse clientela, según se

⁵⁴ BANFI, cit. (n. 2), p. 132, 152, 189 ss., 213 ss.; BANFI DEL RÍO, Cristián, "Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del Common Law", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, N° 19, p. 179 ss.; BARROS B., cit. (n. 4), p. 163 y 1.049; REVECO y PADILLA, cit. (n. 3), p. 361; TAPIA, *La ley 20.169*, cit. (n. 2), p. 185; TAPIA, *Responsabilidad Civil*, cit. (n. 2), p. 89; Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014 (considerando N° 6). Así parece haberlo entendido también en la discusión parlamentaria, ya que al analizarse una indicación que daría lugar a la redacción definitiva del art. 3, sus autores argumentaron que "el adjetivo "desleal" lleva implícito un elemento intencional o de mala fe, pero sería conveniente dejarlo expresamente establecido para evitar que una simple conducta meramente descuidada pueda ser impugnada según las disposiciones de esta ley" (el subrayado es mío). Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 156.

⁵⁵ ALESSANDRI, cit. (n. 50), p. 69; BARROS B., cit. (n. 4), p. 445ss.; CORRAL, cit. (n. 2), p. 84-87 y 214 ss.

⁵⁶ BANFI, cit. (n. 4), p. 42; BANFI, cit. (n. 2), p. 213 ss.; BARROS B., cit. (n. 4), p. 161-163.

⁵⁷ BARROS B., cit. (n. 4), p. 1.049.

⁵⁸ BANFI, cit. (n. 4), p. 40; BANFI, cit. (n. 2), p. 237.

vio),⁵⁹ supondría abrir las puertas a una litigiosidad excesiva y en muchos casos irresponsable, ya que cualquiera podría demandar por cualquier cosa.⁶⁰

A todo lo anterior se puede agregar que la doctrina que defiende la tesis del “ilícito objetivo” establece tal calidad al ilícito concurrencial sólo para el ejercicio de las acciones del art. 5 letras a) a c) de la ley, mientras que para el ejercicio de la acción indemnizatoria del art. 5 letra d) reconoce la exigencia de dolo o culpa. De esta manera se llega al resultado de que la ley estaría consagrando dos tipos de ilícito concurrencial (uno objetivo y otro subjetivo) según la acción que el demandado quiera ejercer, lo que no parece razonable, ya que sustantivamente el ilícito concurrencial es uno solo, consagrado en el art. 3 (con supuestos específicos en el art. 4), de carácter subjetivo (requiere dolo, como se verá), respecto del que la ley permite el ejercicio de diversas acciones.

Descartadas las ideas de responsabilidad objetiva y de responsabilidad por culpa negligente, se tiene que el elemento subjetivo que debe concurrir en el ilícito concurrencial es el dolo, y más frecuentemente el dolo eventual (culpa grave para quienes estiman esta última categoría como el equivalente del dolo eventual en materia civil).⁶¹ Ello pues la conducta desleal no siempre estará directamente encaminada a dañar al competidor, sino más bien a obtener un provecho económico para sí, pero conociendo y aceptando, como una consecuencia más o menos segura, el hecho de que la obtención de dicho provecho pase por dañar al contendor y procurarle un perjuicio económico. A ello se refiere el art. 3 cuando exige que la conducta *persiga* desviar clientela: puede perseguir directamente ese fin (dolo directo), o bien perseguirlo indirectamente, es decir, conocerlo y aceptarlo como una consecuencia de la conducta desplegada (dolo eventual).

La aceptación del dolo eventual o culpa grave facilita la prueba del demandante, quien no deberá ya probar la intención positiva de dañar a su víctima (debe recordarse que el dolo se aprecia en concreto y se prueba

⁵⁹ BANFI, cit. (n. 2), p. 12 y 237; BARROS B., cit. (n. 4), p. 162 y 1.048.

⁶⁰ Así también se hizo presente en la discusión parlamentaria, ya que los autores de la indicación que dio origen a la redacción final del art. 3 justificaron la inclusión en su texto de un elemento intencional o de mala fe en que “*por este medio se reduce el riesgo de que la interposición abusiva de las acciones de esta ley se transforme en un nuevo mecanismo de competencia desleal*”. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 156.

⁶¹ BANFI, cit. (n. 4), p. 41; BANFI, cit. (n. 2), p. 227; BANFI, cit. (n. 54), p. 181 ss.; BARROS B., cit. (n. 4), p. 160 y 161.

de forma indirecta, al ser un elemento de carácter subjetivo), sino una negligencia o imprudencia grosera, apreciada conforme al estándar legal (recordar que la culpa se aprecia en abstracto), que ponga de manifiesto la aceptación del daño en aras de procurarse una ventaja económica, con lo que se pueden reclamar los efectos propios del dolo (art. 44 inc. 2 del Código Civil).⁶²

El art. 6 inc. 1 legitima activamente para ejercer las acciones contempladas en el art. 5 a cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal,⁶³ agregando en el inc. 2 que no habrá lugar a indemnización de perjuicios de acuerdo a la ley 20.169 si el demandado ya hubiese sido condenado a reparar el mismo daño de conformidad a otro ordenamiento legal,⁶⁴ norma que debe relacionarse con lo dispuesto en el art. 2.⁶⁵

El mismo art. 6 también legitima activamente, pero sólo para ejercer las acciones de cesación, prohibición, declaración y remoción (no la de indemnización de perjuicios), a las asociaciones gremiales que tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado, siempre que tales acciones se interpongan en interés de sus miembros lesionados por un acto de competencia desleal.

La ley no señala expresamente el legitimado pasivo de las acciones, pero se ha entendido que puede serlo cualquier persona natural o jurídica que haya incurrido en la conducta desleal, pudiendo incluir en la demanda a sus cómplices o encubridores, o quienes se beneficien de dicha conducta.⁶⁶ También puede servir de parámetro la ley española (que el legislador

⁶² BANFI, cit. (n. 2), p. 224; BANFI, cit. (n. 54), p. 183 ss.; BARROS B., cit. (n. 4), p. 161.

⁶³ En la discusión de esta norma en Comisión durante el segundo trámite constitucional se dejó claro que en ningún caso se estaba estableciendo una acción popular. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 176.

⁶⁴ Ver posibilidades de situaciones conflictivas que podría plantear la norma en MENCHACA, cit. (n. 2), p. 37.

⁶⁵ Cuando en la discusión en Comisión del Senado se agregó el actual inciso segundo del art. 6 (hasta ese momento art. 11), el profesor Enrique Barros fundamentó tal incorporación en la necesidad de *"explicitar que el cúmulo de acciones que consagra el artículo 2° del proyecto en comento, no significa que exista la posibilidad de cúmulo de indemnizaciones, puesto que el mismo daño no puede ser indemnizado más de una vez, aun cuando concurren distintos ilícitos"*. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 177.

⁶⁶ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 188.

chileno siguió muy de cerca), en cuyo art. 34 se mencionan los siguientes sujetos pasivos: A) Cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal; B) Cualquier persona que haya cooperado a la realización de la conducta desleal; C) En el caso de la acción de enriquecimiento injusto (que la ley española consagra expresamente, pero que en Chile también es posible, aun sin texto), el sujeto pasivo es sólo el beneficiario del enriquecimiento; D) Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones de declaración, de cesación, de prohibición, de remoción y de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (pretensiones que la ley chilena no reglamenta especialmente, pero que pueden ordenarse como medio de remoción), deben dirigirse contra el principal, y respecto de las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se está a lo dispuesto por el Derecho Civil.⁶⁷

En todo caso, para determinar el sujeto pasivo de la acción deberá tenerse presente el presupuesto de finalidad concurrencial, antes tratado.⁶⁸

Asimismo es necesario hacer presente que respecto del sujeto pasivo la ley no exige el ejercicio continuado de una actividad en el mercado, por lo que podría tratarse de quien realiza un acto esporádico en él. En cambio, el requisito de ejercicio más o menos continuado de una actividad en el mercado sí parece ser exigible al sujeto activo, lo que se desprende de la exigencia de que la conducta desleal persiga desviar su clientela. Este requisito implica que el sujeto activo cuenta con una clientela, lo que supone el ejercicio de su actividad por un lapso de tiempo necesario para configurarla.

Por último debe aclararse que la ley no exige la calidad de comerciante, ni una determinada forma de organización empresarial y, ni siquiera, el ejercicio de actividad empresarial por parte del sujeto activo o pasivo. En consecuencia, puede tratarse de cualquier persona natural o jurídica que desarrolle cualquier tipo de actividad (civil o comercial) en el mercado.⁶⁹

⁶⁷ Para más antecedentes sobre la legitimación activa y pasiva, ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 184 ss.; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 559 ss.; POBLETE, cit. (n. 2), p. 107 ss.

⁶⁸ Ver *supra*, II, 5.

⁶⁹ BERNET, cit. (n. 2), p. 430-432. Así se entendió durante la discusión en Comisión durante el segundo trámite constitucional, en el que a raíz de la discusión de una indicación al art. 3 que incluía como elemento a las "buenas costumbres comerciales", el senador Vásquez manifestó la inquietud de que la norma fuera interpretada como excluyente de las actividades agrícola, pesquera y minera, por

Tampoco la ley limita su ámbito de aplicación subjetivo a la calidad pública o privada de los agentes.

En cuanto a los aspectos procedimentales, los juicios a que dé lugar el ejercicio de las acciones del art. 5 deben ventilarse ante el juez de letras en lo civil competente en la comuna en que el demandado o el actor tengan su domicilio, a elección de este último (art. 8), y se tramitan conforme a las normas del procedimiento sumario, no procediendo la sustitución de procedimiento (art. 9 inc. 1). Contra la sentencia definitiva proceden todos los recursos contemplados en el Código de Procedimiento Civil (art. 9 inc. 2).

Por otra parte, el art. 9 inc. final dispone que, de existir un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de competencia desleal, el Tribunal, a solicitud de parte, podrá ordenar su suspensión inmediata, sin perjuicio de las demás medidas precautorias previstas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.⁷⁰

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción extintiva, el art. 7 establece plazos diferenciados en función de la acción de que se trate. Así, para las acciones de cesación, prohibición, declaración y remoción, el plazo de prescripción es de un año contado desde la fecha en que finaliza la realización del acto de competencia desleal, o desde que fue conocido, si ello ocurrió con posterioridad. En cambio, para la acción indemnizatoria se establece un plazo de cuatro años contados del mismo modo.

Asimismo, la norma dispone que el ejercicio de alguna de las acciones previstas en las letras a) a c) del art. 5 interrumpe el plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios.⁷¹

lo que sugirió sustituir la expresión "comercial" por "empresarial". Ante ello el profesor Enrique Barros manifestó que "el artículo 1 define la competencia desleal, con independencia del agente que interviene en el acto, y por tanto es la conducta de competencia desleal y no el tipo de actividad, la que determina la aplicación de la ley". Ver al efecto BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 156-157. En definitiva se eliminó la expresión "comercial" del art. 3, quedando hecha la referencia a las "buenas costumbres", con lo que se eliminó el peligro de interpretación restrictiva que se temía. Este tema también fue objeto de aclaración en la discusión en la Sala del Senado (p. 204).

⁷⁰ Para más antecedentes sobre los aspectos procesales, ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 183 ss. y 191 ss.; POBLETE, cit. (n. 2), p. 120 ss.

⁷¹ Para más antecedentes sobre la prescripción de las acciones por competencia desleal, ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 189 ss.

IV. ACCIONES CONTEMPLADAS EN EL ART. 5 DE LA LEY 20.169

1. Acciones de cesación y prohibición (art. 5 letra a)

La acción de cesación tiene por objeto obtener una orden del juez al agente desleal en cuanto a que paralice la práctica de la conducta desleal cuya ejecución está en proceso (si la conducta desleal denunciada consiste en una omisión, la condena consistirá en la ejecución del acto que le ponga fin).⁷² Por su parte, la acción de prohibición tiene por objeto obtener la orden de no ejecutar el acto proyectado,⁷³ o de no repetir el acto ya ejecutado.⁷⁴ Tales pretensiones pueden ser ordenadas también como medida precautoria (art. 9 inc. final).⁷⁵

Como puede apreciarse, existe una estrecha relación entre ambas acciones, que justifica su establecimiento conjunto. Así, para obtener una debida protección de la víctima, en caso de ejercitarse la acción de cesación, en la misma demanda debería pedirse (y en la sentencia ordenarse) que a dicha orden de cesación se agregue una prohibición de repetición de la conducta en el futuro.⁷⁶

⁷² CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 169, nota N° 364, quien pone como ejemplo la condena al competidor desleal en orden a efectuar la correcta descripción del producto que trata de confundir con el de su víctima; GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 310; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 534; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p.361-362.

⁷³ Ver POBLETE, cit. (n. 2), p. 100, para quien la acción de prohibición genera una condena de futuro, anterior a la consumación de la lesión del derecho del actor, que protege a éste de un daño futuro, por lo que debe acreditar su interés en accionar.

⁷⁴ Ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p.167-170, quien se inclina por incluir la pretensión de prohibición de repetición en la acción de cesación.

Al efecto es interesante señalar que la redacción del art. 5 letra a) es una copia textual del art. 18 de la ley 3/1991 de España, antes de la reforma de 2009. Sin embargo, con esta última reforma se deja en claro que la prohibición de repetición de la conducta desleal ya ejecutada es una pretensión incluida en la acción de prohibición, ya que el nuevo art. 32 apartado 1 N° 2 pone a disposición del demandante la "acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura". Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica" (el subrayado es mío). Antes de dicha reforma, algunos tribunales entendieron que la prohibición de repetición se encuadraba dentro de la acción de cesación. Al efecto ver sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, España, 1 de julio de 2004 (JUR/2004/267926). Así también lo entendió un sector de la doctrina. Al efecto, ver GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 309; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 531.

⁷⁵ En general, las medidas precautorias constituyen uno de los más eficaces medios preventivos o paralizadores del daño que provee la ley procesal. Ver BARROS B., cit. (n. 4), p. 875-876.

⁷⁶ Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, España, 2 de diciembre de 2011

Para que estas acciones tengan éxito, el demandante deberá alegar y probar la existencia de una conducta desleal precisa y determinada, ya que la sentencia (en caso de acoger la acción) debe ordenar el cese o prohibición de una conducta específica. Ello supone que se ejerza conjunta o separadamente (pero de forma previa⁷⁷) la acción declarativa.

En el caso de la acción de cesación, el demandante deberá alegar y probar, además, la persistencia de su ejecución,⁷⁸ ya que si la conducta desleal no se sigue ejecutando, no tendría sentido ordenar su cese (sin perjuicio de que procedan otras acciones, como la de declaración, prohibición, remoción de efectos o indemnización).

Por su parte, el ejercicio de la acción de prohibición del acto proyectado supone que el demandante alegue y pruebe los hechos que demuestren la inminente o futura realización de la conducta desleal. En el caso de la acción de prohibición de repetición de la conducta desleal ya consumada, si bien la regla general será que el demandante necesite probar que de acuerdo a las características de la conducta desleal existe el riesgo de que se repita en el futuro,⁷⁹ se ha planteado que en determinados casos dicho riesgo puede llegar a presumirse,⁸⁰ pudiendo el juez ordenar sobre esta base

(JUR/2012/44817), en la que frente a un acto de imitación, se condenó a la demandada a cesar en la comercialización del producto y abstenerse en el futuro de comercializarlo. En el mismo sentido, ver sentencias del Tribunal Supremo, España, 23 de mayo de 2005 (RJ/2005/9760) y 19 de junio de 2003 (RJ/2003/4246).

⁷⁷ Como se vio anteriormente, si el demandante decide ejercer las acciones en juicios separados, deberá entablar en el primero la acción declarativa, y en el segundo la de cesación o prohibición. En cambio, si las acciones se ejercen en una sola demanda (situación que será más frecuente), en el escrito debería entablarse en primer lugar la acción declarativa y luego la de cesación o prohibición, ya que la primera es el fundamento de las demás.

⁷⁸ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 310.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 310, donde se expresa que el demandante debe acreditar que *por su naturaleza* el acto es susceptible de tener continuidad en el tiempo, debiendo el demandado rebatir este extremo acreditando la ausencia de peligro de repetición. En este último sentido, MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 532 señala que no existirá riesgo de repetición, entre otros casos, cuando el demandado no pueda repetir el acto por haber terminado o cambiado su actividad en el mercado; cuando el acto sea de ejecución única o limitada en el tiempo; o cuando la conducta deje de ser desleal como consecuencia de una modificación legislativa. TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 359, agregan como casos en que no existe riesgo de repetición en aquellos en que no pueda captarse indebidamente más clientela por haber captado ya el demandado toda la que existe en el mercado relevante; o cuando no pueda infringirse nuevamente el secreto industrial por haberse ya revelado; o cuando no pueda denigrarse nuevamente al competidor que ya ha sido expulsado del mercado.

⁸⁰ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 309; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 532, para quien el peligro de repetición de la conducta desleal puede presumirse a partir de la continuidad de la presencia del demandado en el mercado.

la prohibición de reiteración de la conducta, evitando con ello la iniciación de un nuevo juicio sobre los mismos hechos.⁸¹

2. Acción declarativa (art. 5 letra b)

La acción declarativa no busca directamente la sanción del infractor ni la reparación del afectado, sino una declaración del Tribunal que constate la existencia de la conducta denunciada como constitutiva de competencia desleal. Ello supone que el demandante alegue y pruebe todos los elementos exigidos en el art. 3, y/o los del tipo específico del art. 4 que invoque, señalando siempre una conducta desleal específica y determinada, y no generalidades o una mera sucesión de hechos, como se aprecia a veces en la práctica. Con ello también se otorga al demandado una posibilidad cierta de defensa.

Esta acción constituye la base para la procedencia de las demás acciones contempladas en la ley,⁸² ya que sólo una vez declarada la existencia

Sin perjuicio de todo lo anterior, estimo que el juez debe actuar con suma prudencia al momento de establecer una presunción de estas características. Dicha presunción debe estar fundada en las circunstancias específicas del caso (a partir de la prueba rendida debe poder llegarse a la razonable conclusión de que por las características concretas de la conducta desleal en cuestión y por las circunstancias de su ejecución, existe riesgo de repetición), sin que pueda considerársele una regla (estimar que siempre existe riesgo de repetición), ya que de ser así se corre el peligro de que en determinados casos se imponga al demandado la prueba de un hecho negativo indeterminado (inexistencia de riesgo de repetición de la conducta desleal), que no corresponde de acuerdo a las normas del *onus probandi*.

⁸¹ Ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 169, para quien la sentencia que ordene la cesación (que para el autor comprende la prohibición de repetición) cubre todas las conductas desleales equivalentes que pueda emplear en el futuro el demandado para intentar repetir (a través de otro "ropaje" o "disfraz") la conducta desleal, evitando de este modo la sucesión innecesaria de juicios. Conuerdo con el autor, entendiendo que se refiere a los casos en que exista la identidad exigida por la cosa juzgada, a cuyo amparo podrá acudir el competidor perjudicado para impedir la repetición de la conducta desleal ya declarada. En este sentido cabe señalar que será el medio ilegítimo empleado el que marcará la identidad o la diferencia entre la conducta desleal constatada en la sentencia y la nueva conducta desplegada. Por ello es que cuando el demandado emplee un medio ilegítimo distinto al que fue objeto del juicio, estaremos frente a una conducta desleal distinta, que amerita su constatación en un juicio diverso.

⁸² A fin de otorgar lógica a la redacción de la ley, esta acción debió contemplarse en primer lugar (letra a del art. 5). Así, por lo demás, procede la ley española, tanto en su versión original (art. 18), como después de la reforma de 2009 (art. 32). De la misma forma se contemplan las acciones en el Anteproyecto de Código Mercantil de España (art. 341-1) y en la ley colombiana (art. 20). Debe hacerse presente que en el art. 13 de la moción, la acción declarativa estaba en primer lugar (y en segundo lugar la de cesación), pero en la discusión de Comisión en la Cámara de Diputados se invirtió

de la conducta desleal el juez quedará en condiciones de ordenar su cese, su prohibición, la remoción de sus efectos o la indemnización de los perjuicios causados por ella.⁸³ De esta forma, las acciones contempladas en las letras a), c) y d) del art. 5 suponen el ejercicio previo de la acción declarativa, sea en un juicio anterior,⁸⁴ sea en un mismo escrito de demanda. En otras palabras, y desde el punto de vista inverso, no se puede dar lugar a alguna de las demás pretensiones del art. 5 si es que previamente no se ha declarado la existencia de una conducta desleal.

De lo anteriormente expuesto se puede advertir que el ejercicio de esta acción normalmente no será exclusivo (no vale la pena iniciar un juicio pretendiendo exclusivamente que se declare la existencia de una conducta desleal, sin pretender al mismo tiempo una reparación para la víctima o una sanción para el infractor),⁸⁵ sino que irá acompañado del ejercicio de alguna de las otras acciones contempladas en el art. 5.

Por otra parte, se ha criticado el que la norma exija, como requisito para el ejercicio de la acción declarativa, que subsista la perturbación creada

el orden, sin que haya constancia de los motivos por los cuales se hizo esta modificación. Al efecto, ver en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (CHILE), *Historia de la Ley N° 20.169*, cit. (n. 3), p. 52.

⁸³ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 306; MENCHACA, cit. (n. 2), p. 35; POBLETE, cit. (n. 2), p. 102; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 349; Audiencia Provincial de Vizcaya, España 11 de noviembre de 1999 (AC/1999/2414); Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol, 547-2014 (considerando N° 22) y Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol 6256-2012 (considerando N° 28), que rechazaron la acción de indemnización de perjuicios en razón de haberse desestimado la acción declarativa.

⁸⁴ Se menciona esta posibilidad porque el art. 5 permite el ejercicio separado de las acciones que la misma norma contempla. Ver al efecto *supra*, III.

⁸⁵ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 171. En contra, GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 306, que conciben el ejercicio exclusivo de esta acción contra actos desleales que han cesado, no han ocasionado daños y respecto de los que se quiere obtener un "pronunciamiento judicial de cara al futuro", afirmación que no comparto para el ordenamiento chileno; POBLETE, cit. (n. 2), p. 103, para quien se justificaría la interposición autónoma de esta acción con el fin de que la conducta no se repita o, tratándose de un acto ya ocurrido y que ha cesado, para que no vuelva a ocurrir, afirmación que tampoco comparto, por entender que para conseguir los fines expuestos por el autor, el demandante debería ejercer la acción de prohibición, además de la declarativa; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 349, aunque reconocen que la acumulación con las demás acciones será lo habitual.

por el acto de competencia desleal.⁸⁶⁻⁸⁷ Para sustentar la crítica se dice que el afectado podría estar legítimamente interesado en obtener la declaración de una conducta como desleal, aun cuando no persistan sus efectos, para evitar que se repita en lo sucesivo⁸⁸ o para cobrar posteriormente los perjuicios resultantes de ella.⁸⁹ Asimismo se ha dicho que el requisito compromete la eficacia de la pretensión declarativa, y que el acto será desleal sea que subsista o no la perturbación provocada por él.⁹⁰

Por mi parte, creo que las críticas se basan en la asimilación de la *perturbación* al *daño*. La norma no exige como requisito para la procedencia de esta acción que subsista el *daño*. Si así fuere, sólo se podría demandar frente a la existencia de una conducta desleal ya verificada y de un daño ya producido y subsistente, lo que no guardaría coherencia con el establecimiento de la acción de prohibición (que puede ejercitarse cuando el acto aún no se ha puesto en práctica y, por lo mismo, cuando el daño aún no se ha verificado; o cuando la conducta se ha verificado pero se quiere impedir su reiteración y la producción de nuevos daños) ni con la norma de legitimación activa del art. 6 inc. 1 (que permite ejercer las acciones del art. 5 a quien resulte *amenazado* en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal). Por el contrario, la norma exige que subsista la *perturbación* (es decir, trastorno de la quietud y sosiego de algo o alguien, según la Real Academia), expresión que tiene un sentido y alcance bastante más amplio que el vocablo *daño*.

En base a lo anterior, entiendo que la función del requisito en análisis consiste solamente en poner de manifiesto la necesidad de un *interés* del

⁸⁶ Dicho requisito se contemplaba en los mismos términos en el art. 18 N° 1 de la ley española 3/1991, de 10 de enero, pero fue eliminado en la reforma introducida por la ley 29/2009, de 30 de diciembre. En opinión de TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 349, la eliminación del requisito no tiene consecuencias prácticas, ya que debe descartarse una intervención judicial de carácter meramente consultivo, por lo que la previsible desestimación de una acción carente de trascendencia efectiva obliga al actor a evidenciar la vigencia (o proximidad) y verosimilitud de una perturbación (perjuicio o amenaza) sobre una relación o situación jurídica.

⁸⁷ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 308; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 530, para quienes el requisito se exige sólo para el caso de interposición independiente de la acción declarativa, siendo inaplicable para el caso de ejercicio de ésta como presupuesto para el ejercicio de las demás acciones que no exigen este requisito.

⁸⁸ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 171; GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 307.

⁸⁹ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 171.

⁹⁰ POBLETE, cit. (n. 2), p. 103.

actor al momento de entablar la acción declarativa.⁹¹ Dicho interés viene dado por el hecho de que la conducta desleal perturba a la víctima de alguna manera,⁹² sea porque le ha producido un daño que subsiste al momento de presentar la demanda (caso en que la perturbación constituye también un daño), sea porque le perturba en sus intereses legítimos la inminente concreción de la conducta desleal o la amenaza de un daño futuro o al menos contingente (casos en los que aún no existe daño, pero sí una perturbación que otorga interés en ejercer la acción declarativa). De esta manera se da coherencia a la norma en análisis con los arts. 3,⁹³ 5 letra a) y art. 6 inc. 1.⁹⁴

3. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto (art. 5 letra c)

Siendo el daño actual o futuro de desvío ilícito de la clientela el efecto típico de la conducta desleal, debe concluirse que el éxito de esta acción no causará automáticamente la “remoción de los efectos producidos por el acto”,⁹⁵ ya que no se puede obligar mediante una sentencia judicial

⁹¹ Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol 63-2011 (considerando N° 4). En el mismo sentido, ver sentencia del Tribunal Supremo, España, 23 de mayo de 2005 (RJ/2005/9760), en cuyo fundamento de Derecho quinto se lee que el art. 18 de la ley de competencia desleal (cuyo N° 1 fue copiado por nuestro art. 5 letra b), “*se ocupa de la viabilidad de la posible tutela merodeclarativa de deslealtad en la competencia, para lo que exige, como requisito de procedibilidad, que en el momento de presentarse la demanda subsista la perturbación creada por la actuación que se reputa desleal, como concreción del interés en reclamar una decisión*” (el subrayado es mío). Asimismo, la doctrina tiende a interpretar el requisito de forma extensiva, haciéndolo coincidir con el interés en la acción. Ver al efecto CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 171; GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 307; POBLETE, cit. (n. 2), p. 103.

⁹² Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol 63-2011 (considerando N° 4).

⁹³ Se debe recordar que el art. 3 contiene los elementos exigidos para calificar una conducta como desleal, que son los que el demandante deberá probar para que se dé lugar a la acción declarativa. Entre dichos elementos se encuentra justamente la existencia de un daño presente, futuro o al menos contingente. Ver al efecto *supra* N° II.4 y III (sobre represión de “ilícitos de peligro”).

⁹⁴ Cabe destacar que el art. 6 inc. 1 exige precisamente un perjuicio o amenaza en los *intereses legítimos* de la víctima. Por otra parte, en relación con dicha norma ya se adelantó que los competidores quedan habilitados para ejercer las acciones que contempla la ley 20.169 cuando acrediten la existencia de un daño ya materializado (es decir, cuando el demandante sea directa y personalmente *perjudicado* en sus intereses legítimos, en los términos del art. 6) o de un daño futuro (es decir, cuando el demandante sea directa y personalmente *amenazado* en sus intereses legítimos, en los términos del art. 6), debiendo en este último caso acreditarse los requisitos exigidos para la certidumbre del daño futuro de acuerdo a las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual, o al menos la existencia de un daño contingente. Ver *supra* III.

⁹⁵ En sentido diverso CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 172; GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 311; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 534; POBLETE, cit. (n. 2), p. 105; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 349, para quienes esta acción está diseñada para eliminar la conducta desleal, haciendo desaparecer sus efectos, de modo

que la clientela desviada vuelva al competidor perjudicado. Lo que se persigue con esta acción es *procurar* obtener (a través de los medios de remoción que ordene el juez) la remoción del daño causado, es decir, que la clientela ilícitamente desviada tienda a retornar al competidor que fue víctima de competencia desleal.⁹⁶ Dicha finalidad se consigue por medio de la información al mercado, evidenciando en él la existencia de la conducta competitiva desleal, de su autor, de su víctima, de los medios utilizados por el primero, de los eventuales perjuicios sufridos o previstos, así como de las sanciones impuestas en la sentencia. Por ello es que el art. 5 letra c) menciona como medios de remoción la publicación de la sentencia condenatoria⁹⁷ y la rectificación a costa del autor del ilícito.⁹⁸

Además, la norma ofrece al juez la facultad de ordenar (y, por tanto, al demandante la carga de pedir) “otros medios idóneos” que persigan la misma finalidad de remover los daños no eliminados con la acción de cesación. Entre ellos podrían considerarse, por ejemplo, la destrucción de los medios materiales con los que se verificó la conducta desleal, la publicación en páginas web de información rectificatoria o aclaratoria, la

de restituir a la víctima a la situación anterior a su consumación.

Por mi parte estimo que el acto de competencia desleal no se elimina con la acción de remoción. Este efecto se produce parcialmente por medio de la acción de cesación (para los actos desleales ya ejecutados) o por la de prohibición (para los actos proyectados, o para los ya ejecutados respecto de los que se tema su reiteración). Por otra parte, los efectos de la conducta desleal (desvío de clientela) tampoco se eliminan automáticamente por el ejercicio y éxito de la acción de remoción (no se puede volver a la víctima al estado anterior a la comisión del acto), sino que por la ejecución de los medios de remoción que ordene el juez la clientela desviada *debería tender* a volver al agente perjudicado, pero nadie puede asegurar que ello se verifique en la práctica. En este sentido es que se ha dicho, en el ámbito de la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual, que las acciones de reparación en naturaleza del daño ya producido tiene en casos como el analizado una función no estrictamente restitutoria a la situación anterior a la producción del daño, sino una conducta que “*conduce a un resultado equivalente*. Ver al efecto BARROS B., cit. (n. 4), p. 878.

⁹⁶ Aunque resulte obvio, estimo necesario destacar que el daño causado a la víctima incide en un comportamiento humano (el de la clientela), cuyos miembros, aparte de no haber sido parte del juicio, son libres para optar por el competidor que estimen conveniente. Nada asegura que volverán a ser clientes de la víctima de competencia desleal (puede que nunca vuelvan a serlo), pero el ordenamiento jurídico estima conveniente que tengan acceso a información acertada a fin de que tomen una decisión libre y consciente.

⁹⁷ Ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 174, para quien la publicación puede solicitarse y decretarse en relación a cualquiera de las acciones que contempla la ley, y no sólo de la acción de remoción.

⁹⁸ El art. 32 de la ley española (al igual que el anterior art. 18) contempla separadamente una “acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas”, que la doctrina ha entendido como una especie de acción de remoción. Al efecto, ver TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 372 ss.

bajada de contenidos de páginas web, el retiro de publicidad, el cambio de etiquetado que contiene información incorrecta o falsa, retiro de productos del mercado, destrucción de los mismos, modificación de contratos tipo o condiciones generales que el competidor desleal utilice con la clientela desviada, con la víctima o con terceros competidores de ésta, etc.

Cabe mencionar que la acción indemnizatoria también tiene una finalidad removedora de efectos, pero se ha diferenciado dicha acción con la que analizamos ahora considerando que mientras la primera tiende a remover los efectos producidos en el patrimonio de la víctima, la segunda tiende a remover los efectos estrictamente concurrenciales de la conducta desleal en el mercado (aunque indudablemente tenderá a provocar efectos beneficiosos en el patrimonio de la víctima).⁹⁹

Por otra parte, parece necesario distinguir la acción en análisis de la acción de cesación. Esta última tiene por objeto sólo la paralización de la ejecución de la conducta competitiva desleal, y no directamente la remoción de sus efectos,¹⁰⁰⁻¹⁰¹ ya que no hace desaparecer automáticamente ni la conducta ya desplegada,¹⁰² ni los efectos ya producidos por dicha conducta, ni los medios materiales con los que se ejecutó. Todos estos extremos buscan ser eliminados a través de los medios de remoción a que da lugar la acción que es objeto de análisis. Como puede advertirse, ambas acciones son complementarias aunque, dependiendo de la situación de hecho, pueden ser entabladas de manera autónoma, especialmente cuando la conducta desleal haya cesado y no se tema su reiteración, pero sea necesario remover los efectos por ella causados (caso en que podrá entablarse la acción de

⁹⁹ TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 366; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 535. En base a la referida virtud de los medios de remoción para reparar también el patrimonio del competidor perjudicado (además de remover los efectos propiamente concurrenciales), se puede concluir que respecto de los daños causados a la víctima ésta podría optar entre la reparación en naturaleza (art. 5 letra c) y la reparación en equivalente (del art. 5 letra d). Ver BARROS B., cit. (n. 4), p. 878-879, con referencia a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual.

¹⁰⁰ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 311.

¹⁰¹ No obstante lo dicho, cabe señalar que la acción de cesación contribuirá *indirectamente* a remover los efectos futuros de la conducta desleal, ya que si el juez ordena paralizar la ejecución de dicha conducta, debería producirse la paralización del desvío de clientela.

¹⁰² Piénsese, por ejemplo, en la publicidad comparativa o en los actos de denigración, casos en los que es muy difícil eliminar completamente la publicidad o la denigración de todos los medios publicitarios escritos o virtuales ya publicados, o de las denominadas redes sociales, o incluso del inconsciente del consumidor no informado.

remoción sin necesidad de la de cesación o prohibición).¹⁰³

Por último, se debe destacar que para el éxito de esta acción, el demandante deberá alegar y acreditar concretamente los efectos que desea remover, así como su vigencia, y pedir la ejecución de los medios de remoción específicos por los que pretende eliminar dichos efectos. Tales medios deben ser idóneos para remover los efectos subsistentes del acto, pero debe respetarse el principio de proporcionalidad, en el sentido que no pueden admitirse medios de remoción excesivamente gravosos para el demandado en relación a los efectos que se busca remover.¹⁰⁴ Si los medios de remoción no son pedidos por el demandante, el juez no puede ordenarlos de oficio¹⁰⁵ sin incurrir en un vicio que haga formalmente casable la sentencia.¹⁰⁶

4. Acción de indemnización de perjuicios (art. 5 letra d)

La última acción que contempla el art. 5 es la indemnizatoria, que por disposición expresa de la ley se sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, es decir, a las normas de Derecho común relativas a la responsabilidad extracontractual o aquiliana.¹⁰⁷

Lo primero que debe destacarse respecto de esta acción es que hay acuerdo en que se exige daño y elemento subjetivo, lo que excluye en términos generales las discusiones tratadas anteriormente.¹⁰⁸ Y digo que tales discusiones resultan superadas “en términos generales” porque un análisis más detallado permite descubrir que persisten algunos problemas relativos a los antedichos elementos de la responsabilidad extracontractual.

Así, respecto del elemento subjetivo, hay acuerdo en que es exigido, pero superado este paso nos encontramos con que un sector de la doctrina nacional estima que el requisito puede satisfacerse con dolo o culpa,¹⁰⁹ mientras que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia nacional

¹⁰³ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 311; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 535.

¹⁰⁴ GUALDE Y BORRÁS, cit. (n. 38), p. 313; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 535-536.

¹⁰⁵ CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 174.

¹⁰⁶ TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 363.

¹⁰⁷ No se tratarán aquí los elementos generales de la responsabilidad civil extracontractual, sino que se aludirá sólo a algunos aspectos propios de ella en el ámbito de la competencia desleal.

¹⁰⁸ Ver *supra*, III, *passim*.

¹⁰⁹ BERNET, cit. (n. 2), p. 452; CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 175; POBLETE, cit. (n. 2), p. 106.

estima, con razón, que el ilícito requiere de dolo.¹¹⁰

En lo que respecta al daño, se ha dicho que en el ámbito concurrencial éste está típicamente constituido por el desvío de la clientela, lo que provocará a su vez un daño emergente de pérdida financiera (o disminución de ganancias) para la víctima.¹¹¹ Sin embargo, como en este caso se está ejerciendo una acción sujeta a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, es posible dar lugar a la indemnización de otros daños adicionales, tanto patrimoniales¹¹² como morales,¹¹³ con la finalidad de que la reparación sea integral.¹¹⁴ Asimismo, pueden indemnizarse los daños que no hayan logrado ser reparados mediante las acciones de reparación en naturaleza de las letras a y c del art. 5.¹¹⁵

Por otra parte, en el campo de la competencia desleal la prueba de los contornos precisos del daño y de su envergadura económica puede

¹¹⁰ Ver la doctrina y jurisprudencia citada en la Nota 54 y los argumentos contenidos en III (n. 54) para concebir la exigencia de dolo directo o eventual en el ilícito concurrencial.

¹¹¹ Tribunal Supremo, España, 23 de febrero de 1998 (RJ/1998/1164); Audiencia Provincial de Alicante, España, 2 de diciembre de 2011 (JUR/2012/44817).

¹¹² Pueden considerarse daños emergentes como la disminución del valor de la marca, los gastos en que se haya incurrido para contrarrestar o neutralizar los efectos del acto (publicación de anuncios para diferenciar marcas o productos, por ejemplo), gastos de investigación o preparación de pruebas, etc., a todo lo cual debe agregarse el lucro cesante que concurra. Asimismo, en Francia se ha contemplado la indemnización de la pérdida de chance producto de una conducta desleal, según expone BANFI, cit. (n. 2), p. 155.

¹¹³ Aunque se ha discutido la posibilidad de indemnizar el daño moral en casos de competencia desleal, la tendencia es a su aceptación, generalmente vinculando dicho tipo de perjuicio con daños a la imagen, prestigio comercial o *goodwill* (daño cuya existencia y cuantía es de muy difícil acreditación, y que generalmente será objeto de prueba pericial). En este sentido ver CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 176; MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 546; TATO PLAZA *et al.*, cit. (n. 37), p. 389; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, rol 868-2009 (considerando 10, con voto disidente. Dicho considerando fue eliminado –también con voto disidente– por la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, 17 de agosto de 2012, rol 2.428-2010, eliminación que no se fundamentó en la improcedencia del daño moral por competencia desleal a personas jurídicas, sino en la falta de acreditación de su existencia en el caso *sub lite*).

¹¹⁴ Alguna doctrina y jurisprudencia habla de “daño concurrencial”, definiéndolo como cualquier alteración ilícita de la actividad competitiva. Al afecto ver Audiencia Provincial de Madrid, España, 1 de julio de 2004 (JUR/2004/267926). En Chile sigue esta nomenclatura CONTRERAS, cit. (n. 2), p. 175-176.

¹¹⁵ Aunque se haya condenado al demandado a efectuar alguna reparación en naturaleza (en especial a la remoción de los efectos del acto), puede que los daños causados por el acto desleal a la víctima no hayan quedado totalmente reparados (recordar que en este punto me refiero a todos los daños provocados por la conducta desleal, no sólo al desvío de la clientela), en cuyo caso la indemnización corresponderá a la diferencia entre el valor total de los daños causados y la valoración del daño que haya logrado ser reparado en naturaleza, valoración ciertamente difícil de hacer. Para más detalles sobre este aspecto, ver BARROS B., cit. (n. 4), p. 879.

resultar para el demandante una carga más pesada de lo normal, debido a las características de la conducta desleal y a las dificultades propias de la prueba de determinados tipos de daño. Por ello es que se ha planteado en este campo la posibilidad de aplicar la doctrina *in re ipsa loquitur*, que permite al tribunal alivianar la carga probatoria del demandante presumiendo la existencia de un perjuicio reparable cuando éste pueda derivarse razonablemente de las circunstancias específicas de la conducta desleal enjuiciada. La jurisprudencia española se ha pronunciado a favor de la aplicación de esta doctrina en las acciones de indemnización de perjuicios provenientes de una conducta desleal (y en los casos de violación de la propiedad industrial, generalmente vinculados a la competencia desleal),¹¹⁶ aunque el criterio no es uniforme, habiendo sentencias en contra.¹¹⁷

V. CONCLUSIONES

1. En el marco constitucional y legal que nos rige, los agentes de mercado tienen libertad para competir y establecer las estrategias comerciales que estimen convenientes.

El ordenamiento jurídico sólo impone límites a la actividad competitiva. Entre dichos límites se encuentra la ley 20.169, que describe ciertas conductas calificándolas como desleales, y reconoce a la víctima acciones reparatoras en naturaleza y en equivalente.

2. El ilícito concurrencial general está consagrado en el art. 3 de la

¹¹⁶ Ver Tribunal Supremo, España, 2 de diciembre de 2004 (RJ/2005/81), en cuyo fundamento de Derecho Séptimo se lee que “*la existencia de daños y perjuicios (...) resultaba en este caso, como en otros tantos de competencia desleal, del propio comportamiento ilícito denunciado, ya que difícilmente puede concebirse un aprovechamiento no provechoso o una deslealtad en el mercado para con un competidor que no perjudique económicamente a éste. Dicho de otra forma, si por regla general las conductas ilícitas en materia de competencia desleal o marcas buscan el beneficio económico de quien incurre en ellas, su efectiva realización comportará normalmente un perjuicio para la víctima de la ilicitud, que verá disminuir sus ventas tanto como aumentan las del competidor desleal*”. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de junio de 2005 (RJ/2005/5307), 19 de junio de 2003 (RJ/2003/4246), 7 de diciembre de 2001 (RJ/2001/9936), 10 de octubre de 2001 (RJ/2001/8794), 17 de noviembre de 1999 (RJ/1999/8613) y 23 de febrero de 1998 (RJ/1998/1164), y Audiencia Provincial de Madrid, 1 de julio de 2004 (JUR/2004/267926). Ver también MASSAGUER, cit. (n. 4), p. 541. En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa. Al efecto, ver BANFI, cit. (n. 2), p. 153ss.

¹¹⁷ Tribunal Supremo, España, 17 de julio de 2008 (RJ/2008/4482), 23 de mayo de 2005 (RJ/2005/9760), 29 de septiembre de 2003 (RJ/2003/6399); Audiencia Provincial de Madrid, España, de 25 de mayo de 2006 (AC/2006/1881).

mencionada ley, mientras que el art. 4 tipifica, de manera no taxativa, los casos más frecuentes de medios ilegítimos para competir, calificando su utilización como conducta desleal.

La descripción del ilícito concurrencial se efectúa en la lógica de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que en las conductas descritas están presentes todos los elementos de ese tipo de responsabilidad. Sin embargo la ley regula algunos de dichos elementos en forma especial.

Así sucede con el daño, que en el ámbito de la competencia desleal está constituido por el desvío de la clientela de la víctima, y que en el marco de la ley puede tratarse de un daño ya verificado o de un daño futuro o, a lo menos, contingente. Como la competencia consiste precisamente en disputarse la clientela, en un sistema de libre mercado como el nuestro tal desvío no es ilícito *per se*, sino que forma parte de las reglas del juego de la competencia. El daño concurrencial sólo será reparable cuando sea causado traspasando el límite establecido por la norma en estudio, es decir, cuando el agente desleal utilice medios ilegítimos para provocarlo. A contrario sensu, el daño causado por medios legítimos para competir es tolerado por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el elemento subjetivo de la responsabilidad aquiliana, en el contexto de la competencia desleal, se satisface sólo con dolo directo o eventual (culpa grave, para quienes estiman esta categoría como el equivalente al dolo eventual en materia civil), sin que sea suficiente una actuación con culpa negligente, y menos en base a responsabilidad estricta u objetiva. En este sentido se exige nuevamente que el autor del daño sobrepase el límite establecido en la norma, causándolo de manera ilícita, utilizando medios ilegítimos y abusando de su libertad de competir.

3. En consideración a las características especiales del ilícito concurrencial, la ley ha dispuesto medios reparatorios también especiales, sea en naturaleza (art. 5 letras a y c), sea en equivalente (art. 5 letra d). Por su parte, la acción del art. 5 letra b es meramente declarativa.

Tales acciones pueden interponerse conjunta o separadamente y no tienen carácter taxativo, por lo que la víctima de competencia desleal puede interponer otras acciones que no estén contempladas en el art. 5, tales como la de enriquecimiento injusto o la acción declarativa negativa, por ejemplo.

4. La acción de cesación tiene por objeto obtener una orden del juez al agente desleal en cuanto a que paralice la práctica de la conducta desleal cuya ejecución está en proceso (si la conducta desleal denunciada consiste

en una omisión, la condena consistirá en la ejecución del acto que le ponga fin). Por su parte, la acción de prohibición tiene por objeto obtener la orden de no ejecutar el acto proyectado, o de no repetir el acto ya ejecutado. Tales pretensiones pueden ser ordenadas también como medida precautoria (art. 9 inc. final).

Para que estas acciones tengan éxito, el demandante deberá alegar y probar la existencia de una conducta desleal precisa y determinada, ya que la sentencia (en caso de acoger la acción) debe ordenar el cese o prohibición de una conducta concreta (ello sin perjuicio de otros elementos específicos requeridos para cada acción en particular). Lo anterior supone que se ejerza conjunta o separadamente (pero de forma previa) la acción declarativa.

5. La acción declarativa no busca directamente la sanción del infractor ni la reparación del afectado, sino una declaración del Tribunal que constate la existencia de la conducta denunciada como constitutiva de competencia desleal. Ello supone que el demandante alegue y pruebe todos los elementos exigidos en el art. 3, y/o los del tipo específico del art. 4 que invoque.

Esta acción constituye la base para la procedencia de las demás acciones contempladas en la ley, ya que sólo una vez declarada la existencia de la conducta desleal el juez quedará en condiciones de ordenar su cese, su prohibición, la remoción de sus efectos o la indemnización de los perjuicios causados por ella.

Por otra parte, el requisito establecido en el art. 5 letra b consistente en la subsistencia de la perturbación creada por el acto de competencia desleal tiene por función en poner de manifiesto la necesidad de un interés del actor al momento de entablar la acción declarativa.

6. La acción de remoción de los efectos producidos por el acto procura que la clientela ilícitamente desviada tienda a retornar al competidor que fue víctima de competencia desleal. Dicha finalidad se consigue por medio de la información al mercado, evidenciando en él la existencia de la conducta competitiva desleal por medio de los medios de remoción señalados en el art. 5 letra c y de los “otros medios idóneos” que el juez puede ordenar a petición del demandante.

7. Por último, la acción de indemnización de perjuicios establecida en el art. letra d está sujeta a las normas de Derecho común relativas a la responsabilidad extracontractual. En base a lo anterior es posible dar lugar a la indemnización de otros daños (patrimoniales y extra patrimoniales) adicionales a los derivados del desvío de la clientela. Asimismo, pueden

indemnizarse los daños que no hayan logrado ser reparados mediante las acciones de reparación en naturaleza de las letras a y c del art. 5.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, reimpresión.

BANFI DEL RÍO, Cristián, “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, 2014, N° 1. p. 37-58.

BANFI DEL RÍO, Cristián, *Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado*, Legal Publishing, Santiago, 2013.

BANFI DEL RÍO, Cristián, “Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del CommonLaw”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, N° 19, p. 165-192.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BARROS IVERSON, Andrea, “Competencia desleal y protección al consumidor”, en: González Iturra, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007. p. 57-72.

BERNET PÁEZ, Manuel, *La presentación comercial en el Derecho de la competencia desleal*, Publishing, Santiago, 2014. Nota 2.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la ley N° 20.416. Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño”, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010668>, 11 de junio de 2015.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 20.169. Proyecto de ley para regular la competencia desleal”, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377>, 23 de mayo de 2015.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Publishing, Santiago, 2ª ed. actualizada.

CONTRERAS BLANCO, Óscar, *La Competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Ediciones UC, Santiago, 2012.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia*

y doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en: Martínez Sanz, Fernando (dir.), *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 29-38.

GONZÁLEZ ITURRA, Marco Antonio, “Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos generales”, en: González Iturra, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, p. 15-29.

GUALDE CAPÓ, Patricia; BORRÁS CEBRIÁN, Patricia, “Artículo 18. Acciones”, en: Martínez Sanz, Fernando (dir.), *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 305-320.

JUPPET EWING, María Fernanda, “Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el Derecho de la libre competencia y la ley N° 20.169?”, *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, p. 315-334.

MASSAGUER, José, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

MENCHACA OLIVARES, Tomás, “Libre competencia y competencia desleal en la ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en: González Iturra, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, p. 31-39.

POBLETE ITURRATE, Orlando, “El proceso civil de competencia desleal”, en: González Iturra, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, p. 95-143.

REVECO URZÚA, Ricardo; PADILLA PAROT, Ricardo, “La competencia desleal en el contrato de distribución de productos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, N° 22, p. 355-363.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomsom Reuters, Navarra, 2011, 34ª edición actualizada, Vol. I.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “La ley N° 20.169 sobre competencia desleal: Una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Universidad Diego Portales*, 2008, N° 4, p. 181-190.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el Derecho chileno", en: GONZÁLEZ ITURRA, Marco Antonio (ed.), *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley 20.169, de 2007*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2007, p. 85-93.

TATO PLAZA, ANXO; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

Sentencias citadas

- Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol 6264-2013.
- Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol 8.120-2010.
- Corte Suprema, 17 de agosto de 2012, rol 2.428-2010.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol 252-2015.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol 547-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014 rol 7334-2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2014, rol 2341-2013.
- Corte de Apelaciones de La Serena, 6 de mayo de 2014, rol 112-2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol 6256-2012.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2013, rol 3112-2012.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, rol 4155-2010.
- Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol 63-2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol 5.181-2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, rol 868-2009.

- Tribunal Supremo, España, 17 de julio de 2008 (RJ/2008/4482).
- Tribunal Supremo, España, 1 de junio de 2005 (RJ/2005/5307).
- Tribunal Supremo, España, 23 de mayo de 2005 (RJ/2005/9760).
- Tribunal Supremo, España, 2 de diciembre de 2004 (RJ/2005/81).
- Tribunal Supremo, España, 29 de septiembre de 2003 (RJ/2003/6399).
- Tribunal Supremo, España, 19 de junio de 2003 (RJ/2003/4246).
- Tribunal Supremo, España, 7 de diciembre de 2001 (RJ/2001/9936).
- Tribunal Supremo, España, 10 de octubre de 2001 (RJ/2001/8794).
- Tribunal Supremo, España, 17 de noviembre de 1999 (RJ/1999/8613).
- Tribunal Supremo, España, 23 de febrero de 1998 (RJ/1998/1164).

-
- Audiencia Provincial de Alicante, España, 2 de diciembre de 2011 (JUR/2012/44817).
 - Audiencia Provincial de Madrid, España, de 25 de mayo de 2006 (AC/2006/1881).
 - Audiencia Provincial de Islas Baleares, España, 1 de septiembre de 2004 (AC/2004/1875).
 - Audiencia Provincial de Madrid, España, 1 de julio de 2004 (JUR/2004/267926).
 - Audiencia Provincial de Vizcaya, España 11 de noviembre de 1999 (AC/1999/2414).
-