

Trabajo recibido el 29 de julio de 2015 y aprobado el 24 de marzo de 2016

El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal

GENERAL CLAUSE OF UNFAIR COMPETITION UNDER LAW NUMBER 20.169

MAURICIO INOSTROZA SÁEZ*

RESUMEN

En este artículo se analiza cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 3° de la ley N° 20.169 para calificar una conducta como constitutiva de competencia desleal. Se propone considerar uno de dichos elementos (utilización de medios ilegítimos) como el límite que permite distinguir la competencia leal de la competencia desleal y que, además, sirve para establecer la existencia de otros elementos exigidos por la norma. Asumiendo la calificación de las conductas desleales como ilícitos generadores de responsabilidad extracontractual, se analizan dos elementos de este tipo de responsabilidad que el art. 3° regula de manera especial: daño y dolo.

ABSTRACT

This paper analyses each one of the requirements demanded by article 3 of law number 20.169 in order to judge a conduct as unfair competition. The author proposes to consider one of those elements (use of unlawful means) as the boundary that permits to distinguish fair competition from unfair competition. It is also observed that this element is useful to determine the existence of other elements demanded by article 3. Assuming that unfair competition conducts make arise tort liability, the author analyses two elements of that kind of liability specially regulated by article 3: damage and intention.

PALABRAS CLAVE

Competencia desleal, conducta anticompetitiva, responsabilidad extracontractual.

KEYWORDS

Unfair competition, anticompetitive conduct, tort Law.

I. Introducción

1. Aspectos generales

La economía chilena se inserta en un marco de liberalidad, donde los agentes económicos proveedores de bienes y servicios deben concurrir en el mercado con otros de la misma especie, persiguiendo captar el interés de unos mismos

* Abogado. Máster Oficial en Derecho Privado. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: mainostr@udec.cl.

consumidores. En el marco de dicha actividad, las empresas buscan influir en las decisiones de consumo ajenas, disputando la clientela a sus competidores, aun a costa de la ruina o salida del mercado de estos últimos.

De lo expuesto se desprende que la competencia lleva consigo la posibilidad de causar daño a los competidores (frecuentemente quitándoles clientela) y de soportar los que aquellos profieran. Sin embargo, dichos daños son tolerados por el ordenamiento jurídico (por ser consustanciales a la competencia) cuando la actividad competitiva se lleve a cabo dentro de los límites que éste señala, es decir, cuando la competencia sea lícita¹. Y de cara a la ley N° 20.169, dicha competencia será lícita cuando no sea desleal en los términos que ella establece.

La ley N° 20.169 regula esta materia en la lógica de la responsabilidad civil extracontractual², por lo que las conductas de competencia desleal constituyen ilícitos civiles en los que están presentes todos los elementos generales de ese tipo de responsabilidad³. Sin embargo, en el art. 3° de la mencionada ley (que

¹ BANFI (2013), pp. 14, 150 y 193 y ss.; CORRAL (2013 b), p. 2; TAPIA (2008), p. 184; TAPIA (2007), p. 88; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 4); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 868-2009, 13 de enero de 2010 (considerando 5, mantenido por la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, rol N° 2428-2010, 17 de agosto de 2012.). En este sentido se pronunciaron también los parlamentarios al discutir en Comisión algunos de los requisitos establecidos en el art. 3° de la ley para calificar una conducta como desleal. Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 156.

² BANFI (2013), pp. 21-22; BERNET (2014), p. 454; CORRAL (2013 a), p. 331; REVECO y PADILLA (2014), p. 360; TAPIA (2008), pp. 182 y ss.; TAPIA (2007), pp. 86 y ss. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 9); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3112-2012, 16 de diciembre de 2013 (considerando N° 4); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11). Así también resulta de las opiniones vertidas en el marco de la discusión de la ley (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), pp. 91, 92 y 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), al calificar como conducta desleal “*el incumplimiento sistemático de deberes contractuales*”. Sin embargo, tal conducta no constituye propiamente un supuesto de competencia desleal, sino una conducta no concurrencial a la que la ley ha hecho (impropiamente) aplicable las normas de la ley N° 20.169, según se verá más adelante. Ver Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerandos N°s. 7 y 9), 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.

³ Sin perjuicio de la antedicha calificación, debe además hacerse constar que se ha propuesto considerar el enriquecimiento injusto como fuente de la obligación de restituir los beneficios obtenidos como consecuencia de la conducta desleal. Así se ha consagrado en el art. 32 de la ley española 3/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal. En lo que respecta a nuestro ordenamiento, se sugirió por un experto invitado a la discusión en Comisión en el Senado la posibilidad de incorporar expresamente la

consagra en nuestro ordenamiento jurídico la cláusula general de competencia desleal) se regulan algunos de dichos elementos de manera especial, particularmente, en lo que se refiere al daño y al elemento subjetivo.

En este trabajo se abordará el estudio de cada uno de los requisitos que exige el referido art. 3° para calificar como desleal una conducta, de los cuales emerge como central y definidor el empleo de medios ilegítimos, elemento que establece el límite entre la competencia tolerada por el ordenamiento jurídico y la competencia rechazada por éste, pero al que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores han señalado como un requisito redundante y de reducida importancia.

Sin perjuicio de lo anterior, y como parte de la introducción, se expondrán en términos generales los límites que nuestro ordenamiento jurídico establece para la actividad competitiva, con la finalidad de enmarcar en él a la ley N° 20.169.

2. Los límites a la actividad competitiva

Entre los límites que el ordenamiento jurídico establece a la actividad competitiva cabe mencionar, en primer lugar, el art. 19 N° 21 de la Constitución Política, que consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, estableciendo como límites a la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que regulen dichas actividades⁴. En virtud del último de los límites mencionados, el ordenamiento jurídico chileno contempla a nivel legal otros límites a la actividad competitiva. Entre los textos que consagran dichas limitaciones tiene un lugar preponderante el D.L. N° 211 de 1973 (con sus sucesivas reformas), cuya finalidad es promover y defender la libre competencia en los mercados, así como corregir, prohibir y reprimir los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas (art. 1°). De la misma manera, otras leyes contemplan limitaciones a la actividad competitiva de mercado, estableciendo una protección reforzada tanto a los destinatarios de los productos y servicios de las empresas (los consumidores), como a los demás competidores. Dentro de la primera categoría de normas se encuentra la Ley N° 19.496, de Protección de los Derechos de los Consumidores. Dentro de la segunda categoría de normas tenemos la Ley N° 19.039, de Propiedad Industrial, y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial,

acción de enriquecimiento injusto, propuesta que finalmente no prosperó. Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 121. Sin perjuicio de ello, BANFI (2013), p. 35, se pronuncia a favor de la procedencia de esta acción.

⁴ El referido derecho constitucional puede ser tutelado por medio de la acción de protección consagrada en el art. 20 de la Constitución y por el denominado recurso de amparo económico, regulado en la ley N° 18.971.

publicado en el Diario Oficial de 30 de septiembre de 1991. Asimismo, en el ámbito del Derecho Privado también hay normas que establecen límites en la competencia, entre las que se puede mencionar los arts. 331 y 404 N° 4 del Código de Comercio y el art. 160 N° 2 del Código del Trabajo⁵.

Finalmente cabe mencionar iniciativas privadas de autorregulación impuestas en determinados ámbitos de la actividad económica, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la publicidad con el Código Chileno de Ética Publicitaria, que rige para los miembros del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (Conar)⁶.

De las normas mencionadas hay por lo menos dos que se refieren específicamente a la competencia desleal: El Convenio de París y el D.L. N° 211.

El Convenio de París tipifica los actos de competencia desleal y establece la obligación para los Estados miembro de asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal (arts. 10 bis y 25). Con ello, desde la entrada en vigencia del tratado en nuestro país, el Estado de Chile se comprometió a contar en su ordenamiento interno con herramientas jurídicas de protección contra conductas constitutivas de competencia desleal.

En el plano interno las conductas desleales fueron sancionadas a la luz de lo dispuesto en el D.L. N° 211, de defensa de la libre competencia, en cuyo art. 3° letra c) se considera como hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia, a *“las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”* (el subrayado es mío)⁷.

Sin embargo, faltaba en el Derecho chileno una normativa específicamente destinada a la defensa de los intereses privados de los competidores perjudicados por actos de competencia desleal de sus pares⁸. Este vacío fue suplido, en

⁵ Ver Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2341-2013, 15 de mayo de 2014, en que se condenó a una extrabajadora de la demandante por actos de competencia desleal.

⁶ Puede revisarse la quinta edición de dicho Código en <http://www.conar.cl/codigo-etica/> [visitado el 10/6/2015].

⁷ Se puede ver una sistematizada exposición de la jurisprudencia sobre competencia desleal generada a partir del D.L. N° 211 en RIVAS (2012).

⁸ Puede apreciarse una diferencia fundamental entre el D.L. N° 211 y la ley N° 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. N° 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° inc. 2 letra c) sólo permite sancionar las conductas constitutivas de competencia desleal *“realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.

parte, por la ley N° 20.169, de 16 de febrero de 2007, que “regula la competencia desleal”⁹. Dicha ley tiene por objeto proteger la libre concurrencia de los competidores en el mercado, en condiciones de igualdad, salvaguardando la denominada *par conditio concurrentium*¹⁰, sancionando, en consecuencia, las conductas desleales que entorpezcan la actividad competitiva por medios ilegítimos, y reparando la posición del agente perjudicado.

II. El ilícito concurrencial general del art. 3°

3. Aspectos comparados de las cláusulas generales de competencia desleal

Teniendo en cuenta la imposibilidad del legislador para ponerse en todos los casos en que la astucia de los competidores pudiese afectar ilícitamente a sus pares, la ley chilena siguió la tendencia comparada de tipificar de manera bastante amplia las conductas constitutivas de competencia desleal, sin perjuicio de tipificar algunas conductas desleales específicas. Es así como el art. 3° de la ley N° 20.169 dispone 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*”.

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 N° 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. Ver BANFI (2013), pp. 21 y 34; BARROS (2007), p. 59; CORRAL (2013 a), p. 331; GONZÁLEZ (2007), pp. 18 y 27; JUPPET (2013), pp. 326 y ss. y 333; POBLETE (2007), p. 97; TAPIA (2008), pp. 182 y 183; TAPIA (2007), pp. 86 y 87; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 3); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6256-2012, 13 de marzo de 2014 (considerando N° 12); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4155-2010, 23 de julio de 2012 (considerando N° 3).

Sin embargo, hay otro sector de la doctrina para el que las normas de la ley N° 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 (2014), pp. 401 y 418-424; CONTRERAS (2012), pp. 49 y ss., 97 y ss. y 180; MENCHACA (2007), pp. 31 y ss.

⁹ Llama la atención lo impropio de la denominación legal. En efecto, la ley N° 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°).

¹⁰ Audiencia Provincial de Madrid, 25 de mayo de 2006 (AC/2006/1881).

Como reflejo de la antedicha tendencia pueden citarse regulaciones similares en el sistema de Derecho continental¹¹ (salvo Francia, donde los ilícitos concurrenciales –*concurrency déloyale*– son sancionados de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad extracontractual¹²). Tal es el caso de España, donde el art. 4 de la ley N° 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*”¹³, para luego tipificar algunos actos específicos. Del mismo modo, el art. 7 de la ley N° 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*”, para luego sancionar conductas específicas en los arts. 8 y ss.¹⁴. 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*”, para luego establecer en los arts. 8 y ss.

¹¹ La situación en el Derecho inglés 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 (2013), pp. 52 y ss.

¹² En Francia, la *concurrency déloyale* se sanciona principalmente en base al art. 1382 del Código Civil (que establece la norma general de *alterum non laedere*), sin perjuicio de la existencia de algunas normas especiales en el *Code de la Consommation*. Ver HENNING-BODEWIG (2006), pp. 113-125.

¹³ El texto original de la ley N° 3/1991 sólo contenía la cláusula general transcrita. La ley N° 29/2009, de 30 de diciembre, incorporó al Derecho interno español el contenido de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, reforma con la que se introdujeron varias modificaciones a la ley N° 3/1991 relativas a los antedichos aspectos, entre las que se cuenta la adición de una segunda cláusula general de competencia desleal referida exclusivamente a las relaciones con consumidores y usuarios. Cabe señalar, asimismo, que la regulación de la competencia desleal entre empresarios no se encuentra armonizada en Europa, lo que sí ocurre con la normativa de competencia desleal de las empresas con consumidores. Se puede ver una visión crítica de esta fragmentación normativa en TATO y otros (2010), pp. 51 y ss.

Por otra parte, cabe mencionar que la redacción de la cláusula general del citado art. 4 se mantiene inalterada en el apartado 1 del art. 321-1 del Anteproyecto de Código Mercantil español, aunque hay notables cambios en la tipificación de los actos desleales con los consumidores. Ver Ministerio de Justicia de España (2014).

¹⁴ Se han citado las normas pertinentes de la legislación española y colombiana debido a que fueron tomadas como fuente en la redacción de la ley N° 20.169 (en muy menor medida fue considerada también la ley argentina, posteriormente derogada). Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 8.

un listado enunciativo de actos de competencia desleal. Por último, el ya citado 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*”, para luego sancionar en la misma norma algunos supuestos específicos de competencia desleal.

4. Aspectos generales del art. 3° y su relación con las conductas tipificadas en el art. 4°

La denominada cláusula general de competencia desleal contenida en el art. 3° no es una norma abstracta o programática que sólo reciba aplicación en los tipos específicos consagrados en el art. 4°. Muy por el contrario, el art. 3° constituye una norma sustantiva completa, aplicable directamente a cualquier conducta concurrencial que cumpla con los requisitos en ella establecidos¹⁵.

Las principales funciones del art. 3° son dos: Por una parte, otorgar al juez la flexibilidad necesaria para sancionar conductas no previstas legalmente que vayan apareciendo en la práctica, sin necesidad de una reforma legislativa, evitando el riesgo de obsolescencia de la ley. Por otra parte, el art. 3° cumple la importantísima función sistemática de fijar los elementos generales que una conducta debe reunir para poder ser calificada como desleal en el marco de la ley.

Siendo la utilización de medios ilegítimos el elemento caracterizador de la conducta desleal descrita en el art. 3°, como se verá, el artículo siguiente de la ley tipifica, de manera no taxativa¹⁶, los casos más frecuentes de medios ilegítimos para competir¹⁷. Como puede desprenderse del tenor literal de ambas normas¹⁸, las conductas tipificadas en el art. 4° constituyen supuestos específicos de la cláusula general del art. 3°¹⁹, por lo que en aquéllas están presentes todos

¹⁵ Dicha calidad ha sido reconocida también a la cláusula general en el ordenamiento español. Ver al efecto MARTÍNEZ (2009), p. 64; MASSAGUER (1999), p. 152; TATO y otros (2010), pp. 68-69.

¹⁶ Ver MENCHACA (2007), p. 38, para quien la taxatividad de la norma sería la solución más adecuada. En contra (es decir, a favor de la no taxatividad que establece la norma), CONTRERAS (2012), p. 105.

¹⁷ CONTRERAS (2012), p. 162. Ver también Corte de Apelaciones de Chillán, rol N° 63-2011, 29 de junio de 2012 (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.

¹⁸ 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...*”.

¹⁹ CORRAL (2013 a), p. 331; Corte Suprema, rol N° 6264-2013, 7 de enero de 2014 (considerando N° 10); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3112-2012, 16 de diciembre de 2013 (considerando N° 12).

los elementos requeridos en este último²⁰. De esta manera, cuando la conducta en cuestión encuentre un correlato en algún tipo del art. 4º, el demandante no requiere probar la existencia de todos y cada uno de los elementos que analizaremos (a excepción del daño presente o futuro, ya que sin su acreditación no habrá interés en la acción), ni es necesario que invoque copulativamente el art. 3º (no se requiere un doble reproche o una doble calificación), aunque puede hacerlo, si desea²¹. Asimismo, puede invocar el art. 3º de manera subsidiaria a la petición principal de calificación conforme al art. 4º²².

5. Requisitos establecidos en el art. 3º para calificar una conducta como desleal

Del tenor literal del art. 3º puede desprenderse la exigencia de los siguientes requisitos para la configuración de una conducta como constitutiva de competencia desleal:

5.1. Que exista una conducta

Puede advertirse que la ley utiliza las expresiones acto (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º y 10) y conducta (arts. 2º, 3º, 4º y 10). Aunque dicha nomenclatura fue objeto de alguna discusión en los trámites legislativos²³, del texto definitivo se desprende que el legislador utiliza ambas expresiones de manera alternativa, por lo que no se visualiza una profundidad conceptual que permita hacer distinciones entre acto y conducta en su articulado.

²⁰ En contra, Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 5).

²¹ La jurisprudencia de los tribunales superiores da cuenta de casos en que la conducta ha sido calificada de desleal tanto en base al art. 3º como en base a alguno de los tipos específicos del art. 4º. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 10).

²² Ver CONTRERAS (2012), p. 105, para quien el art. 3º tiene carácter residual o subsidiario para las conductas no comprendidas en el art. 4º; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3112-2012, 16 de diciembre de 2013 (considerando N° 12). En España el carácter residual de la cláusula general ha sido entendido en el sentido de que ésta debe aplicarse sólo en los casos en que la conducta denunciada no se encuadre en alguno de los tipos especiales. En este sentido, MARTÍNEZ (2009), pp. 65-67; MASSAGUER (1999), pp. 152-153; TATO y otros (2010), pp. 70-72. En Chile la Corte Suprema ha seguido ocasionalmente este criterio en la sentencia rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 4, donde afirma que el art. 3º se aplica cuando no exista un tipo específico de deslealtad, aunque luego en el considerando N° 10 califica una misma conducta en base al art. 3º y al art. 4º letra f, simultáneamente). Por su parte, BERNET (2014), pp. 457-458, opina que las conductas descritas en el art. 4º deben ser analizadas en función de su respectiva tipificación, sin que pueda recurrirse de forma subsidiaria al art. 3º, el que tendría sólo un rol interpretativo respecto de las conductas expresamente descritas en el art. 4º.

²³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), pp. 93 y 150.

Sin perjuicio de lo anterior, prefiero la expresión “conducta”, por ser más amplia y comprensiva tanto de una acción como de una omisión²⁴, es decir, ausencia de una actuación necesaria para no perjudicar ilícitamente a un adversario de mercado. Aunque una conducta desleal por omisión será de más rara ocurrencia en la práctica, no debe descartarse su eventual configuración.

5.2. Que la conducta sea contraria a la buena fe o a las buenas costumbres

Para calificar una conducta como desleal, el juez debe dar por probada la contrariedad de aquélla con alguno de los dos elementos que alternativamente menciona el art. 3°: buena fe o buenas costumbres²⁵.

A fin de proporcionar mayor claridad, se analizarán por separado los dos elementos utilizados por el legislador, para luego finalizar con algunos aspectos comunes a ambos.

5.2.1. La buena fe

En el campo del Derecho Privado se han atribuido varias funciones a la buena fe²⁶, de las cuales estimo que en el art. 3° están presentes a lo menos dos:

A) Por una parte, la buena fe está indisolublemente ligada al elemento subjetivo de la responsabilidad civil, en el sentido de que un proceder doloso se opone a una actuación de buena fe²⁷. Según se dirá posteriormente, la calificación de una conducta como desleal supone un actuar doloso (o al menos gravemente culposo). Pues bien, quien despliega una actuación dolosa con la finalidad de desviar clientela de un competidor, evidentemente está observando una conducta contraria a la buena fe, ya que no es ésta la forma en que se espera que los agentes compitan en el mercado. Esta vinculación entre elemento

²⁴ En el sentido de considerar incluidas las omisiones se pronuncian BERNET (2014), p. 426; CONTRERAS (2012), p. 104; y en el Derecho español, entre otros, EMPERANZA (2009), p. 30 y MASSAGUER (1999), p. 120.

²⁵ A nivel comparado se puede apreciar que las regulaciones utilizan elementos tan amplios como los mencionados para establecer su tipo genérico de competencia desleal. Así, y como se ha visto anteriormente, la ley española utiliza también el concepto de “buena fe”; la ley colombiana utiliza los estándares de “costumbres mercantiles”, “buena fe comercial” y “usos honestos en materia industrial o comercial”, y el Convenio de París utiliza como estándar “los usos honestos en materia industrial o comercial”. En el mismo sentido puede mencionarse el art. 2.598 del Código Civil italiano, que utiliza como estándar el atentado contra “el principio de la corrección profesional”.

²⁶ WIEACKER (1982), pp. 49 y ss.

²⁷ BANFI (2013), p. 222; BANFI (2012), pp. 174 y ss.; BARROS (2006), p. 160; GUZMÁN (2002), p. 23; TAPIA (2008), p. 185; TAPIA (2007), p. 89; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 6).

subjetivo intencional y actuación contraria a la buena fe quedó manifestada durante la discusión legislativa del art. 3²⁸.

B) Por otra parte, la buena fe constituye un concepto abierto, indeterminado, que el legislador utiliza como medio técnico para otorgar un cierto grado de libertad o margen de apreciación al juez a la hora de aplicar la descripción legal del art. 3° a la conducta específica sometida a su conocimiento (*officium iudicis*)²⁹.

En el marco de esta segunda función de la buena fe se ha discutido desde antiguo su calificación como subjetiva u objetiva.

La concepción subjetiva o psicológica de la buena fe concibe ésta como la conciencia o convicción del individuo en cuanto a estar actuando rectamente o, en sentido negativo, la ignorancia de estar actuando de forma poco recta. Ahora bien, como esta doctrina concibe la buena fe como un elemento subjetivo (convicción o ignorancia), se otorga al sujeto la posibilidad de ser excusado si logra acreditar que su conducta incorrecta se debió a un error de hecho. Es decir, se admite la posibilidad de que el sujeto haya creído legítimamente estar actuando correctamente, o haya ignorado legítimamente estar actuando incorrectamente, a causa de un error de hecho³⁰.

Por su parte, la concepción objetiva de la buena fe concibe ésta como la actuación conforme a un paradigma o modelo de conducta, que generalmente se describe como la que en un grupo social determinado se estima como una conducta recta. Como puede apreciarse, bajo esta concepción de buena fe el juez no necesita calificar la convicción o ignorancia que concurre en el sujeto, sino comparar la conducta observada por éste con aquella que debe exigirse a los que actúan en el medio social correspondiente³¹.

Por otra parte, existe una tendencia unificadora de la buena fe, que entiende que ésta es una sola. Sin embargo, no hay acuerdo acerca del énfasis (objetivo o

²⁸ Al discutirse en Comisión durante el segundo trámite constitucional una indicación al art. 3°, referida a los elementos que se incluirían para calificar una conducta como desleal, los autores de dicha indicación 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 de Chile (2007), p. 156.

²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 8; CONTRERAS (2012), p. 152; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3112-2012, 16 de diciembre de 2013 (considerando N° 5); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 12).

³⁰ El ejemplo típico de la concepción subjetiva de la buena fe se encuentra en el art. 706 inc. 1 del Código Civil, que la define como una “conciencia”.

³¹ El ejemplo generalmente citado para esta concepción de buena fe es el art. 1546 del Código Civil. Puede citarse también el art. 16 letra g) de la ley N° 19.496.

subjetivo) que debe dársele. Así, hay quienes entienden que el concepto unitario de la buena fe se asemeja al objetivo³², mientras que otros, por el contrario, entienden que dicho concepto unitario se asemeja al subjetivo³³. De esta manera, al final de cuentas, quedamos en lo mismo, pues, aunque se entienda la buena fe como concepto unitario, siguen existiendo dos concepciones (objetiva y subjetiva) con pretensiones de ser inclusiva de la otra.

Esta discusión se ha trasladado a la interpretación del art. 3. Así, hay quienes entienden la buena fe, en este ámbito específico, como un requisito de carácter subjetivo³⁴, mientras que otros lo entienden como un requisito de carácter objetivo³⁵. Estimo que es este último sentido el que debe darse al requisito en análisis, en base a argumentos históricos³⁶, a los que se puede agregar uno de texto: La norma exige que se trate de una conducta "*contraria a la buena fe*" (lo que parece dar un sentido objetivo al requisito, como una conducta *contraria* a las exigencias que en el mercado deben ser tenidas por leales y rectas), y no que el agente "*actúe de buena fe*" (lo que daría a entender una actuación conforme a la convicción del sujeto).

Adoptada la concepción objetiva de la buena fe, queda por determinar cuál es el modelo de conducta con el cual el juez debe comparar la actuación del demandado para calificar esta última como ajustada o contraria a la buena fe. Este es un ejercicio del todo necesario si se tiene en cuenta que en la práctica los tribunales no suelen aplicar un estándar más o menos estable, sino que (seguramente por la imposibilidad de recurrir a elementos estadísticos que determinen la conducta socialmente aceptada como recta en el ámbito de mercado específico que se esté juzgando) terminan reduciendo el análisis a dos

³² GUZMÁN (2002), pp. 21 y ss.

³³ PEÑAILILLO (2003), p. 52; PEÑAILILLO (2006), p. 354.

³⁴ BARROS (2007), p. 60.

³⁵ BERNET (2014), pp. 440-447; CONTRERAS (2012), pp. 154 y ss.; TAPIA (2008), p. 184; TAPIA (2007), p. 88; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerandos N°s. 7, 11 y 12).

³⁶ BERNET (2014), p. 440 y CONTRERAS (2012), pp. 154-155, señalan como fundamento a la adopción de la concepción objetiva que el concepto de buena fe del art. 3° tiene su antecedente en la ley española, y ésta, a su vez, en la ley suiza para establecer el carácter objetivo de la buena fe en la ley española de competencia desleal, ya que su propio texto da cuenta de ello. Así, el art. 4.1 de la ley 3/1991 (que mantuvo la redacción del art. 5 anterior a la reforma de 2009) exige expresamente que el comportamiento resulte "*objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*" (el subrayado es mío). Por otra parte, la doctrina española ha entendido que esta cláusula general se conecta con la noción tradicional de buena fe objetiva del art. 7 del Código Civil español. En este último sentido ver MARTÍNEZ (2009), p. 61; MASSAGUER (1999), p. 148.

pasos: A) dar por probada una determinada conducta; B) calificarla sin mayor argumentación como contraria (o ajustada) a la buena fe³⁷.

A fin de proporcionar una pauta de modelo de conducta exigible en el ámbito de la competencia desleal debemos partir de la base que el art. 3º tiene como destinatarios a los agentes económicos que participan en el mercado. De allí que el estándar deba fijarse en función del ámbito social específico en que se desenvuelven dichos destinatarios, es decir, en el contexto de la actividad concurrencial³⁸.

Dentro de dicho ámbito, la doctrina y jurisprudencia nacionales han visto como parámetro de conducta el comportamiento que debe observar el empresario leal, honesto o decente, estableciendo de este modo la existencia de un “deber general de corrección” de los competidores³⁹.

Sin embargo, creo que puede llegar a concretarse aún más el modelo de comportamiento exigible a los competidores. Así, la doctrina española (digna de ser consultada ya que la ley de dicho país, que sirvió de fuente a la nuestra⁴⁰, tiene una cláusula general que gira precisamente en torno al concepto de buena fe objetiva) ha entendido que la cláusula general de competencia

³⁷ Ver al efecto Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2341-2013, 15 de mayo de 2014 (considerando N° 4), donde para calificar como desleales los actos de competencia realizados por una extrabajadora de la demandante, se lee que “*todos estos antecedentes evidencian claramente que la demandada ejecutaba actos que, además de encontrarse de manera expresa prohibidos en su contrato, eran incompatibles con las funciones que prestaba para la demandante, importando ciertamente la posibilidad de desviar negocios, en perjuicio de la demandante, faltando a la buena fe y al respeto de las más elementales normas de la ética que debía mantener a partir de lo convenido con su empleador*” (el subrayado es mío). También resulta ilustrativa (aunque no se haya aplicado la ley N° 20.169, sino el D.L. N° 211) la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° 97-2006, 8 de enero de 2009, confirmada por la Corte Suprema, rol N° 1470-2009, 21 de julio de 2009, donde se lee que “*la conducta de las demandadas consistente en amedrentar y amenazar a los clientes de un competidor con la confiscación de los productos que hubieren adquirido o adquieran de RCH, constituye una práctica que por sí sola está reñida con la buena fe y, particularmente, con una sana rivalidad*” (el subrayado es mío). Ver también Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12).

³⁸ Debe destacarse en este punto que la jurisprudencia nacional ha señalado con frecuencia que la buena fe (al igual que las buenas costumbres) debe ser analizada “*en el ámbito de los mercados y, por tanto, desde un punto de vista económico.*” En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 6); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5181-2009, 12 de julio de 2010 (considerando 4). También destaca este aspecto CONTRERAS (2012), p. 160.

³⁹ CONTRERAS (2012), p. 156; Corte Suprema, rol N° 23.680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 5, donde se toma como estándar a las “*creencias ético-valorativas imperantes en el sector comercial de que se trate*”); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014, (considerando N° 11).

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 8.

desleal incorpora la denominada “*competencia en base a mérito o eficiencia de las propias prestaciones*”, la que, desde un punto de vista positivo, exige a los operadores económicos buscar el éxito en el mercado exclusivamente en base a las prestaciones ofrecidas al público (lo que implica ofrecer la mejor y más atractiva combinación de producto o servicio, calidad, precio, condiciones de contratación y publicidad) y, desde el punto de vista negativo, exige abstenerse de desarrollar una competencia que tienda a restringir la libertad de decisión del consumidor, a obstaculizar al competidor, a aprovecharse del esfuerzo ajeno o a apropiarse ilegítimamente de las prestaciones de un tercero⁴¹. Este criterio es completamente extrapolable a nuestro ordenamiento, tanto así que la Corte Suprema lo ha sostenido en alguna ocasión⁴².

Llevado este parámetro de conducta a la realidad jurídica creada por nuestro art. 3° podemos concluir que, desde un punto de vista positivo, observa una conducta ajustada a la buena fe el empresario que capta clientela en base al mérito o eficiencia de las prestaciones que ofrece; y que, desde un punto de vista negativo, observa una conducta contraria a la buena fe (es decir, cumple con el requisito exigido por el art. 3° para calificar su conducta como desleal) el empresario que persigue desviar clientela ajena en base a estrategias o tácticas extrañas a su propio mérito y eficiencia y, por tanto, abusivas y reñidas con el ordenamiento jurídico (obstaculización, ridiculización o descrédito del competidor; confusión de productos o servicios propios con los del competidor; estrategias de publicidad inductivas de error en los consumidores, etc.), lo que en el marco del art. 3° se traduce en el empleo de medios ilegítimos para competir⁴³. Puede observarse desde ya (sin perjuicio de lo que se dirá en

⁴¹ MARTÍNEZ (2009), p. 62; MASSAGUER (1999), p. 154; TATO y otros, (2010), pp. 76-80.

⁴² Corte Suprema, rol N° 8.120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11), donde se lee que “*este tipo de competencia se fundamenta en el esfuerzo de los operadores económicos para conseguir una ventaja mediante la obtención de un mejor posicionamiento que permita atraer clientela, sin caer en prácticas abusivas o manipulando las condiciones y elementos organizativos de la actividad económica, vulnerando la buena fe o las buenas costumbres*”.

⁴³ Ver Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11), especialmente la transcripción hecha en la nota anterior, donde se expresa que vulnera la buena fe el operador que cae en “*prácticas abusivas o manipulando las condiciones y elementos organizativos de la actividad económica*”, alusión que debe entenderse hecha a los medios ilegítimos para competir; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 868-2009, 13 de enero de 2010 (considerando 5, mantenido por la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, rol N° 2428-2010, 17 de agosto de 2012) y Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 4) en las que se expresa que “*lo que sí exige (la ley) es la corrección de los procedimientos (mención que hace referencia a los medios ilegítimos para competir), la ejecución de modo honesto, veraz, de buena fe, de la actividad de esta clase, sin aprovechamientos”; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12), donde se lee que “*resulta evidente que esa conducta se aparta del estándar de un hombre honesto al emplear mecanismos ilegítimos con el**

el punto 5.3), que el elemento “buena fe” establece el parámetro de conducta con que se espera que los agentes de mercado compitan en él, mientras que el elemento “medios ilegítimos” fija el límite (que consiste en la utilización de tales medios) con que la ley estima que el agente ha dejado de observar el parámetro de conducta, debiendo calificar el juez su actuación como desleal (en concurrencia de los demás requisitos, obviamente).

5.2.2. Las buenas costumbres

El Código Civil utiliza la noción de buenas costumbres en el ámbito del acto jurídico⁴⁴. Sin embargo, el legislador ha decidido recurrir a este concepto en otros ámbitos, como sucede con el art. 3º de la ley N° 20.169.

Tratándose, al igual que la buena fe, de un concepto indeterminado, hay discusión en cuanto a su contenido. Así, hay quienes entienden las buenas costumbres como un concepto íntimamente ligado a la moral⁴⁵, mientras que otros dan preeminencia al elemento sociológico, es decir, a los comportamientos aceptados como correctos por la generalidad de la sociedad⁴⁶. Es esta última concepción la que tiende a prevalecer en el campo específico de la competencia desleal⁴⁷, tendencia con la que concuerdo, ya que la noción de buenas costumbres constituye un límite a la libertad de actuación que aparece asociado a la buena conducta o al buen proceder de las personas en sociedad⁴⁸.

objeto preciso de desviar clientela de un agente del mercado distrayéndola en su beneficio”; Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 112-2013, 6 de mayo de 2014 (considerando N° 6), donde se expresa que los medios ilegítimos “deben ser extremos y opuestos a la buena fe comercial, ya que la normativa legal en referencia no está destinada a evitar o sancionar la competencia agresiva y rigurosa para los agentes del mercado” (las aclaración entre paréntesis y los subrayados son míos).

⁴⁴ Ver art. 1461, en materia de requisitos del objeto de los actos jurídicos; art. 1467 en materia de causa de los mismos; art. 1475 (con repercusión en el art. 1070) en materia de condiciones y art. 1717, en materia de capitulaciones matrimoniales.

⁴⁵ FONTAINE (1945), p. 71, quien define las buenas costumbres como el “conjunto de reglas morales indispensables para garantizar el orden público, estén o no traducidas en leyes escritas”. Esta noción de las buenas costumbres nos lleva a la discusión de si la moral debe o no tener injerencia en materia jurídica y, en caso afirmativo, el concepto de moral que se deba adoptar. En este punto el autor citado estima que la moral a que está ligado el concepto de buenas costumbres es la denominada moral natural o cristiana.

⁴⁶ ALESSANDRI y otros (1998), p. 65, que definen las buenas costumbres como los “comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta”.

⁴⁷ CONTRERAS (2012), pp. 157-158; BARROS (2006), pp. 1047-1048; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerandos N°s. 5 y 7); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12).

⁴⁸ Así se hizo constar en la discusión del art. 3º en Comisión durante el segundo trámite constitucional, donde se dejó constancia que la noción de buenas costumbres constituye un límite a la actuación

En consecuencia, siendo el juez el llamado a calificar la conducta denunciada como contraria (o ajustada) a las buenas costumbres, debe aquél compararla con el comportamiento que socialmente se considere como correcto en el mercado⁴⁹. Ahora bien, al intentar concretar el estándar de conducta que debe aceptarse como correcto, la doctrina y la jurisprudencia atienden a conceptos como la corrección y la honestidad en la competencia⁵⁰, o la noción de empresario correcto y decente⁵¹, que han sido objeto de crítica por su excesiva amplitud⁵². Por ello es que, en base a las mismas razones dadas para la buena fe, estimo que en el marco del artículo 3° el comportamiento contrario a las buenas costumbres es el del empresario que compite en base a medios ilegítimos⁵³, es decir, que sobrepasa el límite establecido por la norma y capta clientela en base a estrategias y tácticas que no dicen relación con la eficiencia del producto o servicio que ofrece.

de las personas que en la experiencia comparada ha tendido a centrarse en el control de las malas prácticas comerciales. Ver al efecto Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 156. En el mismo sentido, TAPIA (2008), p. 184; TAPIA (2007), p. 88; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 5).

⁴⁹ Al igual que en el caso de la buena fe, puede observarse que (al ser imposible acudir a elementos estadísticos para establecer lo socialmente aceptado como correcto en el caso concreto que es objeto de juzgamiento) en la práctica los tribunales tienden a calificar, sin más, una conducta como contraria (o ajustada) a las buenas costumbres, sin mayor fundamento y sin determinar el estándar con el que comparan la actuación del demandado para llegar a esa conclusión, o bien estableciendo el estándar que el mismo tribunal considera apropiado. En este sentido, ver, por ejemplo, Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 7), donde la Corte establece una “regla de conducta básica” en el mercado de artículos de lujo (no realizar actos que puedan lesionar la imagen de exclusividad del producto), regla que habría infringido el demandado al efectuar ventas en bodega con fuertes rebajas, lo que el Tribunal califica como una “*práctica comercial que transgrede el estándar de las buenas costumbres en ese mercado*”. Sin embargo, no parece que la existencia de esa “regla de conducta básica” haya sido objeto de debate o prueba en el juicio, sino que parece más bien una inducción que el Tribunal hace a partir de las afirmaciones del demandante y de la propia experiencia.

⁵⁰ CONTRERAS (2012), pp. 157-158.

⁵¹ BARROS (2006), pp. 1047-1048; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 5).

⁵² TAPIA (2008), p. 185; TAPIA (2007), p. 89, para quien “*es aconsejable evitar conceptos morales generales de difícil concreción jurídica, como la noción de ‘honestidad’, o que tienen una connotación más bien corporativista (como las ‘prácticas’ de los comerciantes), que no necesariamente incluyen un estándar de buena conducta comercial*”.

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12), donde se lee que “*acreditada la existencia de una actividad concreta de la demandada en perjuicio de la actividad legítima del actor –operar con una estrategia de publicidad atentatoria de la buena fe o buenas costumbres de un mercado de estructura competitiva– resulta evidente que esa conducta se aparta del estándar de un hombre honesto al emplear mecanismos ilegítimos con el objeto preciso de desviar clientela de un agente del mercado distrayéndola en su beneficio” (el subrayado es mío).*

Por último, creo necesario aclarar que el concepto de “buenas costumbres” que utiliza el art. 3º no debe identificarse ni confundirse con el de costumbre mercantil⁵⁴⁻⁵⁵. El concepto de “buenas costumbres” cumple una función que nada tiene que ver con la costumbre (tomada la palabra en su acepción de Derecho consuetudinario), que es una fuente de Derecho⁵⁶. Por lo demás, con esta errónea asimilación se llegaría al resultado de que una conducta antijurídica o ilícita no podría ser calificada de desleal (pasaría a estar amparada por el ordenamiento), por el hecho de ser observada con cierta regularidad en el mercado, lo que crearía un incentivo perverso. Incluso es discutible el calificativo de costumbre, ya que ésta supone la licitud de la conducta. Como consecuencia de lo anterior, ninguna de las normas aplicables a la costumbre-fuente formal (por ejemplo, art. 92 del Código Civil y arts. 4º a 6º del Código de Comercio) es aplicable al concepto de buenas costumbres. Así, por ejemplo, para afirmar que una determinada conducta es ajustada o contraria a las buenas costumbres en materia comercial no es requisito que sea probada de acuerdo al art. 5º del Código de Comercio.

5.2.3. Apreciaciones comunes a la buena fe y las buenas costumbres

En el marco de la discusión en Comisión durante el segundo trámite constitucional se discutió mucho sobre los elementos que se incorporarían en el art. 3º para calificar una conducta como desleal⁵⁷. Sin embargo, el texto definitivo

⁵⁴ Así parecen hacerlo BARROS (2007), p. 61, y Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 4).

⁵⁵ Así se desprende de la discusión en Comisión durante el segundo trámite constitucional del proyecto de ley. En medio del análisis del art. 3º, el senador Vásquez manifestó su preocupación por el concepto de “buenas costumbres comerciales” que incluía la indicación en estudio, *“atendido que la costumbre comercial es un término definido en el Código de Comercio, y respecto del cual el legislador señaló expresamente los medios para probarla”*. Al respecto, el profesor Mauricio Tapia precisó que *“si bien la costumbre mercantil se define en el Código de Comercio, el término empleado en el artículo 3º, esto es, buenas costumbres comerciales, hace referencia más bien a las buenas costumbres que contempla la legislación civil, como límite a la autonomía de la voluntad y los actos jurídicos, agregando el adjetivo ‘comercial’ para explicitar que no apunta a la moral privada del S. XIX, sino al ámbito de los negocios”*. Luego, durante la discusión, se modificó la expresión “buenas costumbres comerciales” por “buenos usos o costumbres en materia comercial”, acordándose finalmente la expresión “buenas costumbres”. Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), pp. 155-158.

⁵⁶ FONTAINE (1945), p. 18.

⁵⁷ En este punto el Senador Orpis manifestó su preocupación por el hecho de que *“algunos autores estiman que el concepto de ‘buenas costumbres’ no tiene una interpretación sistemática y homogénea a través del tiempo, y planteó que podría existir mayor certeza si se utiliza el concepto de buena fe”*, a lo que el profesor Enrique Barros replicó que *“se prefirió no hablar de ‘buena fe’, pues se trata de un concepto que se ha desarrollado básicamente en el ámbito de la doctrina del contrato. El concepto de buenas costumbres, en cambio, si bien está en el ámbito del contrato, tiene un valor expansivo”*.

exigió la presencia de alguno de los dos elementos analizados en forma alternativa, aunque es obvio que ambos pueden concurrir copulativamente⁵⁸. En este punto es posible discutir si la presencia de uno de ellos implica necesariamente la del otro⁵⁹.

Por otro lado, puede apreciarse que los conceptos de buena fe y buenas costumbres son indeterminados y cambiantes, 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 obsolescencia⁶⁰.

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 manera normal o habitual en que se supone que actúan las personas en sociedad. En base a ello podemos extraer las siguientes consecuencias:

A) La regla general será que el desvío de clientela 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 competidores⁶¹ (competencia leal, aun cuando sea fuerte, o incluso ruda⁶²). Ello a menos que el actor que se pretende víctima de competencia desleal pruebe que el desvío de su clientela

Finalmente la Comisión estimó que ambas expresiones recogían adecuadamente el espíritu de la norma, por lo que se aprobó por unanimidad la indicación que aprobó el art. 3° como lo conocemos. Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 158.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12).

⁵⁹ Ver CONTRERAS (2012), pp. 156 y 160, para quien un acto contrario a las buenas costumbres puede no violar las exigencias de la buena fe, pero un acto contrario a la buena fe siempre infringirá las buenas costumbres.

⁶⁰ 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 de Chile (2007), p. 8. En el mismo sentido, Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 12).

⁶¹ Ver Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 112-2013, 6 de mayo de 2014 (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.

⁶² No obstante, la doctrina (SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ (2011), p. 198; GONZÁLEZ (2007), p. 23; MENCHACA (2007), p. 38) 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.

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;

B) Constituyendo una excepción la actuación contraria a la buena fe o a las buenas costumbres, las normas que tipifican la competencia desleal deben ser interpretadas restrictivamente⁶³.

C) Como puede desprenderse de las dos conclusiones anteriores, la actividad probatoria que debe desplegar el demandante es bastante pesada, en primer lugar, porque el agente desleal intentará no dejar pruebas de su ardid; y en segundo lugar, porque el antedicho demandante debe destruir las presunciones anotadas.

5.3. Que el agente haya empleado medios ilegítimos

Se ha 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 medios⁶⁴. Para sustentar esta posición se han dado argumentos de lógica⁶⁵, de texto⁶⁶ y de historia de la ley (a lo que me referiré a continuación). No obstante lo anterior, cabe señalar que en varios casos los Tribunales han analizado este requisito de forma separada al de la buena fe y/o buenas costumbres⁶⁷.

En lo que respecta a la historia de la ley, cabe señalar que la referencia a los medios ilegítimos no venía en la moción ni fue objeto de preocupación en el primer trámite constitucional. Fue en las discusiones de Comisión durante

⁶³ MENCHACA (2007), p. 32.

⁶⁴ BANFI (2013), p. 235; CONTRERAS (2012), pp. 161 y ss.; GONZÁLEZ (2007), p. 19; MENCHACA (2007), p. 39; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4155-2010, 23 de julio de 2012 (considerando N° 4). En contra, BERNET (2014), p. 440, para quien la exigencia de medios ilegítimos no es superflua, sino una constatación de la directriz objetiva elegida por el legislador para controlar la deslealtad de un comportamiento.

⁶⁵ Se sostiene que todo acto contrario a la buena fe o las buenas costumbres, para poder materializar su propósito de desviar la clientela ajena, deberá emplear medios ilegítimos, y que, en sentido inverso, no puede existir un acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres mercantiles que se valga de medios legítimos para desviar la clientela de un agente de mercado, ya que lo contrario supondría permitir que un acto reprochable se materialice a través de medios virtuosos, lo que repugna a la lógica y al Derecho. En este sentido, CONTRERAS (2012), pp. 100 y 162; GONZÁLEZ (2007), p. 19.

⁶⁶ CONTRERAS (2012), p. 162, sostiene la innecesaridad de consagrar este requisito en el art. 3° desde que el art. 4° contiene un catálogo no taxativo de medios ilegítimos para competir.

⁶⁷ Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerandos N°s. 5, 7 y 8); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 4); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 6); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5181-2009, 12 de julio de 2010 (considerandos N°s. 4 y 7), confirmada por la Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012, que también hace un análisis separado en el considerando N° 13; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 868-2009, 13 de enero de 2010 (considerando N° 8, mantenido por la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, rol N° 2428-2010, 17 de agosto de 2012).

el segundo trámite constitucional que se planteó por expertos invitados la necesidad de incorporar los medios ilegítimos en la definición, con la finalidad de incluir elementos objetivos que le añadieran precisión, evitando que fuera demasiado general o subjetiva⁶⁸, lo que dio origen a una indicación que incluía este requisito⁶⁹ cuyos autores fundaron en *“la conveniencia de efectuar alguna referencia que oriente a los jueces en el sentido de que la competencia desleal no puede ser un instrumento que entrase la competencia fuerte, pero legítima. La competencia dura es perfectamente legítima e incluso estimulada en el derecho nacional. Por esto, parece adecuado conservar una referencia al propósito del acto de competencia desleal objeto de represión, esto es, desviar ilícitamente la clientela de terceros. Aunque la vulneración de las buenas costumbres mercantiles⁷⁰ envuelve una referencia a la ilicitud, podría hacerse una reiteración de esta idea para excluir la hipótesis de que la ley contra la competencia desleal pueda ser usada para fines contrarios a la competencia lícita”⁷¹ (los subrayados son míos)⁷². De lo anterior 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.*

Así entendido, el requisito de utilización de medios ilegítimos cobra total sentido para quienes entienden la ilicitud o antijuridicidad como un elemento independiente de la responsabilidad civil, distinto del elemento subjetivo (dolo o culpa)⁷³.

Por el contrario, para quienes estiman que la ilicitud o antijuridicidad no es un elemento independiente, sino que un requisito confundido con el elemento subjetivo⁷⁴, la mención a los medios ilegítimos en el art. 3° resulta claramente redundante. Ello, pues el elemento subjetivo que exige el art. 3° (dolo o culpa

⁶⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 94.

⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 141.

⁷⁰ Hasta ese momento de la discusión el art. 3° contenía como elementos a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y la práctica honesta en materia industrial o comercial. La indicación proponía dejar sólo las buenas costumbres comerciales. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), pp. 155-158.

⁷¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 156.

⁷² Asimismo, el Senador Orpis señaló que *“el énfasis debiera estar puesto en la prohibición de utilizar ‘medios ilegítimos’ para desviar clientela, que serán objeto de prueba, más que en un concepto subjetivo”* como el de buenas costumbres comerciales, idea que no prosperó, ya que en definitiva se mantuvieron ambos requisitos (utilización de medios ilegítimos y actuación contraria a la buena fe o a las buenas costumbres). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2007), p. 157.

⁷³ CORRAL (2013 a), pp. 111-112; RODRÍGUEZ (2002), pp. 129-145.

⁷⁴ Esta es la posición mayoritaria en la doctrina chilena. Ver, por todos, BARROS (2006), pp. 96-97, quien define la antijuridicidad como el hecho culpable que causa daño.

grave, según se verá), que envolvería a la ilicitud, estaría ya contenido en el requisito anteriormente analizado (actuación contraria a la buena fe o las buenas costumbres). En este sentido, se sostiene que la antijuridicidad consistiría en este caso en la infracción del deber de corrección comercial consagrado en el art. 3º, infracción que (como sucede con toda infracción de un deber de cuidado establecido en la ley) es por sí sola un acto culpable⁷⁵ y, por tanto, ilícito⁷⁶. En base a todo lo anterior es que se ha entendido que el elemento central de la descripción legal de conducta desleal está constituido por la actuación contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres, y se reduzca la función de los medios ilegítimos a ser sólo una exteriorización o materialización de dicha actuación⁷⁷.

Por mi parte, comparto la apreciación de que la utilización de medios ilegítimos va generalmente unida a una actuación de mala fe y al dolo o culpa grave, pero creo que la función de los medios ilegítimos en el art. 3º no es tan reducida como se ha entendido. Por el contrario, estimo que este requisito es central en la descripción legal del acto de competencia desleal.

Como se vio, la incorporación de los medios ilegítimos en el art. 3º parece haber obedecido al deseo del legislador de poner de manifiesto el requisito de *ilicitud* de la conducta para que pueda ser calificada de desleal. A lo anterior se agregó expresamente 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. 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 del competidor, pero por medios legítimos⁷⁸. Lo que no pueden hacer es desviar *ilícitamente* (por medios ilegítimos) la clientela del competidor⁷⁹, 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.

⁷⁵ Entendiendo la culpa, en sentido amplio, como la infracción de un deber de cuidado general (ex arts. 2314 y 2329 del Código Civil) o especial, como en este caso.

⁷⁶ BANFI (2013), p. 235.

⁷⁷ CONTRERAS (2012), pp. 101 y 162.

⁷⁸ MENCHACA (2007), p. 39.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 112-2013, 6 de mayo de 2014 (considerando N° 6).

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 competencia⁸⁰, si es que en su ejecución no se emplearon medios ilegítimos⁸¹. 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 competitiva⁸², siempre que no traspase el antedicho límite de la utilización de medios ilegítimos, abusando de la libertad de competir.

Como puede apreciarse, el art. 3° requiere la concurrencia de varios requisitos, de los que emerge como fundamental la utilización de medios ilegítimos con la finalidad de desviar la clientela de un competidor. Este es el elemento que define la competencia desleal y que marca el límite entre la competencia tolerada por el ordenamiento jurídico de la que es rechazada por éste. Lo anterior tiene gran importancia práctica en juicio, ya que el demandante deberá dirigir sus esfuerzos argumentativos y probatorios a acreditar la utilización de medios ilegítimos por parte del demandado para desviar su clientela. Si logra probar ese elemento, quedará manifiesta su actuación contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres, ya que no es la forma en que se espera que los agentes de mercado compitan en él⁸³.

En resumen, la inclusión del requisito de los medios ilegítimos 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.

⁸⁰ Ver BARROS (2006), 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.

⁸¹ BARROS (2006), pp. 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).

⁸² En este sentido, BANFI (2013), 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 (2006), p. 162; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 4).

⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 12).

Finalmente queda por resolver cuándo un medio para competir es ilegítimo. Al efecto, estimo que un medio puede calificarse como ilegítimo cuando su utilización sea contraria al ordenamiento jurídico⁸⁴, y lo será cuando haya sido proscrito expresamente por la ley, o cuando, no estando expresamente prohibido, su utilización con la finalidad de desviar clientela ajena constituya un ejercicio abusivo de la libertad de competir.

Como puede advertirse, un medio será ilegítimo, en primer lugar, cuando su utilización esté vedada expresamente por la ley⁸⁵. En este punto adquiere gran importancia el art. 4º de la Ley de Competencia Desleal, que establece un catálogo no taxativo de los medios ilegítimos que el legislador consideró de mayor frecuencia en la práctica. A ello debemos agregar la posibilidad de que otras normas prohíban un determinado medio para competir. De esta manera, si la conducta desplegada por el demandante calza con el tipo legal de alguna de las letras del art. 4º (o de alguna otra norma legal), dicho medio se tendrá por ilegítimo⁸⁶. En este caso la carga probatoria y persuasiva del demandante es alivianada por el legislador, ya que sólo necesita probar la utilización del medio tipificado (así como el daño presente o futuro, ya que sin éste no hay interés en la acción), y no requiere alegar su antijuridicidad, ya que ésta viene dada por la ley.

Si, en cambio, se reprocha como ilegítimo algún medio que no esté expresamente descrito en el art. 4º o en alguna otra norma legal, el juez deberá establecer su legitimidad o ilegitimidad atendiendo a si la utilización de dicho medio para desviar la clientela del competidor afectado implica o no un abuso de la libertad de competir. Ello, pues la utilización de medios ilegítimos implica

⁸⁴ La contrariedad al ordenamiento jurídico es lo que otorga antijuridicidad a una conducta. Ver CORRAL (2013 a), p. 111; RODRÍGUEZ (2002), p. 131. En el ámbito específico de la competencia desleal, ver Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 12); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 7), según las que el acto de competencia desleal requiere *“el uso de medios ilegítimos en el desvío de la competencia (es de presumir que el sentenciador quiso decir “desvío de la clientela”), lo que conlleva la utilización de medios reñidos con el ordenamiento jurídico”* (la aclaración entre paréntesis y el subrayado son míos).

⁸⁵ Ver Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 4), en la que se enumera entre los elementos exigidos en el art. 3º *“los medios ilegítimos, o ilícitos según las leyes vigentes como mecanismo de desviación de clientela, definidas como aquellas conductas que tienen como finalidad atraer consumidores de otros competidores por medios ilícitos, ya sea mediante engaño, imitación, confusión u otra conducta indebida”* (el subrayado es mío).

⁸⁶ Ver CORRAL (2013 a), pp. 112-117, para quien los casos de “ilícitos civiles típicos” (entre los que menciona precisamente los de la ley N° 20.169) cumplen la función de servir como indicios de antijuridicidad de la conducta, indicio que deberá desacreditar el demandado a través de la prueba de una causal de justificación.

un abuso o ejercicio antijurídico del derecho subjetivo que la Constitución y las leyes reconocen a los agentes de mercado para competir y desarrollar una actividad económica⁸⁷.

Como es sabido, los derechos subjetivos reconocen límites definidos por el derecho ajeno (en este caso, la libertad de concurrencia de los demás agentes de mercado) o por las normas de derecho objetivo que le son aplicables⁸⁸. En nuestro caso, el fundamento último del derecho a ejercer una actividad económica emana del art. 19 N° 21 de la Constitución Política, por lo que las pautas para dotar de contenido tal derecho deben hallarse en “las exigencias políticas y, sobre todo, normativas que la constitución económica liga a la competencia: respeto por el contenido mínimo de la libertad de empresa –libertad de acceso y salida del mercado, libertad de determinación de las condiciones de organización y desarrollo de la actividad económica en el mercado, de los oferentes y de los demandantes, incluidos especialmente los consumidores– y omisión de conductas que supriman, restrinjan o falseen la dimensión organizadora y ordenadora de la competencia”⁸⁹. Sin embargo, aun cuando el derecho se ejerza formalmente dentro de los límites que impone la norma que los reconoce (denominados límites externos), aquél puede ser ejercido de forma excesiva o anormal (es decir, excediendo sus límites internos), sea con la intención de dañar, sea violentando los estándares mínimos de conducta de respeto a los demás⁹⁰. En este último sentido la noción de ilegitimidad de los medios para competir debe ser puesta en relación con el parámetro de conducta que hemos reconocido respecto de la buena fe⁹¹ en el art. 3°: la “competencia en base a mérito o eficiencia de las propias prestaciones”. De esta forma, el ejercicio excesivo o anormal (y, por tanto, contrario al ordenamiento jurídico) del derecho a desarrollar la actividad concurrencial se verificará cuando los medios utilizados por el demandado para captar clientela consistan en *estrategias o tácticas*

⁸⁷ En este punto debe tenerse presente que la competencia desleal ha sido calificada como un supuesto especial de aplicación de la doctrina del abuso de derechos subjetivos. En este sentido, BANFI (2014), p. 40; BANFI (2013), pp. 120, 132, 151 y 191; BARROS (2006), p. 644, aunque antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.169, encuadrando los actos de competencia desleal como un tipo de abuso en el ejercicio de un derecho potestativo; BERNET (2014), p. 444; CONTRERAS (2012), p. 34; MASSAGUER (1999), p. 147; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 2); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5181-2009, 12 de julio de 2010 (considerando N° 2).

⁸⁸ BARROS (2006), p. 620.

⁸⁹ MASSAGUER (1999), p. 154. Un planteamiento similar ha seguido en Chile BERNET (2014), pp. 446-447.

⁹⁰ BARROS (2006), pp. 626-627.

⁹¹ BARROS (2006), pp. 628-630.

*extrañas al propio mérito y eficiencia*⁹², debiendo en este caso calificar el juez tales medios como ilegítimos y, en consecuencia, la actuación del demandado como contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres.

De lo dicho puede apreciarse que existe una retroalimentación entre el requisito de actuación contraria a la buena fe y/o buenas costumbres y el de utilización de medios ilegítimos, ya que mientras el primero fija el modelo de conducta con que se espera que los agentes de mercado compitan en él, el segundo establece la forma concreta (utilización de medios ilegítimos) con que la ley considera desbordado dicho modelo de conducta, configurándose este último requisito como el límite traspasado el cual la conducta se considera legalmente desleal. Así, recapitulando, la “utilización de medios ilegítimos” pasa a constituir el límite impuesto por la ley para distinguir una competencia legítima de una competencia desleal, así como el elemento objetivo que en la práctica servirá al demandante para acreditar el requisito de actuación contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres.

Por último, en este punto cabe hacer notar que en aquellos casos en que se trate de calificar de ilegítimo un medio que no esté expresamente prohibido por

⁹² Ver Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11), donde se expresa que “*este tipo de competencia se fundamenta en el esfuerzo de los operadores económicos para conseguir una ventaja mediante la obtención de un mejor posicionamiento que permita atraer clientela, sin caer en prácticas abusivas o manipulando las condiciones y elementos organizativos de la actividad económica, vulnerando la buena fe o las buenas costumbres*” (prácticas y manipulaciones que constituyen medios ilegítimos para competir); Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 112-2013, 6 de mayo de 2014 (considerando N° 4), donde se lee que “*lo que esta ley quiere es evitar que entre aquellos que disputan un mismo mercado, unos mismos clientes, compitan por su preferencia en base a las reglas que determinan la sana competencia en los mercados, esencialmente a través de las adecuadas políticas de mercadeo de productos y servicios y no a través de herramientas ajenas a ello, que constituyen los actos de competencia desleal*” (en rigor, dichas herramientas ajenas a las adecuadas políticas de mercadeo son los medios ilegítimos); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6256-2012, 13 de marzo de 2014 (considerando N° 12), donde se expresa que la ley N° 20.169 busca “*evitar que la sana competencia en los mercados, derive en actos de exceso de competencia en donde el incremento de cuotas de participación en el mercado, no provenga exclusivamente de las estrategias de segmentación, diferenciación o posicionamiento de productos o de servicios, sino que de actos que busquen, por otras vías diversas, el traspaso de clientes de un competidor a otro*” (dichas “otras vías” son los medios ilegítimos para competir). Los subrayados y las aclaraciones entre paréntesis son míos. En aplicación de lo anterior, ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 11), donde se calificó como conducta desleal (en rigor, como medio ilegítimo para competir) la estrategia de marketing consistente en disponer de promotores en el acceso del establecimiento del competidor, que acosaban a los potenciales clientes de éste e incentivaban a contratar con el agente desleal mediante información falsa o tergiversada; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2341-2013, 15 de mayo de 2014 (considerando N° 4), donde el medio ilegítimo empleado por la demandada consistió en utilizar la base de datos de su empleador, contactar a los clientes de éste y ofrecerles el mismo servicio por cuenta propia, a pesar de que tenía contractualmente prohibido ejercer el mismo giro que su empleador.

la ley, la carga probatoria y persuasiva del demandante es más pesada que en el supuesto de tipificación legal del medio, ya que si bien en términos generales lo que es objeto de prueba es la utilización del medio ilegítimo, mas no su antijuridicidad⁹³, estimo que (aparte de probar todos los extremos fácticos del medio utilizado por el demandado) es necesario un esfuerzo argumentativo del demandante dirigido a convencer al juez en cuanto a que la utilización de tal medio constituye un ejercicio abusivo de la libertad de competir, y la medida en que la utilización del medio ilegítimo probado sobrepasa el límite de dicha libertad. Ello, pues, considerando que la deslealtad de una conducta competitiva es la excepción, la mera prueba del medio utilizado (sin una debida fundamentación de su antijuridicidad) puede dejar al juez (que no tendrá conocimiento técnico sobre los medios utilizados para competir en el ámbito específico de que se trate) sin herramientas para calificar el medio como ilegítimo, llevando al fracaso de la acción interpuesta. No se trata, pues, de una prueba de la antijuridicidad del medio utilizado, sino de un esfuerzo argumentativo para dejar patente tal antijuridicidad.

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

Este requisito apunta a dos elementos de la responsabilidad civil que han suscitado discrepancias en relación con su exigibilidad (o inexigibilidad) en el campo específico de la competencia desleal: El daño (constituido por el desvío de la clientela) y el elemento subjetivo (al que se hace referencia cuando el art. 3° exige que el agente *persiga* el desvío de la clientela del rival).

5.4.1. El daño

Hay quienes entienden que la conducta desleal supone la existencia de un daño⁹⁴, que en este caso está constituido por el desvío de la clientela⁹⁵. Sin embargo, otro sector de la doctrina ha calificado los actos de competencia desleal

⁹³ Ver CORRAL (2013 a), p. 131, quien expresa que la ilicitud misma no amerita prueba, por tratarse de un juicio de Derecho que corresponde al juzgador; y que lo que sí requiere de prueba es el comportamiento que se tacha de injusto (en este caso, la utilización del medio que se califica como ilegítimo).

⁹⁴ BANFI (2013), pp. 22 y 150; Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11).

⁹⁵ TAPIA (2008), p. 183; TAPIA (2007), p. 87; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 3); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 5); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 7334-2013, 29 de julio de 2014 (considerando N° 6); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 12); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4155-2010, 23 de julio de 2012 (considerando N° 3); Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5181-2009, 12 de julio de 2010 (considerando N° 4).

como “ilícitos de peligro”, en el entendido que no requerirían 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)⁹⁶.

La tesis que propugna la calificación de “ilícito de peligro” pareciera tener asidero a la luz de algunas normas de la ley N° 20.169 (arts. 3°⁹⁷, 5° letra a⁹⁸ y 6°⁹⁹) y de algunos ejemplos de Derecho extranjero¹⁰⁰. 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 daño. Asimismo, los arts. 5° letra a) y 6° inc. 1 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,

⁹⁶ BERNET (2014), pp. 452-454; CONTRERAS (2012), pp. 99 y 166; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 4). La doctrina española también se pronuncia en este sentido (TATO *et al.*, (2010), p. 69; MASSAGUER (1999), pp. 149 y 151), pero debe destacarse que el fundamento para concluir en el ilícito de peligro radica en que el juicio de deslealtad en la cláusula general de la ley 3/1991 no se hace depender del efecto causado por la conducta desleal, sino sólo de su objetiva contrariedad a la buena fe. Ello constituye una importante diferencia con la ley chilena, que expresamente requiere que el acto persiga el desvío de la clientela del tercero perjudicado. Ello nos lleva a la conclusión de que la doctrina española no puede servir de fundamento en este punto, ya que razona sobre una base positiva distinta a la nuestra.

⁹⁷ El art. 3° exige que el acto desleal “*persiga desviar clientela*”, y no que efectivamente la desvíe. En este sentido, BERNET (2014), p. 453.

⁹⁸ El art. 5° letra a) permite ejercer una “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 (2014), p. 453, aunque con referencia a todas las acciones contempladas en las letras a) a c).

⁹⁹ El inc. 1 del art. 6° otorga legitimación activa al que resulte “*amenazado*” por un acto de competencia desleal, lo que supondría la inexistencia de daño. Asimismo el inc. 2 del mismo artículo contempla la posibilidad de que el daño haya sido ya reparado en un juicio anterior, de lo que se desprende que en el juicio actual no se requeriría daño. Por último, pareciera no exigirse daño cuando el inc. 3 del art. 6° legitima a las asociaciones gremiales para interponer en interés de sus miembros lesionados las acciones de cesación, prohibición, declaración y remoción, ya que tales asociaciones (que actuarán como demandantes) no han sufrido ningún daño producto de la conducta desleal.

¹⁰⁰ Ver el 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*”.

contingente, como se verá a continuación¹⁰¹. Por su parte, el art. 6° inc. 2 está diseñado para aquellos casos en que (de acuerdo al art. 2°) una misma conducta pueda ser sancionada conforme a otro cuerpo legal y, además, conforme a la ley N° 20.169, caso en el que, si el demandado ya fue condenado a indemnizar perjuicios conforme a dicho otro cuerpo legal, no puede ser condenado nuevamente a indemnizar perjuicios conforme a la ley N° 20.169¹⁰², lo que en ningún caso excluye la necesidad de acreditar daño al momento de calificar la conducta como desleal, ya que lo único que el art. 6° inc. 2 está impidiendo es dar lugar a la indemnización de perjuicios (contemplada en el art. 5° letra d), pero nada obsta a que el afectado ejerza las acciones del art. 5° letras a, b y c, que presuponen la acreditación de la existencia de una conducta desleal que cumpla con los requisitos del art. 3°, entre los que se encuentra el daño presente o futuro (el que la conducta haya sido sancionada anteriormente conforme a otra ley no exime de la acreditación de los requisitos del art. 3°). Finalmente, el art. 6° inc. 3 exige el elemento daño al señalar que la acción debe ser interpuesta por la asociación gremial “en interés” de sus miembros, interés que deriva del hecho de haber sido tales miembros “lesionados” por un acto de competencia desleal¹⁰³.

¹⁰¹ POBLETE (2007), pp. 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 que el art. 5° letra b) permite el ejercicio de la acción declarativa si la “perturbación” creada por el acto desleal subsiste, expresión que hace referencia al interés en la acción, que se concreta en la existencia de un daño presente, futuro o contingente. Por último, la acción del art. 5° letra c) está destinada a remover los “efectos” del acto, expresión que también hace referencia al daño.

¹⁰² En este sentido es que el profesor Enrique Barros, al justificar la inclusión del inciso que comentamos en el entonces art. 11 del proyecto, señaló que su función consiste en “*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 de Chile (2007), p. 177.

¹⁰³ La legitimación procesal de las asociaciones gremiales tiene por finalidad evitar que conductas desleales queden sin represión por carecer los directamente afectados de medios prácticos para hacer valer sus derechos. En este sentido, TAPIA (2008), p. 189; TAPIA (2007), p. 92. Dicha legitimación no tiene carácter sustantivo, por lo que la asociación gremial no invocará un interés propio derivado del acto desleal (la asociación no es la directamente perjudicada; a lo más, concurrirá en ella el interés de defender los intereses de sus asociados, en virtud del que el art. 6° inc. 2 la legitima para actuar), sino que debe invocar el interés del asociado representado, interés que se concreta en la existencia de un daño presente, futuro o contingente, como se expresa en el cuerpo de este trabajo. Por ello es que el art. 6° inc. 3 señala expresamente que el interés del asociado representado deriva del hecho de haber sido “*lesionado por un acto de competencia desleal*”, alusión clara a la exigencia de daño. De allí que la norma en análisis no pueda ser tomada como argumento a favor de la calificación del ilícito desleal como “de peligro”, ya que sólo establece una legitimación de carácter procesal y utilitaria, haciendo excepción al inc. 1 del art. 6° sólo en el sentido de que el daño que debe invocar el

En definitiva, creo que los competidores no quedan habilitados para ejercer las acciones que contempla la ley N° 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 cosas¹⁰⁴), o al menos la existencia de un daño contingente¹⁰⁵.

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, 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 N° 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).

Por otra parte, vale la pena destacar la correspondencia existente entre la terminología que emplea el art. 6° inc. 1 (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 consiste en la lesión a un *interés legítimo* de la víctima¹⁰⁶, lo que viene a confirmar la necesidad de daño en el ilícito concurrential.

demandante (la asociación gremial) no es el propio, sino el del asociado representado en cuyo interés la ley le autoriza a actuar.

¹⁰⁴ ALESSANDRI (2005), p. 156; BARROS (2006), p. 237; CORRAL (2013 a), p. 136; DIEZ (1997), pp. 56-57 y 66; RODRÍGUEZ (2002), p. 265.

¹⁰⁵ La noción de daño contingente ha sido desarrollada a propósito del art. 2333 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 (2006), 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 (2013 a), p. 409).

¹⁰⁶ ALESSANDRI (2005), pp. 153-156; BARROS (2006), pp. 219-226; CORRAL (2013 a), pp. 133-134; DIEZ (1997), pp. 25 y 48 y ss.; RODRÍGUEZ (2002), pp. 259-260.

Por último, es necesario insistir en que no basta la sola existencia del daño específico que requiere la ley (desvío de la clientela) para que se haya configurado un supuesto de competencia desleal (no siempre que se desvíe la clientela ajena hay competencia desleal, ya que este daño es una consecuencia que la actividad competitiva lleva consigo), sino que es necesaria la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el art. 3°.

5.4.2. El elemento subjetivo

Hay quienes entienden que las conductas descritas en la ley suponen la existencia de un elemento subjetivo, que en este caso estaría constituido por el dolo¹⁰⁷ (directo o eventual) del agente desleal. Por el contrario, hay quienes consideran las conductas constitutivas de competencia desleal como ilícitos objetivos, por lo que no se exigiría al actor probar la existencia de dolo ni de culpa (salvo en el caso de la acción de indemnización de perjuicios¹⁰⁸), 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)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ BANFI (2013), pp. 132, 152, 189 y ss., 213 y ss.; BANFI (2012), pp. 179 y ss.; BARROS (2006), pp. 163 y 1049; REVECO y PADILLA (2014), p. 361; TAPIA (2008), p. 185; TAPIA (2007), p. 89; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerando N° 6). Así parece haberse 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 de Chile (2007), p. 156.

¹⁰⁸ Los seguidores de esta tesis estiman que los requisitos de la acción de indemnización de perjuicios del art. 5° letra d) pueden satisfacerse con dolo o culpa. Ver BERNET (2014), p. 452; CONTRERAS (2012), p. 175.

¹⁰⁹ BERNET (2014), pp. 434 y ss.; CONTRERAS (2012), pp. 34 y ss. y 99 y 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 (2013), pp. 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); Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 4, aunque reconoce que el elemento subjetivo comúnmente estará presente al producirse la conducta desleal, y en el considerando N° 7 establece en el caso concreto “*la existencia de un elemento subjetivo en los demandados –ánimo de desviar la clientela–*”). 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*”. Asimismo, es digno de hacer presente que en Francia, donde la competencia desleal se persigue en base a las normas generales de la responsabilidad extracontractual, los tribunales han

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 culpa¹¹⁰. 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 competidores¹¹¹. Asimismo, cabe destacar que los seguidores nacionales de la tesis objetiva del ilícito concursal suelen sustentar sus comentarios en el cercano seguimiento de la doctrina española, que si bien se pronuncia en este sentido, lo hace sobre una base positiva claramente distinta a la chilena. En efecto, la doctrina de aquel país ha fundado el carácter objetivo del ilícito en que su cláusula general establece como *único requisito* que la conducta sea “*objetivamente* contraria a las exigencias de la buena fe”¹¹² a lo que se puede agregar que 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. Ninguno de estos sustentos positivos se encuentra en nuestro art. 3° que no menciona expresamente la objetividad del ilícito, sino que, por el contrario, exige expresamente que la conducta *persiga* el desvío de la clientela del rival. Por lo demás, no debe confundirse la apreciación objetiva de la buena fe con el carácter objetivo (o subjetivo) del ilícito, que la doctrina que critico parece entender como una sola cosa.

De la misma manera resulta inaplicable en este campo un sistema de responsabilidad fundado en la culpa negligente¹¹³, ya que los competidores no tienen un deber de no dañarse culpablemente, pues, como se ha dicho, la actividad competitiva supone causar daños al adversario¹¹⁴.

interpretado el elemento subjetivo de este tipo de responsabilidad con alguna laxitud, llegando a no exigirlo en determinados supuestos como los actos de confusión. Ver al efecto BOUSCANT (2003), p. 648.

¹¹⁰ ALESSANDRI (2005), p. 69; BARROS (2006), pp. 445 y ss.; CORRAL (2013 a), pp. 84-87 y 214 y ss.

¹¹¹ BANFI (2014), p. 42; BANFI (2013), pp. 213 y ss.; BARROS (2006), pp. 161-163.

¹¹² MARTÍNEZ (2009), p. 63; MASSAGUER (1999), pp. 147 y 150; TATO y otros (2010), pp. 69 y 354.

¹¹³ BARROS (2006), p. 1049.

¹¹⁴ BANFI (2014), p. 40; BANFI (2013), p. 237.

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 vio)¹¹⁵, supondría abrir las puertas a una litigiosidad excesiva y en muchos casos irresponsable, ya que cualquiera podría demandar por cualquier cosa¹¹⁶.

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, b y 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)¹¹⁷. 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).

¹¹⁵ BANFI (2013), pp. 12 y 237; BARROS (2006), pp. 162 y 1048.

¹¹⁶ 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 de Chile (2007), p. 156.

¹¹⁷ BANFI (2014), p. 41; BANFI (2013), p. 227; BANFI (2012), pp. 181 y ss.; BARROS (2006), pp. 160 y 161.

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 de forma indirecta), sino una negligencia o imprudencia grosera, apreciada conforme al estándar legal (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)¹¹⁸.

5.5. Finalidad concurrencial

Algunos de los ordenamientos que sirvieron de fuente a la ley N° 20.169 exigen expresamente que la conducta que se pretende calificar como desleal tenga fines concurrenciales¹¹⁹, dando lugar a definiciones bastante amplias por parte de la doctrina¹²⁰, que muchas veces pueden llevar a extender considerablemente el ámbito de aplicación de la respectiva ley de competencia desleal. Sin embargo, creo que la finalidad concurrencial no puede analizarse a la luz de legislaciones extranjeras que en este punto tienen una orientación diversa de la chilena. Los conceptos de finalidad concurrencial antes transcritos tienen sentido en el ámbito de sus respectivas reglamentaciones, pero no siempre se adaptan al resto de la normativa de nuestra ley de competencia desleal¹²¹.

¹¹⁸ BANFI (2013), p. 224; BANFI (2012), pp. 183 y ss.; BARROS (2006), p. 161.

¹¹⁹ Ver el art. 2 de la ley española 3/1991, 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...”*.

¹²⁰ Ver EMPARANZA (2009), p. 33, quien expresa que la finalidad concurrencial está presente en las manifestaciones del obrar humano cuya función económico-social típica sea la de influir en las decisiones de producción y consumo ajenas. Ver también MASSAGUER (1999), p. 122, para quien posee finalidad concurrencial toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (sea la propia o la de un tercero) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en él. Para más antecedentes sobre la finalidad concurrencial en el Derecho español, ver EMPARANZA (2009), pp. 32 y ss.; DOMÍNGUEZ (2005), pp. 1355-1367; MASSAGUER (1999), pp. 122-126; RUBÍ (2014).

¹²¹ Por ejemplo, las opiniones en el Derecho español se hacen sobre la base del art. 2 de la ley 3/1991, cuyo apartado 1 exige como requisito que el acto *“se realice en el mercado y con fines concurrenciales”*, disponiendo el apartado 2 que *“se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o las de un tercero”*. Asimismo, el art. 3.2 de la misma ley dispone que *“la aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”*. Sobre esa base de Derecho objetivo es razonable que la doctrina haya construido un concepto amplio de finalidad

Por otro lado, cabe observar que la ley chilena no exigió expresamente este requisito como lo hicieron sus fuentes¹²², por lo que en el marco de nuestra Ley de Competencia Desleal, la finalidad concurrencial, más que constituir un requisito que pueda extraerse del texto del art. 3º, creo que es un presupuesto para su aplicación. 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 otras palabras, sólo se puede hablar de competencia desleal cuando, como presupuesto, hay una relación de competencia entre el autor del daño y su víctima¹²³ (y la conducta

concurrencial, como los transcritos, concepto que puede no ser apropiado en nuestro ordenamiento, que no establece normas en este sentido. En base a lo anterior es que puede resultar peligroso en este punto específico basar el análisis en las opiniones elaboradas por la doctrina española, ya que ésta razona sobre una base positiva distinta a la nuestra.

¹²² No obstante, BERNET (2014), p. 427, ve el requisito inmerso en la exigencia de que la conducta persiga “desviar clientela de un agente de mercado”.

¹²³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerandos N°s. 4 y 9); Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 547-2014, 16 de abril de 2015 (considerandos N°s. 2 y 3); Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 112-2013, 6 de mayo de 2014 (considerandos N°s. 3 y 4); Corte de Apelaciones de Chillán, rol N° 63-2011, 29 de junio de 2012 (considerando N° 4); Corte Suprema, rol N° 8120-2010, 7 de diciembre de 2012 (considerando N° 11). En el mismo sentido, ver Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6256-2012, 13 de marzo de 2014 (considerando N° 12), donde se expresa que lo que pretende evitar la ley N° 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 sí 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, consiguiendo 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°s. 24 a 27).

En contra de la postura aquí defendida, BERNET (2014), pp. 427-430, donde expone su concepción de finalidad concurrencial en el ordenamiento chileno, y pp. 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 (2012), p. 185; REVECO Y PADILLA (2014), pp. 358-359; Corte Suprema, rol N° 23680-2014, 25 de noviembre de 2015 (considerando N° 4, aunque luego en el considerando N° 6 destaca que las partes del juicio se desenvuelven en un mismo mercado específico con características especiales, como es el de cosmética y perfumería). Asimismo cabe hacer presente que en ordenamientos como el francés (en el que la competencia desleal se ha desarrollado jurisprudencialmente a partir de las normas generales de responsabilidad aquiliana, y no a partir de una ley de competencia desleal, lo que otorga más espacio que en nuestro ordenamiento para la interpretación y creación jurisprudencial), aun cuando en aplicación del art. 1382 del Código Civil se exige, en principio, una relación de competencia, se ha tendido a ampliar el rango de acción de los principios de la competencia desleal a campos en que la víctima no es necesariamente competidora directa del agente. Ello ha sucedido, por ejemplo, con las actividades competitivas parasitarias. Ver al efecto HENNING-BODEWIG (2006), p. 123.

desleal se ejecuta en el marco de dicha competencia, sea directamente o a través de terceros¹²⁴), o bien cuando no siendo competidores, el agente desleal se coloca en dicha posición para desviar la clientela de la víctima¹²⁵.

Esta concepción de finalidad concurrencial viene a limitar el campo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, en el sentido de que no todo desvío de clientela puede ser sancionado o reparado por medio de dicha ley, sino sólo aquel que sea producto del ejercicio de la actividad competitiva en el mercado¹²⁶. Piénsese, por ejemplo, en una investigación académica poco rigurosa que analiza productos del sector alimentario, cuyos resultados son difundidos, sin más, por un medio de comunicación específico. Si alguna de las empresas investigadas pierde clientela debido a los malos resultados obtenidos en el muestreo (debido, por ejemplo, a graves errores metodológicos en la investigación y a una descuidada calificación editorial que permitió la difusión masiva de la

¹²⁴ 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, como se verá más adelante.

¹²⁵ Ver Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2341-2013, 15 de mayo de 2014, 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, rol N° 6256-2012, 13 de marzo de 2014 (considerandos N°s. 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, la primera 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 (2014), pp. 355-363.

¹²⁶ La concepción propuesta es más restringida que las expuestas anteriormente. Estas últimas conciben la finalidad concurrencial como la aptitud o idoneidad de la conducta para influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado, o para desviar la clientela de la víctima. Sin embargo, puede apreciarse que esta idea amplia de la finalidad concurrencial extiende el campo de aplicación de las normas represoras de la competencia desleal a ámbitos donde su aplicación puede resultar injustificada. En efecto, si una conducta se efectúa fuera de una relación de competencia, con un fin diverso al de competir en un mismo mercado, y es apta para desviar la clientela de un tercero no competidor (o la desvía efectivamente), ¿tiene sentido aplicarle las normas de la ley de competencia desleal? ¿no es más apropiado en este caso perseguir la reparación por medio de las normas generales de la responsabilidad extracontractual? Por otro lado, ¿para qué otra cosa (sino para competir) podría estar interesado un agente de mercado en desviar la clientela de otro? Estas interrogantes, más la constatación de que quienes defienden las concepciones más amplias de la finalidad concurrencial, igualmente terminan razonando sobre la base de una relación de competencia, llevan a adoptar en nuestro ordenamiento la concepción restringida de finalidad concurrencial que expongo.

investigación), la empresa víctima no podrá, por regla general (a menos que se den las circunstancias que más adelante expongo), accionar invocando las normas de competencia desleal, ya que la conducta cuestionada no fue ejecutada en el marco de la competencia en el mercado alimentario, sino que se trata de una conducta ejecutada para cumplir funciones en un mercado (académico y periodístico) en el que dichas instituciones no concurren con la víctima.

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 funciones socialmente valiosas ejecutadas fuera del ámbito de competencia de la víctima¹²⁷. Así, en el caso que propongo, las entidades académicas podrían ver limitada su actividad investigadora si prevén que sus resultados pudieran causar la pérdida de clientes de las empresas investigadas y, por esa vía, ser acusadas de competencia desleal; o las empresas editoriales restringirían las publicaciones que resulten negativas respecto de otras empresas, 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.

Sin perjuicio de todo lo dicho, se han propuesto algunas pautas orientadoras para los jueces, las que deben ser analizadas a la luz de las particularidades del caso concreto¹²⁸. Así, se ha dicho que la finalidad concurrencial debe presumirse en las conductas que tengan efectos en el mercado¹²⁹, ya que los actos de las empresas tienen, por regla general, una finalidad comercial (difundir sus productos y servicios) y de influencia en las preferencias de los consumidores (captación de clientela), los que constituyen, a su vez, la clientela de los demás agentes de mercado. Asimismo, se ha propuesto que tal presunción debería, en principio, descartarse en ciertos casos. Por ejemplo, cuando el acto proviene de quien no participa en el mercado de bienes y servicios, como las entidades sin fines de lucro, las instituciones académicas, religiosas, o asociaciones de consumidores que no persiguen promover productos o servicios propios o ajenos, sino informar a los consumidores¹³⁰. Claro está que para llegar a esa conclusión se requiere

¹²⁷ EMPERANZA (2009), p. 33.

¹²⁸ BERNET (2014), p. 429.

¹²⁹ Para Chile, ver BERNET (2014), p. 429. Para España, ver EMPERANZA (2009), p. 34; MASSAGUER (1999), p. 124. Debe observarse, en todo caso, que las opiniones en Derecho español son efectuadas a la luz del art. 2 de la ley N° 3/1991, ya transcrito.

¹³⁰ BERNET (2014), p. 430; EMPERANZA (2009), p. 36; MASSAGUER (1999), p. 125. Ver al efecto la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 3 de febrero de 2005 (RJ/2005/1458), comentada, entre otros, por DOMÍNGUEZ (2005) y RUBÍ (2005).

que las circunstancias de hecho no revelen un aprovechamiento concurrencial propio o ajeno, directo o indirecto, por parte de la institución (por ejemplo, al estar vinculada de alguna forma con algún agente de mercado concurrente)¹³¹. Para ello deberá considerarse no sólo el objeto que dichas instituciones tengan de acuerdo a sus estatutos, sino más bien la actividad que efectivamente desarrollan o han desarrollado en el mercado, así como las eventuales vinculaciones jurídicas o económicas con empresas concurrentes con la víctima.

Por otro lado, se ha propugnado la ausencia de finalidad concurrencial cuando la conducta del agente está amparada por alguna causa de justificación (siempre que no exista pluralidad de causas), como sería el ejercicio de un derecho fundamental¹³², como el derecho a ejercer la labor informativa por parte de los medios de comunicación¹³³.

Por último, en este punto cabe mencionar que los supuestos contemplados en las letras h) e i) del art. 4º pudieran hacer sugerir una excepción al presupuesto de finalidad concurrencial. Sin embargo, tal posibilidad debe ser descartada. En efecto, y no obstante que la ubicación y una lectura superficial de ambas normas pudiere sugerir un alcance general, es dable concluir a partir de su tenor literal, de la finalidad de la ley que las incorporó¹³⁴, así como de su historia legislativa¹³⁵, que las conductas descritas fueron incorporadas para reprimir los abusos de empresas de mayor tamaño que contratan con proveedores de menor tamaño (que según el artículo segundo de la ley Nº 20.416 están constituidas por las micro, pequeñas y medianas empresas), especialmente en el ámbito del sector que hoy se denomina *retail*. Como puede advertirse, en las conductas descritas no hay finalidad concurrencial¹³⁶, ya que el abuso no se da entre competidores, sino entre intervinientes de distintas etapas de la cadena comercial¹³⁷. Asimismo puede observarse que en los supuestos fácticos de ambas normas, la empresa de

¹³¹ MASSAGUER (1999), p. 125; RUBÍ (2005), p. 5, quien plantea la existencia de signos objetivos que pueden hacer matizar la inexistencia de fin concurrencial respecto de las publicaciones hechas por parte de una cooperativa de consumidores ligada a una marca de supermercados.

¹³² RUBÍ (2005), p. 6.

¹³³ BERNET (2014), p. 430; EMPARANZA (2009), p. 35; MASSAGUER (1999), p. 125.

¹³⁴ Ver Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), pp. 4-41.

¹³⁵ Ver Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), pp. 247, 251, 441, 443, 519, 603, 604, 605, 633 y 636.

¹³⁶ No obstante, y como se advirtió anteriormente, aun cuando en los casos señalados no existe en principio finalidad concurrencial, podría llegar a haberla en caso de que el demandado se pusiere en la posición de competidor de la víctima.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, rol Nº 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando Nº 6).

mayor tamaño no persigue desviar la clientela del proveedor, ya que ella misma constituye la clientela de la víctima. Lo que de hecho describen ambas normas son situaciones en que la empresa de mayor tamaño utiliza su envergadura económica para observar conductas abusivas, o para imponer al proveedor condiciones contractuales abusivas, o para no cumplir las obligaciones contraídas con el proveedor de menor tamaño. Por ello, y aunque la intención del legislador pueda haber sido loable¹³⁸, es técnicamente errónea, ya que se injertaron de manera impropia en la ley N° 20.169 conductas que no son constitutivas de competencia desleal¹³⁹, con la finalidad de hacerles aplicables sus disposiciones, finalidad que ni siquiera logró concretar, provocando, por el contrario, un concurso de normas que aplican para regular y sancionar dichas conductas¹⁴⁰.

¹³⁸ El jefe de la División Jurídica del Ministerio de Economía señaló que la inclusión de las letras h) e i) en la ley N° 20.169 tenía por objeto “*facilitar los procedimientos conforme a la normativa de la ley de competencia desleal*” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), p. 442). Asimismo, el Senador García señaló que el objeto de dicha inclusión era que la empresa de menor tamaño “*pueda demandar el pago del monto de los perjuicios que deriven del incumplimiento cometido, de acuerdo a las normas generales*” (lo que, creo, no justifica su injerto en la ley N° 20.169), por lo que “*las empresas de menor tamaño, particularmente las mipymes, podrán disponer de canales que permitan impedir los abusos y hacer justicia frente a los atropellos en que lamentablemente incurren muchas veces las grandes empresas cuando sus proveedores son empresas de menor tamaño*”. (*Ibidem*, pp. 603 y 604) (el comentario entre paréntesis es mío).

¹³⁹ Ver CORRAL (2013 a), p. 333, quien critica la inserción de las letras h) e i) ya que “*desvían el concepto general de acto de competencia desleal*”; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 252-2015, 30 de junio de 2015 (considerando N° 6). Esta situación fue advertida durante la discusión de la ley. Así, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Economía señaló que se trataba de “*conductas de competencia desleal impropia de carácter vertical respecto de proveedores*” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), p. 441). Por su parte, el Senador Vásquez hizo notar lo poco coherente de incorporar estas normas en la ley N° 20.169, por regular ésta conflictos horizontales de competencia, entre pares (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), p. 249). Finalmente, el Instituto Libertad y Desarrollo advirtió que la ley N° 20.169 no regula directamente los actos o contratos entre dos o más partes (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010), p. 444).

En contra de la postura antes señalada, REVECO Y PADILLA (2014), pp. 358-359, concuerdan en que las letras h) e i) del art. 4° regulan conductas entre agentes no competidores, pero concluyen que ello, junto con lo dispuesto en los arts. 1° y 3°, ponen de manifiesto que el acto de competencia desleal, en la forma que ha sido regulado por el legislador, es el que busca en esencia desviar ilícitamente la clientela de terceros (no sólo de competidores). En el mismo sentido, BERNET (2014), p. 423, quien utiliza las normas en estudio como argumento para sustentar la posición de que no es necesaria la existencia de una relación de competencia para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

¹⁴⁰ En efecto, hoy en día las mencionadas conductas de las letras h) e i) del art. 4° resultan reguladas y sancionadas por varios cuerpos normativos: régimen común de responsabilidad civil, ley N° 20.169, D.L. N° 211, e incluso la ley N° 19.496, en lo que la ley N° 20.416 la hizo aplicable –también de manera impropia– a las micro y pequeñas empresas. En este último sentido CORRAL (2013 a), p. 333, critica la inserción de las letras h) e i), ya que “*produce incertidumbre sobre la aplicación del resto de la normativa de la ley N° 20.169, por la remisión que se hace a la ley N° 19.496, de Derechos del Consumidor*”.

III. Conclusiones

1. Dentro del marco constitucional y legal que nos rige, los agentes de mercado tienen libertad para determinar la forma en que competirán, planificando e implementando las estrategias que libremente determinen. El ordenamiento jurídico sólo establece límites, dentro de los cuales rige la mencionada libertad, y fuera de los cuales la ley establece medidas reparatorias para los agentes de mercado afectados, así como sanciones para el infractor.

Entre los cuerpos legales que fijan límites al desarrollo de la actividad concurrencial se encuentra la Ley N° 20.169, de Competencia Desleal. Dicha ley tiene como finalidad proteger los intereses privados de los competidores, estableciendo como límite a la competencia el desvío ilícito (por medios ilegítimos, en los términos que utiliza el art. 3°) de la clientela ajena. En este sentido, un medio puede calificarse de ilegítimo cuando su utilización sea contraria al ordenamiento jurídico, y lo será cuando haya sido proscrito expresamente por la ley, o cuando, no estando expresamente prohibido, su utilización con la finalidad de desviar clientela constituya un ejercicio abusivo de la libertad de competir, es decir, consista en *estrategias o tácticas extrañas al propio mérito y eficiencia* del agente desleal.

Sobre esa base, la ley describe de manera genérica en el art. 3° las conductas que sobrepasen el antedicho límite, calificándolas como desleales, para luego tipificar en el art. 4° los medios ilegítimos de mayor frecuencia en la práctica.

2. La ley N° 20.169 regula la materia en la lógica de la responsabilidad extracontractual, por lo que las conductas de competencia desleal constituyen ilícitos civiles a los que la ley asocia medidas de reparación en naturaleza y en equivalente (art. 5°). Siendo así, para que una conducta sea calificada como desleal debe reunir los elementos generales de la responsabilidad extracontractual, pero el art. 3° de la ley N° 20.169 establece algunas características especiales para algunos de ellos (daño y elemento subjetivo).

3. En cuanto al daño, el art. 3° lo configura de manera especial como el desvío de la clientela de la víctima.

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.

No obstante lo planteado por un sector de la doctrina nacional, el daño es siempre un elemento necesario para calificar una conducta como desleal. Lo particular de la ley N° 20.169 es que, debido a las características propias de

la actividad concurrencial, permite expresamente demandar frente a un daño aún no verificado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para la certidumbre del daño futuro de acuerdo a las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual o, al menos, constituya un daño contingente.

4. En cuanto al elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual, la norma supone una actuación 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 la imputación de responsabilidad en base a culpa negligente (los competidores no están sujetos a un deber ni general ni especial de no dañarse culpablemente; de otra manera, la competencia no sería posible), 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, persiguiendo dañar al rival, sea porque su actuación se dirigió deliberadamente a desviar la clientela del competidor (dolo directo) o porque en aras de conseguir un beneficio económico para sí, conoció y aceptó el daño como una consecuencia de su actuación (dolo eventual).

Una conducta de estas características es contraria a la buena fe y/o las buenas costumbres (concebidos ambos conceptos en base a un criterio objetivo), ya que no es ésta la forma en que se espera que compitan los agentes de mercado, a quienes se exige desarrollar su actividad dentro del límite que fija la norma, es decir, en base a la denominada "*competencia en base a mérito o eficiencia de las propias prestaciones*".

5. Como puede advertirse, el requisito de utilización de medios ilegítimos establecido en el art. 3° no tiene una función tan reducida como ha entendido la doctrina nacional, sino que es central en la calificación de una conducta como desleal. Es este elemento el que define la competencia desleal y que marca el límite entre la competencia tolerada por el ordenamiento jurídico y la proscrita por él, sin perjuicio de su utilidad como elemento objetivo que en juicio servirá al demandante para acreditar la concurrencia del requisito de actuación contraria a la buena fe y/o a las buenas costumbres, que exige el art. 3°.

6. En base a todo lo anterior se desprende que para los efectos de la ley N° 20.169 el daño producido entre competidores debe presumirse lícito y tolerado por el ordenamiento jurídico como una consecuencia del libre desarrollo de la actividad competitiva (como suele decirse, la competencia, aun fuerte y ruda, es tolerada por el ordenamiento), a menos que sea causado traspasando el límite ya referido. Asimismo, las normas que tipifican la competencia desleal deben ser interpretadas de forma restrictiva, por tener carácter excepcional. De esta forma se mantiene el equilibrio entre los intereses del mercado en general y de los competidores en especial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, reimpresión (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2014): "Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 N° 1), pp. 37-58.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2013): *Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado* (Santiago, LegalPublishing).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2012): "Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del *Common Law*", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 19), pp. 165-192.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS IVERSON, Andrea (2007): "Competencia desleal y protección al consumidor", en AA.VV., *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley N° 20.169*, de 2007 (Santiago, Universidad de Los Andes), pp. 57-72.
- BERNET PÁEZ, Manuel (2014): *La presentación comercial en el Derecho de la competencia desleal* (Santiago, LegalPublishing).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2010): "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> [visitado el 11/06/2015].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2007): "Historia de la Ley N° 20.169. Proyecto de ley para regular la competencia desleal". Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258377> [visitado el 23/05/2015].
- BOUSCANT, Rémy (2003): "La protection de l'entreprise contre les actes de confusion", en *Revue Internationale de Droit Comparé* (N° 55-3), pp. 635-650.
- CONTRERAS BLANCO, Óscar (2012): *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Ediciones UC).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013 a): *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Santiago, LegalPublishing).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013 b): "Prólogo", en BANFI DEL RÍO, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado* (Santiago, LegalPublishing), pp. 1-9.

- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (1997): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva (2005): "Comentario a sentencia de 3 de febrero de 2005 (RJ/2005/1458)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (N° 69), pp. 1355-1367.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (2009): "Artículo 2. Ámbito objetivo", en AA.VV., *Comentario práctico a la ley de competencia desleal* (Madrid, Tecnos), pp. 29-38.
- FONTAINE ALDUNATE, Arturo (1945): *De la noción de buenas costumbres en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Universidad Católica de Chile).
- GONZÁLEZ ITURRA, Marco Antonio (2007): "Ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos generales", en AA.VV., *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley N° 20.169, de 2007* (Santiago, Universidad de los Andes), pp. 15-29.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 29, N° 1), pp. 11-23.
- HENNING-BODEWIG, Frauke (2006): *Unfair competition law. European Union and member states* (The Hague, Kluwer Law International).
- JUPPET EWING, María Fernanda (2013): "Competencia desleal. ¿Cuándo optar entre aplicar el Derecho de la libre competencia y la ley N° 20.169?", en *Actualidad Jurídica* (N° 28), pp. 315-334.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2009): "Artículo 5. Cláusula general", en AA.VV., *Comentario práctico a la ley de competencia desleal* (Madrid, Tecnos), pp. 61-77.
- MASSAGUER, José (1999): *Comentario a la ley de competencia desleal* (Madrid, Civitas).
- MENCHACA OLIVARES, Tomás (2007): "Libre competencia y competencia desleal en la ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?", en AA.VV., *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley N° 20.169, de 2007* (Santiago, Universidad de los Andes), pp. 31-39.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (2014): "Anteproyecto de Ley del Código Mercantil". Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html [visitado el 15/05/2015].
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. Resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- POBLETE ITURRATE, Orlando (2007): "El proceso civil de competencia desleal", en AA.VV., *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley N° 20.169*, de 2007 (Santiago, Universidad de los Andes), pp. 95-143.
- REVECO URZÚA, Ricardo y PADILLA PAROT, Ricardo (2014): "La competencia desleal en el contrato de distribución de productos", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 22), pp. 355-363.
- RIVAS SÁNCHEZ, María (2012): *Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena* (Santiago, LegalPublishing).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2002): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RUBÍ PUIG, Antoni (2005): "Competencia desleal y libertad de expresión", en *InDret* (N° 291). Disponible en: http://www.indret.com/pdf/291_es.pdf [visitado el 17/06/2015].
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan (2011): *Instituciones de Derecho Mercantil* (Navarra, Thomsom Reuters).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2008): "La ley N° 20.169 sobre competencia desleal: Una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Universidad Diego Portales (N° 4), pp. 181-190.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2007): "Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el Derecho chileno", en AA.VV., *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la ley N° 20.169*, de 2007 (Santiago, Universidad de los Andes), pp. 85-93.
- TATO PLAZA, ANXO, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian (2010): *La reforma de la ley de competencia desleal* (Madrid, La Ley).
- WIEACKER, FRANZ (1982): *El principio general de la buena fe* (Traducc. José Luis Carro, Madrid, Civitas).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Parfums Christian Dior con Garmont Perfumes S.A. y García Herranz, Fernando* (2015): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, rol N° 23680-2014 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 1/12/2015].
- Maquival Chile Limitada con Konrad Forsttechnick* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 2015, rol N° 252-2015 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 8/7/2015].
- Maquival Chile Limitada con Eserma* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de abril de 2015, rol N° 547-2014 (acción por competencia desleal) en: www.legalpublishing.cl [visitado el 17/6/2015].

- Preuniversitario Pedro de Valdivia con Establecimientos Educacionales La Alameda Limitada* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol N° 7334-2013 (acción por competencia desleal) en: www.legalpublishing.cl [visitado el 21/6/2015].
- Z y P Inversiones y Propiedades SpA con Francia Willms Gianina* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2014, rol N° 2341-2013 (acción por competencia desleal) en: www.legalpublishing.cl [visitado el 21/6/2015].
- Espinoza Lobos, Eleodoro con Exportadora y Comercializadora Cipreses Limitada* (2014): Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 1112-2013 (acción por competencia desleal) en: www.legalpublishing.cl [visitado el 21/6/2015].
- Comercial Hernández Morales Limitada con Johnson Diversey Industrial y Comercial de Chile Limitada* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2014, rol N° 6256-2012 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Isracom con One Smart StarNumber Chile S.A.* (2014): Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol N° 6264-2013 (acción por competencia desleal) en: www.legalpublishing.cl [visitado el 21/6/2015].
- Inversiones Las Marías S.A. con MB Megabrokers Chile S.A.* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2013, rol N° 3112-2012 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Editorial Jurídica de Chile con Editorial LexisNexis Chile Limitada y otro* (2012): Corte Suprema, 7 de diciembre de 2012, rol N° 8120-2010 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Sociedad Imperial Travel & Reps. Limitada con Imperial Tours Limitada* (2012): Corte Suprema, 17 de agosto de 2012, rol N° 2428-2010 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Farmacias Ahumada S.A. con Farmacias Cruz Verde S.A.* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, rol N° 4155-2010 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Consortio Chillán Uno S.A. con Somontur* (2012): Corte de Apelaciones de Chillán, 29 de junio de 2012, rol N° 63-2011 (acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Editorial Jurídica de Chile con Editorial LexisNexis Chile Limitada y otro* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol N° 5181-2009 en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].
- Sociedad Imperial Travel & Reps. Limitada con Imperial Tours Limitada* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, rol N° 868-2009

(acción por competencia desleal) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].

Reebok Chile S.A. con Reebok International Limited y otra (2009): Corte Suprema, 21 de julio de 2009, rol N° 1470-2009 (acción por competencia desleal y abuso de posición dominante) en: www.poderjudicial.cl [visitado el 21/6/2015].

Reebok Chile S.A. con Reebok International Limited y otra (2009a): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de enero de 2009, rol N° 97-2006 (acción por competencia desleal y abuso de posición dominante) en: www.tdlc.cl [visitado el 21/6/2015].

Tribunal Supremo de España, 8 de julio de 2008 (RJ/2008/3350).

Tribunal Supremo de España, 3 de febrero de 2005 (RJ/2005/1458).

Audiencia Provincial de Madrid, España, 25 de mayo de 2006 (AC/2006/1881).

Audiencia Provincial de Madrid, España, 1 de julio de 2004 (JUR/2004/267926).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Chileno de Ética Publicitaria. Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, 7 de mayo de 2013 en: <http://www.conar.cl/codigo-etica/> [visitado el 21/6/2015].

Ley N° 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 2009. España.

Ley N° 20.416, Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

Decreto Legislativo N° 1.044, de 25 de junio de 2008, que Aprueba la ley de represión de la competencia desleal. Diario Oficial, 26 de junio de 2008. Perú.

Ley N° 20.169, Regula la competencia desleal. Diario Oficial, 16 de febrero de 2007.

Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de diciembre de 2006.

Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea, 11 de junio de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973. Diario Oficial, 7 de marzo de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y otros cuerpos legales. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N° 19.596, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N° 256 de 1996, sobre competencia desleal. Diario Oficial, 18 de enero de 1996. Colombia.

Decreto N° 425, promulga el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Diario Oficial, 30 de septiembre de 1991.

Ley N° 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal. Boletín Oficial del Estado, 11 de enero de 1991. España.

Código Civil de Italia.

Código Civil de España.

Código de Comercio de Chile.

Código Civil de Chile.

