

# ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL: CONTINUIDAD Y DIVERGENCIA EN EL DERECHO PRIVADO

## Unjustified Enrichment Through Unfair Competition: Continuity and Divergence in Private Law

ALBERTO BROWN LAVALLE<sup>1</sup>PABLO LETELIER CIBIÉ<sup>2</sup>

Universidad de Edimburgo, Reino Unido

**Resumen**

Este trabajo explora la relación entre el derecho privado y las acciones de competencia desleal, a través del análisis de las principales características de la acción de enriquecimiento injustificado por actos de competencia desleal en el derecho español. Dicho análisis sugiere que las acciones especiales reconocidas por el derecho de competencia desleal protegen intereses económicos que a veces justifican un distanciamiento de las normas prevalentes del derecho privado. Esta conclusión puede tener consecuencias importantes al evaluar los requisitos de las acciones de competencia desleal, especialmente en sistemas jurídicos en que dichas acciones son entendidas primeramente como la vía de tutelar los intereses particulares de los agentes de mercado.

**Palabras clave**

Competencia desleal, enriquecimiento injustificado, regulación de competencia.

**Summary**

This work explores the relationship between private law and unfair competition action, through an analysis of the main characteristics of the doctrine of unjustified enrichment through unfair competition in Spanish law. This analysis suggests that special unfair competition actions protects economic interests that may justify a departure from common private law. This conclusion may have important implications in the assessment of the requirements of unfair competition causes of action, particularly in legal systems where such causes of action are primarily recognized to vindicate the private interests of market actors.

**Keywords**

Unfair competition, unjustified enrichment, competition regulation.

**1. Introducción**

El derecho de competencia desleal reconoce distintas acciones encaminadas a subsanar los efectos de conductas desleales en el mercado. Estas acciones son a veces presentadas como la vía

<sup>1</sup> Doctorando en la Universidad de Edimburgo. Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra ('08). Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York ('13). Miembro del foro de abogados del Ecuador. Correo electrónico: alberto.brown@ed.ac.uk Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=bEQFSegAAAAJ&hl=en>

<sup>2</sup> Doctorando en la Universidad de Edimburgo. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile ('11). Máster en Derecho por la Universidad de Columbia ('16). Instructor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: pablo.letelier@ed.ac.uk Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=VvDm9mCAAAJ&hl=en&oi=ao>



por la cual el ordenamiento jurídico entrega a particulares el control civil de las buenas prácticas competitivas. En algunos sistemas jurídicos, esta circunstancia ha conducido a entender las conductas de competencia desleal exclusivamente como hipótesis de responsabilidad civil que darían lugar a acciones sometidas a reglas enteramente coherentes con el sistema común del derecho privado. Aunque en general esta premisa puede parecer poco problemática, en ocasiones puede conducir a importantes incertidumbres en relación con la determinación de las condiciones de procedencia de las acciones de competencia desleal.

Con el propósito de evaluar hasta qué punto es plausible someter enteramente las acciones de competencia desleal a lógica del derecho común, este trabajo examina una acción que por lo general no ha recibido demasiada atención en ordenamientos jurídicos de América Latina. Se trata de la acción de enriquecimiento injustificado por conductas de competencia desleal. A diferencia de lo que ocurre en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano, la Ley de Competencia Desleal española (LCD)<sup>3</sup> reconoce una acción destinada a reconducir al patrimonio del demandante beneficios obtenidos injustificadamente por el demandado como consecuencia de una conducta desleal. La forma en que esta acción es establecida en la ley podría sugerir que se trata de un simple reconocimiento de la acción que la doctrina civil española conoce como *condictio* de intromisión. Sin embargo, los criterios especiales a los que recurre la jurisprudencia para decidir sobre la procedencia de esta acción demuestran que, en el contexto de beneficios obtenidos como consecuencia de conductas desleales, esta acción obedece a una lógica diferenciada.

El resto de este trabajo se estructura como sigue. La sección 2 aborda la relación entre derecho privado y acciones de competencia desleal, destacando las complicaciones que se siguen de asumir que las acciones de competencia desleal son completamente coherentes con la lógica del derecho común. La sección 3 introduce la acción de enriquecimiento injustificado por actos de competencia desleal contemplada en la LCD, presenta sus principales características e identifica algunos de los criterios que la jurisprudencia ha adoptado para delimitar su ámbito de aplicación. Finalmente, la sección<sup>4</sup> sugiere que las particularidades de la acción de enriquecimiento, en el contexto específico de los beneficios obtenidos como consecuencia de conductas desleales, se explica en la especialidad de los intereses económicos protegidos por el derecho de competencia desleal.

## 2. Derecho privado y competencia desleal

El derecho de competencia desleal reconoce acciones que persiguen reprimir aquellas conductas excesivamente agresivas o ilícitas por parte de los participantes de un mercado de estructura competitiva (Barros, 2006, pp. 1042-1043). Distintos sistemas jurídicos adoptan puntos de partida distintos en la persecución de este objetivo general. En algunos sistemas, las acciones de competencia desleal son entendidas primeramente como la vía de tutelar los intereses particulares de los agentes de mercado<sup>4</sup>. En otros sistemas, el énfasis de estas acciones se encuentra en la protección de intereses que trascienden al de los competidores<sup>5</sup>. En general, sin embargo, el

<sup>3</sup> Ley 3/1991 modificada por la ley 19/2009. En este trabajo, la abreviación “LCD” indicará siempre la Ley de Competencia Desleal española.

<sup>4</sup> Este es el caso de Chile. Así, por ejemplo, la Ley 20.169 (en adelante, “LChCD”) dispone en el artículo 3: “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 del mercado”.

<sup>5</sup> Este es el caso del Ecuador. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, “LORCPM”) dispone en el artículo 1: “El objeto de la presente Ley es ... la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

derecho de la competencia desleal se caracteriza por entregar a los propios competidores el control civil de las buenas prácticas competitivas (Barros, 2006, pp. 1052-1053).

Esta característica explica la estrecha relación que tradicionalmente se ha reconocido en algunos sistemas jurídicos entre el derecho de la competencia y el derecho privado. Aquellos sistemas cuyo punto de partida se encuentra en la protección de los intereses particulares de los competidores con frecuencia asumen que las normas de competencia desleal constituyen una expresión concreta de principios más generales del derecho civil (Reveco y Padilla, 2017, pp. 376-377) (Inostroza, 2017, p. 22). Es posible encontrar una manifestación particularmente clara de lo anterior en la remisión que la ley de competencia desleal chilena efectúa a las normas del Código Civil en relación a la acción de indemnización de perjuicios ocasionados por un acto de competencia desleal<sup>6</sup>.

El vínculo entre el derecho privado y el derecho de la competencia desleal ha conducido en ocasiones a entender al derecho de la competencia desleal como un área enteramente supeditada a las reglas comunes del derecho civil. Así, por ejemplo, algunos autores han concluido que las conductas de competencia desleal no serían más que hipótesis de responsabilidad civil sujetas a reglas especiales. Pese a su especialidad, estas reglas serían completamente coherentes con los principios del derecho civil, los que deberían orientar la solución de los problemas no expresamente resueltos en la ley (Tapia, 2008, pp. 182-188) (Tapia, 2017, pp. 166-168).

Esta postura tiene importantes consecuencias. Es posible encontrar un ejemplo claro de lo anterior en el debate sobre el criterio de imputación aplicable a las acciones de indemnización de perjuicios por actos de competencia desleal. En Chile, usualmente es exigida la existencia de dolo o negligencia grave para constituir la conducta desleal que podría dar lugar a una acción de indemnización de perjuicios<sup>7</sup>. Esta exigencia es explicada en el equilibrio que la ley persigue entre garantizar que la competencia no esté falseada por conductas especialmente reprochables y facilitar una competencia fluida e incluso agresiva entre agentes de mercado (Barros, 2006, pp. 1044-1049) (Banfi, 2013, pp. 229-230). Sin embargo, si se acepta que las acciones de competencia desleal son expresión de la lógica general del derecho civil, resulta difícil entender por qué, en ausencia de una disposición legal expresa, la acción de indemnización de perjuicios por conductas de competencia desleal debería sustraerse a la regla general del Código Civil en materia de imputabilidad (Tapia, 2017, p. 193). Este tipo de argumento demuestra que la pregunta por el alcance de la relación entre las acciones de competencia desleal y los principios generales del derecho civil es de la mayor importancia.

El derecho español ofrece una perspectiva interesante para considerar esta relación. Pese a su influencia en los sistemas jurídicos de la región, la LCD reconoce una acción que en general no es contemplada por las legislaciones sobre competencia desleal de América Latina. Se trata de la acción que el derecho español conoce como de *enriquecimiento injusto*. Tal como ocurre con la acción de resarcimiento de daños, esta acción de enriquecimiento es regulada en parte mediante una remisión a lo dispuesto por el derecho civil<sup>8</sup>. En el contexto de la acción de enriquecimiento de la LCD, sin embargo, la aplicación de algunas de las nociones

<sup>6</sup> El artículo 5 de la LChCD dispone: “Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: ... d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

<sup>7</sup> Por ejemplo, *L'Oreal Chile S.A. con Anasac Chile S.A.*, sentencia de la Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016 (VLEX-653849889).

<sup>8</sup> Por ejemplo, el Artículo 34.2 LCD dispone: “Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil”.

desarrolladas por la doctrina civil aparece como notoriamente problemática. Como se explica a continuación, esta circunstancia revela una tensión entre la lógica que subyace a algunas de las reglas tradicionales del derecho privado y aquella que orienta el reconocimiento de las acciones de competencia desleal.

### 3. La acción de enriquecimiento por actos de competencia desleal

#### 3.1. Acciones reconocidas por el artículo 32 LCD

El artículo 32 LCD agrupa las acciones disponibles para empresarios, profesionales y consumidores en contra de actos de competencia desleal en el mercado<sup>9</sup>. Como ha sido adelantado, entre estas acciones se cuentan la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por conductas desleales (artículo 32.1.5<sup>a</sup> LCD), y la acción que la ley identifica como ‘de enriquecimiento injusto’ (artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD)<sup>10</sup>.

Ninguna de estas acciones es desconocida en los sistemas jurídicos de América Latina<sup>11</sup>. Sin embargo, las acciones fundadas en el enriquecimiento del demandado, por lo general, han recibido una atención limitada, especialmente en el contexto de las acciones de competencia desleal<sup>12</sup>. Este no es el caso del derecho español. La LCD distingue claramente entre una acción encaminada a reparar el daño ocasionado como consecuencia de la conducta desleal y una acción encaminada a reconducir al patrimonio del actor beneficios obtenidos injustificadamente por el demandado (Cervera, 2014, pp. 1876-1877)<sup>13</sup>.

Esta distinción se manifiesta en aspectos importantes. Ante todo, a diferencia de la acción de resarcimiento de daños, la acción de enriquecimiento no tiene como presupuesto la existencia de perjuicios para el actor. Aunque la exigencia tradicional de un empobrecimiento del demandado puede conducir a confundir el ámbito de aplicación de ambas acciones, especialmente en casos en que la conducta ocasiona un lucro cesante al actor (Busto y Peña, 1997, p. 142), desde hace ya algunas décadas la doctrina ha tendido a restar importancia a este requisito centrandolo en la ausencia de justificación para el beneficio obtenido por el demandado (Basozabal, 1998, p. 100).

Por otra parte, la acción de enriquecimiento parece no requerir un juicio de imputabilidad del demandado, quien pese a no haber actuado con dolo o culpa puede verse obligado a renunciar a beneficios injustificados (Cervera, 2014, p. 1879). Esta característica

<sup>9</sup> La disposición fue introducida por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre en reemplazo del artículo 18 de la antigua Ley 3/1991. Desde entonces, se entiende que ella establece acciones que pueden ejercitarse contra actos de competencia desleal en el mercado y publicidad ilícita.

<sup>10</sup> Esta terminología ha sido objeto de críticas por la doctrina española. Al respecto, (Diez-Picazo, 1988, pp. 35 ss).

<sup>11</sup> Por ejemplo, los códigos civiles de Argentina y Brasil reconocen una acción de enriquecimiento sin causa en sus respectivos artículos 1794 y 884. Sin embargo, se trata de una acción de aplicación general y de contornos distintos a los de la acción que aquí se examina.

<sup>12</sup> La LChCD no prevé una acción de enriquecimiento como remedio para actos de deslealtad anticompetitiva. En derecho ecuatoriano, lo dispuesto en el artículo 71 LORCPM y artículo 79 de su reglamento sugiere que no existen verdaderas acciones civiles de competencia desleal (*stand alone*), sino que las eventuales acciones resarcitorias que podrían ser precedentes corresponden a acciones accesorias a un pronunciamiento administrativo previo (*follow on*)—tal y como sucede con las acciones antitrust ex artículos 9 y 11 LORCPM. Aunque haya quienes piensen que esta es una posición controversial, no existen casos que demuestren lo contrario. Las sentencias de la Corte Nacional de Justicia de 21 de septiembre de 2012 (caso *Merck*) y 1 de noviembre de 2012 (caso *Nestlé*) tratan sobre hechos anteriores a la promulgación de la LORCPM. Pero incluso de aceptarse que la LORCPM admite acciones civiles autónomas por competencia desleal, la jurisprudencia ecuatoriana ha concluido que la acción por enriquecimiento injustificado se encuentra estrictamente limitada a operar en el ámbito de los cuasicontratos (sentencia de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1991), lo que parece descartar cualquier aplicación como remedio ante actos de competencia desleal.

<sup>13</sup> Contrastar con (Basozabal, 2018, p. 46), quien estima que el derecho español todavía no distingue con suficiente claridad ambas pretensiones.

explica la excepción contemplada en el inciso primero del artículo 34.1 LCD a la regla general de legitimación pasiva aplicable a las demás acciones por conductas de competencia desleal. Mientras en el contexto de estas otras acciones la legitimación pasiva se define en función de la participación en la conducta desleal, la acción de enriquecimiento solo puede dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento<sup>14</sup>.

Atendida la entidad de las diferencias entre la acción de enriquecimiento y las demás acciones de competencia desleal, resulta particularmente relevante delimitar con claridad los casos en que esta acción de enriquecimiento es aplicable. Confirma lo anterior el que la jurisprudencia haya resuelto que el ejercicio de esta acción no se encuentra limitado por un requisito de subsidiariedad, que usualmente es invocado como una forma de restringir el ámbito de aplicación de acciones generales encaminadas a revertir el enriquecimiento del demandado<sup>15</sup>. Como se explica a continuación, esta tarea es abordada por la doctrina mediante una tipología de las hipótesis en que, en general, una acción de enriquecimiento sería procedentes en el derecho español.

### **3.2. La acción del artículo 32.1.6ª LCD como una hipótesis de *condictio* de intromisión**

La delimitación de los presupuestos bajo los cuales el enriquecimiento del demandado opera como una fuente de obligaciones ha sido objeto de un largo debate en la doctrina civil española (Diez-Picazo, 1988, pp. 20-34). Aunque existen importantes aspectos en que la discusión permanece inconclusa, parece seguro asumir que la atención de la doctrina ha transitado desde la búsqueda de una fórmula general al análisis de tipos de casos (Basozabal, 1998, pp. 46). Actualmente, las distintas hipótesis en que el derecho español reconoce acciones de enriquecimiento son frecuentemente clasificadas en cuatro *condictiones*: prestación, intromisión, mejora y regreso (Basozabal, 2018, p. 21).

Dentro de esta clasificación, las hipótesis más comunes son las que dan lugar a las *condictiones* de prestación y de intromisión. La *condictio* de prestación recibe aplicación en aquellos casos en que el enriquecimiento del demandado es el resultado de una disposición patrimonial del actor cuya base se encuentra en una justificación inexistente o efímera. Pueden incluirse en este grupo, por ejemplo, la acción restitutoria que se sigue de pagos indebidos y las acciones restitutorias derivadas de la nulidad o anulabilidad de un contrato. La *condictio* de intromisión, en cambio, recibiría aplicación en aquellos casos en que el demandado se beneficia por medio del uso, disfrute o disposición de cosas o derechos ajenos. Típicamente se incluyen dentro de este grupo acciones restitutorias derivadas de posiciones protegidas por un derecho real sobre bienes materiales e inmateriales (Basozabal, 2018, p. 29)<sup>16</sup>.

Aunque esta clasificación sigue siendo una propuesta predominantemente doctrinal, la jurisprudencia recurre con cierta frecuencia a ella para abordar algunos problemas específicos. La delimitación del ámbito de aplicación de la acción del artículo 32.1.6ª LCD es uno de estos problemas. Sentencias recientes han reconocido expresamente que esta acción constituiría una hipótesis de *condictio* por intromisión cuya finalidad sería impedir la consolidación de un enriquecimiento derivado de la infracción de los intereses del demandante (Cervera, 2014, p. 1879).

<sup>14</sup> El artículo 31.1 LCD dispone: “Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento”.

<sup>15</sup> Al respecto, el Tribunal Supremo español ha resuelto que “la denegación de la acción de resarcimiento no estaría justificada en la concepción de la acción de enriquecimiento como subsidiaria de la acción de indemnización”. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia núm. 569/2000 de 29 de diciembre.

<sup>16</sup> Como se explica más adelante, sin embargo, en el contexto del artículo 32.1.6ª LCD se ha concluido que el ámbito de aplicación de la *condictio* por intromisión es distinto al de las acciones contempladas para proteger derechos reales.

Esta circunstancia parece explicarse en la recepción por parte del artículo 32.1.6ª LCD de una idea concebida especialmente para delimitar el ámbito de aplicación de la *condictio* de intromisión.

En efecto, el artículo 32.1.6ª LCD dispone que la acción de enriquecimiento injusto es procedente “cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”. Esta fórmula ha sido interpretada como la consagración legal de la idea de contenido de atribución (Vendrell, 2012, p. 1132). En conformidad con esta idea, ciertas posiciones jurídicas darían lugar a beneficios que el ordenamiento jurídico atribuiría exclusivamente a quien las ocupa. Esta atribución vendría indicada por el reconocimiento de un derecho subjetivo absoluto, típicamente un derecho de propiedad sobre bienes corporales o incorporales, o de otros derechos de contenido análogo, como ocurre con ciertos derechos de la personalidad (Barros, 2009, pp. 23-24). La *condictio* de intromisión sería la acción reconocida en contra de quien, sin ser titular de estos derechos, obtiene un beneficio derivado del aprovechamiento de la posición (Diez-Picazo, 1988, p. 119) (Basozabal, 1998, pp. 81-82) (Vendrell, 2012, p. 1131).

La consagración legal de esta idea podría sugerir que la acción del artículo 32.1.6ª LCD no solo es consistente con la lógica que inspira las acciones generales de enriquecimiento reconocidas por la doctrina civil, sino que además únicamente tiene sentido a la luz de dicha lógica. Sin embargo, aceptar esta conclusión implicaría simplificar indebidamente los problemas que envuelve el reconocimiento de la referida acción.

### 3.3. Los límites de la idea de contenido de atribución en el contexto del artículo 32.1.6ª LCD

La idea de *contenido de atribución* se ejemplifica usualmente con la posición que ocupan los titulares de derechos subjetivos absolutos. Esta idea, sin embargo, no se refiere al contenido de los derechos propiamente, sino al de la situación jurídica en que dichos derechos son reconocidos. La premisa sobre la cual esta distinción descansa es que existen provechos que el ordenamiento jurídico atribuye a los titulares de derechos que no se encuentran directamente protegidos por las acciones que emanan de estos derechos (Basozabal, 1998, p. 68). En base a esta premisa se concluye que la acción del artículo 31.1.6ª LCD no recibiría aplicación en casos de ‘violación llana’ de derechos, como típicamente ocurre cuando un competidor infringe derechos de propiedad industrial o intelectual (Massaguer, 1997, p. 111). Su aplicación dependería, en cambio, de una lesión de la posición jurídica amparada por estos derechos u otros de contenido análogo (Cervera, 2014, pp. 1877-1889).

La doctrina civil ha desarrollado algunos criterios para identificar qué situaciones implicarían una lesión de este contenido de atribución. Así, por ejemplo, se ha notado que no todo beneficio obtenido antijurídicamente importaría una intromisión en el sentido que aquí es relevante. Asimismo, al evaluar una conducta como una intromisión no debe atenderse a la entidad de la inversión o esfuerzos incurridos por el demandante para hacer posible la posición infringida. Así, afirma un autor, pese a no estar amparada por el derecho, la reproducción no autorizada de la imagen de un bien corporal cuya mantención implica costos importantes para el demandante no debería considerarse una conducta que haga procedente la *condictio* de intromisión (Vendrell, 2012, pp. 1136-1137).

Estos criterios generales levantan al menos tantas preguntas como las que responden. Es por esta razón que la doctrina civil ha optado por centrar su atención en tipos de casos, evitando en lo posible la formulación de reglas generales. Desafortunadamente, esta aproximación casuística confirma que la noción abstracta de *contenido de atribución* es insuficiente para explicar el ámbito de aplicación de la acción de enriquecimiento de la LCD. Esta noción parece

operar como un concepto jurídico indeterminado lo suficientemente amplio como para abarcar las distintas posiciones que se estiman dignas de ser protegidas (Vendrell, 2012, p. 1139). La pregunta fundamental entonces, para la cual la doctrina civil parece no tener una respuesta única, es cuáles son las posiciones específicas que merecen ser protegidas.

Al menos en el contexto de la LCD, el concepto de *contenido de atribución* parece dejar pendiente la respuesta a esta pregunta. En consecuencia, delimitar el ámbito de aplicación de la acción de enriquecimiento por actos de competencia desleal requiere considerar la forma en que la idea que controla la aplicación del artículo 32.1.6ª LCD—*posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico*—ha sido entendida por la jurisprudencia. Como se explica a continuación, los criterios que gobiernan el reconocimiento de esta acción difícilmente pueden explicarse, de manera exclusiva, como una aplicación de los criterios generales desarrollados por la doctrina civil.

### 3.4. La acción del artículo 32.1.6ª LCD en la jurisprudencia

La jurisprudencia española no revela una posición unánime en relación al ámbito de aplicación del artículo 32.1.6ª LCD. Sin embargo, la forma en que las sentencias interpretan la noción de *posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico* parece diferir de los criterios que la doctrina civil ha desarrollado para explicar los límites de la idea de *contenido de atribución*. Aunque las ocasiones en que los requisitos de esta acción han sido abordados por el Tribunal Supremo no son demasiado numerosas, varias sentencias sugieren que, en el contexto específico de la LCD, la procedencia de la *condictio* por intromisión se evalúa en base a criterios especiales.

Un primer criterio apunta al impacto de la conducta de la demandada en el ámbito de intereses definidos por la propia LCD. Así, por ejemplo, en un caso conocido por el Tribunal Supremo, ex empleados del banco demandante hicieron uso de un listado de clientes al que tuvieron acceso mientras se desempeñaban como empleados del referido banco para contactar y captar clientes para el banco demandado. El Tribunal Supremo denegó la acción del artículo 32.1.6ª LCD por estimar que el listado de clientes del banco demandante no podía ser caracterizada como un secreto empresarial en los términos del artículo 13 LCD<sup>17</sup>. En opinión del Tribunal, al no coincidir con esta definición, el interés de la demandante en mantener en reserva la lista de clientes no podía ser caracterizado como un derecho de exclusiva u otra situación de análogo contenido económico, por lo que la demandada no estaba obligada a restituir el provecho obtenido como consecuencia de su utilización no autorizada<sup>18</sup>.

Un segundo criterio consiste en evaluar la medida en que el interés cubierto por la acción del artículo 32.1.6ª LCD se encuentra protegido por derechos sobre propiedad inmaterial. En un caso reciente la demandante se fundó en lo dispuesto en el artículo 12

<sup>17</sup> El artículo 13.1 LCD en su redacción original rezaba así: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente [...]”. El actual tenor del artículo 13 LCD, desde su modificación por la Ley (1/2019) de Secretos Empresariales, es el siguiente: “Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.”

<sup>18</sup> STS 29 de octubre de 1999, considerando quinto. Es importante notar que el Tribunal estimó que la acción de enriquecimiento contemplada por la LCD “no es de enriquecimiento injusto propiamente dicho y en el sentido preciso que tiene en el Derecho civil” sino que es “una acción típica derivada de la competencia desleal”.

LCD<sup>19</sup> para argumentar que la demandada habría utilizado su marca como palabra clave de búsqueda en internet dentro de sus propios anuncios, de tal manera que clientes potenciales de la demandante fueran redirigidos hacia el sitio web de la demandada. En forma adicional al ejercicio de las acciones reconocidas por la legislación marcaria, la demandante intentó la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD solicitando la restitución del provecho obtenido por la demandada como consecuencia de su conducta desleal. En casación, el Tribunal Supremo rechazó la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD acogiendo el argumento de la demandada según el cual los hechos ya habían sido enjuiciados bajo la legislación de marcas y por tanto no cabía volver a tratarlos bajo la LCD. En opinión del Tribunal, el ejercicio de la referida acción en este caso presentaba una “contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria”<sup>20</sup>.

Un tercer criterio consiste en evaluar la conducta de la demandada a la luz de lo que el tribunal considera como aceptable en el mercado. Por ejemplo, en otro caso la demandante intentó la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD con miras a obtener la restitución de los provechos obtenidos por la demandada como consecuencia ciertos actos desleales de imitación (artículo 11 LCD<sup>21</sup>). Respondiendo el argumento de la demandada según el cual en los hechos no existía una intromisión en un derecho de exclusiva protegido por un derecho de propiedad industrial, el Tribunal razonó que ‘el tránsito patrimonial injustificado’ que la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD pretende subsanar no requiere necesariamente la existencia de un derecho de propiedad industrial. Este tránsito patrimonial puede tener lugar por la vía del aprovechamiento de posiciones jurídicas análogas tales como aquellas “prestaciones protegibles frente a la imitación desleal o al aprovechamiento desleal del esfuerzo ajeno”<sup>22</sup>. La protección de esta posición, sin embargo, encontraba un límite en el principio de *libre imitabilidad*, por lo que en ausencia de una imitación directamente encaminada a impedir u obstaculizar<sup>23</sup> la afirmación de un competidor que no pueda considerarse como una respuesta natural del mercado, la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD no podría prosperar<sup>24</sup>.

Los criterios anteriores son frecuentemente invocados para justificar el rechazo de la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD. Los casos en que esta acción es admitida reflejan un cuarto criterio que apunta a la existencia de una conducta dolosa del autor de la conducta desleal. Por ejemplo, en un caso la demandante llevó a cabo la producción de un reportaje fotográfico a una modelo. En el transcurso de la producción, un *paparazzi* realizó una serie de fotografías de la modelo en forma secreta y fraudulenta, las que a sabiendas fueron publicadas por la demandada.

<sup>19</sup> Artículo 12 LCD: “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”

<sup>20</sup> STS 15 de febrero de 2017, antecedentes de derecho - considerando tercero.

<sup>21</sup> Artículo 11 LCD: “1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.- 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.- 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.”

<sup>22</sup> SAP Madrid de 26 de septiembre de 2008, antecedentes de derecho - considerando segundo.

<sup>23</sup> Los *actos de obstaculización* vendrían definidos negativamente, como aquellos que no representan el mérito o eficiencia de las prestaciones. Generalmente este afán obstaculizador se manifiesta en la forma de interferencias dolosas de las que se infiere una infracción de la buena fe objetiva. Ver también la STS de 26 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1629).

<sup>24</sup> SAP Madrid de 26 de septiembre de 2008, antecedentes de derecho - considerando noveno.

El Tribunal caracterizó la conducta de la demandada como un acto contrario a la buena fe objetiva (obstaculización), concluyendo que dicho acto habría hecho posible la obtención de beneficios económicos derivados de una injerencia ilegítima en la esfera de exclusiva de la demandada, y concedió la acción de enriquecimiento<sup>25</sup>.

Asimismo, en otro caso la empresa de transporte público demandante era titular exclusiva de una ruta, mientras que la empresa demandada era titular de otra. La acción del artículo 32.1.6ª LCD se fundó en que la demandada habría aprovechado el que los trayectos de ambas rutas estaban parcialmente superpuestas para realizar el transporte de pasajeros en la ruta concesionada a la demandante. El Tribunal calificó la acción ejercida como una *condictio* por intromisión, concluyendo que en los hechos la conducta de la demandada bastaba para configurar una invasión de la esfera de exclusiva asegurada por el ordenamiento a la demandante. En lugar de elaborar sobre los límites o contenido de esta esfera de exclusiva, la sentencia enfatizó el hecho que las conductas de la demandada fueron ejecutadas en forma deliberada y reiterada, pese a la oposición de la demandante y a la conciencia de estar infringiendo los términos del contrato de concesión<sup>26</sup>.

Ninguno de estos criterios coincide con aquellos que la doctrina civil ha desarrollado para precisar el alcance de la idea de contenido de atribución en el contexto de la acción descrita como *condictio* de intromisión. Por el contrario, consideraciones como la correspondencia de la conducta del demandante con aquellas que se estiman aceptables en el mercado o la existencia de mala fe del demandado parecerían incompatibles con la tradicional acción de enriquecimiento, tal y como ha venido siendo concebida por la doctrina civil. Ciertamente, este fenómeno podría explicarse en la desprolijidad de la jurisprudencia española al momento de aplicar las distinciones elaboradas en materia de acciones de enriquecimiento injustificado. Sin embargo, a la luz de la filosofía que inspira la LCD, la adopción de criterios distintos y especiales para aplicar la acción del artículo 32.1.6ª LCD parece encontrar una justificación en la diversidad de intereses protegidos por las acciones de competencia desleal.

#### 4. Especialidad de los intereses protegidos por las acciones de competencia desleal

La forma en que los fines del derecho de competencia desleal son perseguidos en cada sistema varía considerablemente. En un sistema como el chileno, en que las acciones de competencia desleal se entienden primeramente como una forma de proteger intereses individuales, no es extraño que las líneas divisorias entre derecho de competencia desleal y derecho privado tiendan a confundirse. Pero la aproximación a estas acciones adoptada por otros sistemas jurídicos demuestra que la opción chilena no es la única posible.

La regulación de la competencia desleal de los distintos sistemas jurídicos puede poner el énfasis en la protección de distintos intereses económicos–derechos contractuales, secretos empresariales, signos no inscritos, reputación comercial–, que a su vez pueden agruparse para distintos propósitos en diversas categorías, incluyendo intereses de competidores, consumidores, o incluso el ‘interés general’<sup>27</sup>. Algunos sistemas jurídicos, tales como los de Chile, Francia (Derenberg, 1955, p. 1) o Inglaterra (Alkin, 2007, pp. 48-54) optan por estructurar las

<sup>25</sup> SAP Barcelona de 17 de noviembre de 2009, considerando segundo.

<sup>26</sup> STS 29 de diciembre de 2006, considerando decimoquinto. Ver también la STS de 26 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1629).

<sup>27</sup> SAP Zaragoza de 1 de diciembre de 1997, considerando cuarto: “Los intereses que protege esta moderna normativa son principalmente tres: a) el interés privado de los empresarios; b) el interés colectivo de los consumidores y c) el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. Hay, por tanto, un compendio o entramado de intereses públicos y privados dignos de tutela [...]”.

instituciones jurídicas de regulación de competencia desleal siguiendo de cerca los cánones más tradicionales del derecho privado. Otros sistemas jurídicos, en cambio, aspiran a una regulación de la competencia desleal que, sin desconocer las instituciones básicas del derecho privado, permita un tratamiento diferenciado de los problemas especiales que tienen lugar en el ámbito concurrencial.

Este es el caso del sistema jurídico español, que adopta el llamado ‘modelo social’ (Menéndez, 1988, p. 95)<sup>28</sup>. En efecto, este modelo está inspirado en la visión de los padres intelectuales de la LCD, que descansa sobre una teoría unitaria del derecho de competencia:

[L]a disciplina de la competencia desleal, atraída por los valores constitucionales que se consagran en la legislación *antitrust*, pasa a formar parte de un derecho general de la competencia unitariamente estructurado, *abandonando con ello las fronteras del derecho privado clásico* para ingresar en el ámbito del *derecho económico de intervención*. (énfasis añadido) (Menéndez, 1998, p. 98).

Es cierto que la LCD se remite al derecho civil para precisar las condiciones de procedencia de algunas acciones,<sup>29</sup> pero concluir que de dicha remisión se sigue que estas acciones serían solo un reflejo de la lógica del derecho privado común sería un error. Por ejemplo, la LCD somete la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por conductas desleales a los mismos criterios de imputación de responsabilidad que son relevantes para la determinación de la existencia de obligaciones originadas en la responsabilidad extracontractual del derecho común. Esta solución, sin embargo, no puede explicarse solo como una adopción por el derecho de competencia desleal de las reglas comunes de responsabilidad civil extracontractual<sup>30</sup>. Tal como queda de manifiesto en la exposición de motivos de la LCD, la referida solución descansa sobre la convicción de que ella no solo provee una protección adecuada de los intereses de los competidores en tanto que particulares afectados por el ilícito anticompetitivo, sino que, en ciertos casos, promueve la defensa de los intereses de los beneficiarios finales de un mercado competitivo, los consumidores<sup>31</sup>.

Confirma lo anterior el que las condiciones de procedencia de las distintas acciones reconocidas por la LCD varíen de acuerdo a los distintos intereses económicos que podrían verse afectados. Por ejemplo, en el contexto español existe un amplio consenso en relación a la objetivación de la confusión como ilícito de deslealtad. El motivo de esta objetivación reside en que las acciones reconocidas por ilícitos que resultan en confusión protegen primeramente la capacidad de los consumidores de adoptar decisiones racionales en términos económicos, y solo

<sup>28</sup> Algunos sistemas jurídicos llegan incluso a optar por la adopción de modelos concebidos enteramente desde la base del derecho administrativo. En los casos del Ecuador y el Perú se trata de una exacerbación del modelo social, un “modelo estatista” que se disocia enteramente de la lógica del derecho privado. Cabe recordar que los promotores de la LCD—que ha servido de modelo principal para la LORCPM—expresaron abiertamente su rechazo a “cualquier intento de administrativización” (Menéndez, 1988, p. 158). La discusión sobre los méritos y deméritos de cada modelo tendrá lugar en otra ocasión.

<sup>29</sup> Artículo 34.2 LCD.

<sup>30</sup> Es importante notar que los ilícitos de deslealtad concurrencial son frecuentemente caracterizados como ilícitos de peligro. Ver STS de 15 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4498); STS de 19 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4598). Esto confirma la especialidad de la lógica que subyace a la regulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por conductas desleales.

<sup>31</sup> Ver la Exposición de Motivos de la LCD, III, 1.: “La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. [...] [S]e pretende armonizar este sector de la normativa con la orientación general de la Ley y al mismo tiempo multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción.” (Énfasis añadido)

residualmente a los competidores. Por lo anterior, la tendencia en relación a ilícitos que resultan en confusión es a obviar cualquier requerimiento de dolo que pueda actuar en detrimento de una prueba cualificada de confusión dentro de una clase relevante de consumidores (García, 2008, pp. 162-167). Por otro lado, se observa que el ilícito de inducción a la infracción contractual requiere un escrutinio del propósito del inductor, que debe ser consistente en la intención de eliminar a un competidor del mercado, o alternatively el empleo de engaños y otros medios deliberados y deshonestos—fundamentalmente porque los intereses del competidor son primordiales<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, la insuficiencia de los criterios desarrollados por la doctrina civil en el contexto de la *condictio* por intromisión para explicar el ámbito de aplicación de la acción del artículo 32.1.6<sup>a</sup> LCD no resulta extraña. Como demuestra la sección anterior, pese a que los términos de esta disposición parecen reflejar la idea de contenido de atribución, la procedencia de esta acción depende en la práctica de criterios que no son ordinariamente aplicables a otras hipótesis de enriquecimiento injustificado. Entre estos criterios se cuentan el impacto de la conducta de la demandada en el ámbito de intereses definidos por el propio derecho de competencia desleal, la medida en que la acción de enriquecimiento podría proteger intereses amparados por derechos sobre propiedad inmaterial, la incidencia de la conducta de la demandada en el funcionamiento del mercado y la mala fe del autor de la conducta desleal. Aunque la jurisprudencia no es concluyente en este sentido, la importancia de estos criterios parece explicarse en los especiales intereses que deben tenerse en cuenta para decidir los casos en que acciones de enriquecimiento por actos de competencia desleal son relevantes.

La referencia de la LCD al derecho civil en relación a la acción de enriquecimiento injustificado por conductas de competencia desleal no debería conducirnos a asumir que esta acción se encuentra sometida a las mismas condiciones de procedencia que las acciones de enriquecimiento injustificado reconocidas por el derecho común. Los criterios empleados por la jurisprudencia española para delimitar el ámbito de aplicación de esta acción demuestran que la especialidad de los intereses amparados por el derecho de competencia desleal a veces requiere introducir importantes calificaciones a dichas condiciones generales<sup>33</sup>. No parece conveniente entonces asumir que todos los distintos intereses protegidos por el derecho de competencia desleal requieren idénticas vías y niveles de protección, o que dicha protección se origina en una justificación común. Los elementos de las acciones reconocidas por el derecho de competencia desleal pueden interactuar de distinta forma para la protección de cada categoría de intereses. Perder de vista esta circunstancia puede resultar en importantes confusiones.

## Referencias bibliográficas

Alkin, T. (2007), Should there be a tort of 'unfair competition' in English law?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 3 (1), pp. 48-54. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpm209>

<sup>32</sup> Al respecto, ver SAP Barcelona de 18 de mayo de 2005.

<sup>33</sup> Los inconvenientes de aplicar un mismo juego de condiciones para evaluar la procedencia de acciones generales aplicables en contextos muy distintos no es un problema nuevo ni propio del derecho de competencia desleal. En Francia, Carbonnier argumentó que “[u]n sistema de delitos civiles especiales, concretos, fragmentarios, como aquel del derecho romano o el que mantiene hasta hoy el derecho inglés, permite tratar con mayor precisión a las características sociológicas y psicológicas de las faltas civiles, y se encuentra así, a pesar de su aparente arcaísmo, más cerca de las preocupaciones científicas modernas.” (Jean Carbonnier, ‘Le Silence Et La Gloire’, D. 1951, Chron, (1951), 119. (traducción libre).

- Banfi, C. (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 21, pp. 217-258. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722013000200006>
- Barros, E. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica.
- . (2009). Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. En E. Barros, M. P. García Rubio, & A. Morales Moreno, *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Basozabal, X. (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Civitas.
- . (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. InDret, vol. 4/2018. <http://www.indret.com/pdf/1428.pdf>
- Busto, J. M. y Peña, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 1, p. 142.
- Carbonnier, J. (1951), Le silence et la gloire, D. 1951, *Chron*, p. 119.
- Vendrell, C. (2012). La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, pp. 1107-1244.
- Cervera, M. (2014). Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. En J. García-Cruces González, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Tirant Lo Blanch.
- Derenberg, W. J. (1955), The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 4(1). <https://doi.org/10.2307/837042>
- Diez-Picazo, L. (1988). La doctrina del enriquecimiento injustificado. En L. Diez-Picazo & M. De la Cámara, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, pp. 15-133.
- Inostroza, M. (2017). El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, *Ius et Praxis*, vol. 23(1), pp. 21-66. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122017000100002>
- Massaguer, J. (1997). La acción de competencia desleal en el derecho español. *Revista Themis*, vol. 36, pp. 103-118.
- Reveco, R. y Padilla, R. (2017). Derecho de la Libre Competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 28, pp. 375-386. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722017000100375>
- Tapia, M. (2008). La Ley N 20.169 Sobre Competencia Desleal: una Hipótesis de Responsabilidad Civil Extracontractual. En C. Pizarro Wilson, *Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado IV*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- . (2017). Competencia Desleal por Culpa. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 29, pp. 165-207. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722017000200165>

## Jurisprudencia

- Corte Nacional de Justicia (1991). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial año XCII, serie XV, No. 13, pág. 3933, de 22 de octubre de 1991.

— (2012). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Gaceta Judicial año CXIII, serie XVIII, No. 12, pág. 4336, de 21 de septiembre de 2012.

Corte Nacional de Justicia (2012). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 373-2012, de 1 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Chile (2016). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 21 de noviembre de 2016, *L'Oreal Chile S.A. c. Anasac Chile S.A.* (VLEX-653849889).

Audiencia Provincial de aragoza (1997). Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza, Sección 5ª, No. 589/1997 de 1 de diciembre de 1997.

Tribunal Supremo (1999). Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Civil, No. 901/1999 de 29 de octubre de 1999.

SAP (2008) Madrid, Sección 28ª, No. 224/2008 de 26 de septiembre de 2008.

— (2005), Sección 15ª, No. 235/2005 de 18 de mayo de 2005.

(2009) Barcelona, Sección 15ª de 17 de noviembre de 2009 (ECLI:

— ECLI:ES:APB:2009:14273).

STS (2000). Sala de lo Civil, No. 569/2000 de 29 de diciembre de 2000.

STS (2006). Sala de lo Civil, No. 1348/2006 de 29 de diciembre de 2006.

STS (2013). Sala de lo Civil, No. 468/2013 de 15 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4498).

STS (2017). Sala de lo Civil, No. 94/2017 de 15 de febrero de 2017 (ES:TS:2017:541).

STS (2017). Sala de lo Civil, No. 254/2017 de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1629).

## Legislación

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Congreso de la República de Chile (2007). Ley que Regula la Competencia Desleal. Ley No. 20169. Diario Oficial de 16 de febrero de 2007.

Cortes Generales del Reino de España (1991). Ley de Competencia Desleal. Ley No. 3/1991. Boletín Oficial del Estado No. 10 de 11 de enero de 1991.