

CAPÍTULO XIII

DE LA COMPETENCIA COMERCIAL

SUMARIO: **1. Libertad de comercio.** La libre competencia y sus límites legales. Reglamentaciones. Los monopolios. Pacto de competencia. Plazo. Caso del Proveedor único. **2. De la competencia desleal.** Libre competencia y competencia desleal. Historia. Naturaleza y fundamento. Concepto de competencia prohibida y competencia desleal. **3. Actos considerados de competencia desleal por el Art. 108 de la Ley del Comerciante.** Actos de competencia desleal realizados con dolo o culpas, presunción de culpabilidad del acto declarado de competencia desleal. ¿A quién corresponde la acción de reprimir la competencia desleal? **4. Transferencia de los establecimientos comerciales.** Forma. Publicidad. Avisos y publicaciones. Enunciaciones de las publicaciones. Declaraciones del enajenante. El derecho de oposición. Inscripción de la transferencia. Precio de la transferencia. Inventario en el caso de la transferencia en remate. Responsabilidades.

1. Libertad de comercio. La libre competencia y sus límites legales.

La competencia aparece como lógica consecuencia de la libertad de comercio y de trabajo. Este derecho a competir está sometido a leyes que lo reglamentan.

Todo comerciante tiene derecho a contender (competir) con otros en la lucha para la obtención de clientes, de mercados y de mayores beneficios. No obstante, se deben respetar requisitos impuestos por el principio de lealtad y la necesidad de garantizar los mismos derechos para los otros comerciantes¹.

Antes de la revolución francesa – imperante otra ideología –, para que un sujeto iniciara una actividad económica por cuenta propia, debía obtener la autorización real o la de los gremios o corporaciones profesionales.

Con la igualdad ante la ley (doctrina post revolucionaria), el comerciante puede concurrir y competir con otros que se dedican a la misma actividad: doctrina de la libre competencia, que tiene fundamento constitucional en el Art. 107 de nuestra Carta Magna, que establece:

“Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia...”.

La libertad de competencia se presenta actualmente en los países que desde una perspectiva socio-político-económica participan de principios básicos comunes, es decir, que se trata de países adscriptos al sistema capitalista: a) propiedad privada de los medios de producción; b) subordinación del trabajo al beneficio del capital; c) el lucro, constituido en el motor de la actividad económica (y no el bienestar social); d) la subsidiariedad de la iniciativa económica pública a la iniciativa privada y, finalmente; e) la circunstancia de que la programación o planificación económica es moderadamente intervencionista, en mayor o menor grado².

¹ GARRONE y CASTRO SAMMARTINO, Manual de Derecho Comercial, Abeledo – Perrot, 1996, Bs. As. Pág. 194.

El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. El concepto de libre competencia se aplica normalmente en un país, y toma en cuenta bienes nacionales como extranjeros. Por ello, las políticas de libre competencia y de libre comercio están estrechamente ligadas.

Se define la competencia como la “situación en la que se encuentran actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios (medios o servicios) diferentes, la misma necesidad, y que se encuentran en una circulación de conflictos de interés frente a la clientela”³. (Franceschelli).

Cuando la doctrina o la ley se refieren a la tutela de la libertad de competencia, no se refieren al establecimiento de unas idílicas condiciones de libertad y de absoluta igualdad universal, superada por la propia naturaleza de las cosas y de la estructura de la economía moderna. Debemos entender la tendencia dirigida a prevenir, y, en su caso, a reprimir y sancionar los abusos que constituyen los obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios (no connaturales al normal funcionamiento de la economía), que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable o imperfecta en el mercado⁴.

Reglamentaciones.

A más del ya mencionado Art. 107 de la Constitución Nacional que expresa: “...Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia...”.

El Art. 105 de la Ley 1034/38 del Comerciante establece: “La competencia comercial puede ejercerse libremente siempre que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por las disposiciones de este Código, las leyes especiales o lo que las partes acordasen contractualmente”.

Los monopolios.

En una situación de monopolio, un solo productor satisface la demanda de todos los consumidores. Ello le permite la posibilidad de determinar el precio y la cantidad que más le convienen al monopolista a costa de extraer recursos del consumidor. Una situación de monopolio, sin regulación alguna, determina que el precio sea mayor al que ocurriría en una situación de libre competencia, y que la cantidad disponible sea menor. Es importante señalar que la existencia de un solo proveedor

² HALPERIN, I., Curso de Derecho Comercial, T. I., Depalma, Buenos Aires, 1975. Pág. 192.

³ FRANCESCHELLI,

⁴ BROSETA PONT, M, Manual de Derecho Mercantil, 2ª de., Tecno, Madrid, 1974. Pág. 106.

en un mercado no define necesariamente una situación de privilegio, para lo cual se requiere analizar la existencia de barreras de entrada que inhiban ingreso de rivales potenciales a la industria en el largo plazo. (B. Behr)

Si el monopolio no es sujeto de ninguna regulación, es lógico suponer que el monopolista hará lo necesario para aprovecharse de la situación en que se encuentra, es decir, cobrar precios mayores que los que permitiría una situación de libre competencia.

Es preferible, en el corto plazo, para los consumidores un esquema de libre competencia que uno de monopolio.

Existen situaciones en que el monopolio es inevitable, como cuando se trata de monopolios naturales, en que no sería viable o sería excesivamente caro que existieran dos proveedores de un mismo servicio, como por ejemplo los servicios públicos (agua potable, electricidad).

Sin embargo, existen posibilidades de desarrollar marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, aun en estos rubros tradicionalmente sujetos a una situación de monopolio, como el actual de enlace internacional de proveedores de acceso a internet en Paraguay (telecomunicaciones).

Pacto de competencia. Plazo

El Art. 106 de la Ley 1034/38 del Comerciante establece: “El pacto que limite la competencia será válido si se circunscribe a una zona y actividad determinada y por no más de cinco años, siempre que no tenga por finalidad perjudicar a terceros. Si no se hubiese estipulado plazo o se conviniere uno mayor al establecido en este artículo, su duración será de cinco años”.

Caso del Proveedor único

El Art. 107 de la Ley 1034/38 del Comerciante dispone: “El que fuere proveedor único de un servicio o un producto está obligado a suministrarlo a todos los interesados en igualdad de condiciones y precio”.

2. De la competencia desleal. Libre competencia y competencia desleal.

La competencia desleal consiste en un acto ilícito perjudicial para un competidor: el perjuicio no es otra cosa que la disminución de la clientela. Por tanto, se trata de una conducta ilícita que solo interesa, en principio, al competidor directamente perjudicado. Y en esto existe una diferencia radical con los actos contrarios a la libre competencia, donde no solo hay intereses privados comprometidos, sino también el interés público de reprimir las situaciones de abuso de poder de mercado. En materia de competencia desleal, los intereses privados se cautelan reparando el daño provocado al competidor: haciendo cesar el acto, declarando el carácter deshonesto de una conducta, remediando en naturaleza el mal causado e indemnizando los perjuicios.

Historia

Históricamente la posición del derecho frente a la competencia ha sido dinámica, es decir, ha evolucionado en distintos estadios: en una primera fase, la reglamentación de la competencia comercial era excesiva hasta el punto de que por lo asfixiante, se llegó a anular, porque se destruyó el principio de la igualdad, su elemento esencial.

A finales del siglo XVIII se entroniza el principio de la igualdad al proclamarse la libertad de industria y comercio.

Son los revolucionarios franceses, en un segundo estadio, quienes en el año de 1791, ley de marzo 2, abolieron los privilegios establecidos por los gremios (tales como la matrícula mercantil solo para sus miembros; justicia privada dictada por los cónsules del gremio, con base en normas distintas a las de la justicia común), y deciden suprimir estas prácticas odiosas y discriminatorias en el ejercicio del comercio, para dar paso al principio más pregonado en la Revolución Francesa: *la igualdad de las personas*.

En consecuencia, se establece que todas las personas, sin distinción alguna, pueden ejercer el comercio sin necesidad de pertenecer al gremio, pudiendo libremente ejercer cualquier actividad comercial, en igualdad de condiciones, sometiendo a todos los ciudadanos a una justicia y a unas normas comunes.

Posteriormente Napoleón, en 1807, toma íntegramente la filosofía igualitaria de los revolucionarios y la plasma en su Código de Comercio, que con el tiempo sirvió de fuente de inspiración a la mayoría de los Códigos de Comercio de Occidente, incluido el nuestro.

Este tercer estadio, con algunas pocas modificaciones introducidas por las necesidades sociales de nuestra época, es la que actualmente se proyecta en todos los ordenamientos jurídicos no pertenecientes al common law (*ley común*).

A esta concepción moderna pertenecen las leyes especiales sobre prácticas restrictivas de la competencia, que en ordenamientos jurídicos como el nuestro, implican una limitación a la libertad para defender, precisamente, esa misma libertad; es decir, es una libertad restringida que propende por una libertad igualitaria y por medio de la cual se quiere, a través de la restricción, mantener la igualdad entre los concurrentes a una actividad en el mercado.

Naturaleza y fundamento

El origen y la naturaleza jurídica de esta figura comercial en su más estricta concepción, han sido objeto de largos y no menos contradictorios debates, que en última instancia han arrojado como resultado las siguientes teorías:

Teoría de la responsabilidad extracontractual

En primer lugar encontramos esta teoría francesa que explica la naturaleza jurídica de la competencia desleal asimilándola en un todo y por todo a la responsabilidad civil extracontractual, que por lo tanto requiere de los mismos elementos integrativos de aquella, esto es:

- a. Un acto o hecho dañino.
- b. Un daño.
- c. Una relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Teoría de la protección de la personalidad

Tesis que es sostenida por el jurista alemán Kohler. Según este autor, las normas sobre competencia desleal protegen el derecho de las personas en general, tanto del consumidor como del competidor.

La violación de estas normas implica una afrenta contra la dignidad y el respeto que se debe a las personas, el cual surge no solo de las normas penales sino también en el ámbito de las normas que en el derecho privado protegen la competencia. Esta teoría peca por su generalidad y abstracción por cuanto todo el derecho tiene por objeto regular la conducta humana y garantizar la dignidad y el respeto que naturalmente se le debe al hombre.

Teoría del abuso del derecho

Esta teoría parte de la base que dentro de un régimen de libertad de comercio en el cual, como premisa básica, está plenamente permitida la competencia, quien la ejerce por fuera de los límites para cuya finalidad está establecida, desviándola y empleando medios contrarios a la ley, a las prácticas y usos mercantiles, está abusando de su derecho.

Es sumamente atractiva por cuanto explica la naturaleza jurídica de la competencia en el campo mismo de la libre competencia, solo que fundamentándola en el desvío de la finalidad que busca la competencia, esto es, el exceso en el ejercicio del derecho, que por su individualismo a veces se olvida que en última instancia todo derecho individual está llamado a cumplir con una función social que, por lo demás, debe cumplir todo el derecho.

En otras palabras, el derecho individual de libre competencia encuentra su límite y su exceso en donde empieza la función social que debe cumplir el derecho individual en una sociedad competitiva, de libre mercado. Es obra de la jurisprudencia y de la doctrina encontrar ese punto de convergencia entre el derecho individual y su función social, para poder mantener ese claro equilibrio entre las fuerzas del mercado. Es esta la dinámica que en todo tiempo ha tenido y tendrá la actividad mercantil por la fuerza misma de los acontecimientos del derecho comercial.

Teoría del acto excesivo

Otros teorizantes, entre ellos el maestro Paúl Roubier, sostienen que el acto de competencia desleal es un "acto excesivo" por cuanto desvía de su finalidad los principios en que se fundamentan las libertades civiles, en la medida en que contraría los usos y las prácticas que en todo tiempo han movido la libertad de obrar en el comercio. En realidad esta teoría no es más que una presentación distinta de la teoría de Josserand, según la cual el acto de competencia desleal, en el fondo, es constitutivo de un abuso del derecho.

Teoría de la protección de la hacienda

Ripert y Carnelutti sostienen que las normas sobre competencia desleal son constitutivas de protección a la hacienda, al patrimonio de los demás comerciantes competidores. Al parecer estos autores se olvidan del consumidor y de la protección jurídica que a este se le brinda con las normas sobre prácticas restrictivas a la competencia.

Anteriormente se manifestó conformidad, en parte, con la teoría de Louis Josserand que encuentra en la competencia desleal un típico acto de abuso del derecho. Esta teoría considera que quien abusa, desvía la finalidad de su derecho y, en consecuencia, quien compete deslealmente, está desviando la competencia. Pero la adhesión por esta tesis es solo en principio, ya que se considera que el abuso del derecho y la competencia desleal son dos instituciones autónomas e independientes, que han encontrado en los ordenamientos jurídicos una reglamentación propia y en algunos casos con importantes diferencias. No necesariamente tiene que presentarse correspondencia perfecta entre los elementos de una u otra figura, so pena de que esta o aquella se desestructuren.

Concepto de competencia prohibida y competencia desleal

Competencia prohibida: Implica realizar una actividad económica cuando la ley lo prohíbe, se cumple cuando se infringen las normas relacionadas con las siguientes situaciones: 1) exclusividad que la ley otorga a ciertas actividades; 2) las condiciones que para el ejercicio de ciertos oficios exige la ley; 3) la prohibición especial concebida a favor de alguna empresa; 4) las prácticas de promoción y publicidad comercial e industrial⁵.

La competencia desleal: también llamada *comportamiento anticompetitivo*, es la práctica en teoría contraria a los usos honestos en materia de industria y de comercio. Se refiere a todas aquellas actividades de dudosa honestidad (sin necesariamente cometer un delito de fraude), que puede realizar un fabricante o vendedor para aumentar su cuota de mercado, eliminar competencia, etc.

El Art. 10 bis de la Convención de la Haya la define como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial".

Los medios son múltiples: a) publicidad emulativa, difamatoria, denigrante, referida a un competidor o categoría de competidores; b) violación de secretos de producción de la

⁵ GARRONE y CASTRO SAMMARTINO, Manual de Derecho Comercial, Abeledo – Perrot, 1996, Buenos Aires. Pág. 197.

competencia; c) desvío de empleados; d) cooperación en violación de contratos; e) imitación servil de productos; f) normas incorrectas antieconómicas de venta al público.

El Art. 80 de la Ley 1294/98 de Marcas lo define de la siguiente manera; “Constituye competencia desleal todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial y comercial”.

3. Actos considerados de competencia desleal por el Art. 108 de la Ley del Comerciante

El Art. 108 de la Ley 1034/38 del Comerciante establece que; “Sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre marcas, patentes y otros derechos análogos, no están permitidos y se consideran actos de competencia desleal, entre otros, los que se enuncian a continuación:

- a) Usar nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros;
- b) Imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquel;
- c) Difundir noticias o apreciaciones sobre los productos o actividad de un competidor, para ocasionar su descrédito o apropiarse de los méritos de los productos de aquel;
- d) Utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor.

Actos de competencia desleal realizados con dolo o culpas, presunción de culpabilidad del acto declarado de competencia desleal.

Art. 110 :“Los actos de competencia desleal realizados con dolo o culpa del agente le obligan a reparar el daño causado. La sentencia que así lo declare podrá ser publicada”

¿A quién corresponde la acción de reprimir la competencia desleal?

Art. 111: “Se presume, salvo prueba en contrario, que el acto declarado de competencia desleal es culpable. La acción encaminada a reprimir la competencia desleal corresponde al particular afectado y a las asociaciones profesionales interesadas”.

3. Transferencia de los establecimientos comerciales

Por múltiples razones (principalmente la protección de terceros acreedores) las distintas legislaciones, normalmente, disponen en forma particular y detallada sobre la transferencia de los establecimientos comerciales.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley del Comerciante se producían frecuentes y constantes abusos: mediante la transferencia de establecimientos comerciales solía defraudarse al adquirente, y más comúnmente aún, a los acreedores.

Art. 112: “Son elementos constitutivos de un establecimiento comercial, las instalaciones, existencias de mercaderías, nombre y enseña comercial, derecho al local, patentes de invención, marcas de productos y servicios, dibujos y modelos industriales, menciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial o industrial”.

Forma. Publicidad. Avisos y publicaciones. Enunciaci3nes de las publicaciones

Art. 113 de la Ley 1034/38 del Comerciante; “Toda transferencia de un establecimiento comercial por acto privado o en remate p3blico, deber3 ser anunciada con veinte d3as de anticipaci3n en dos diarios de gran circulaci3n por cinco veces alternadas durante diez d3as. Las publicaciones indicar3n la denominaci3n, clase, ubicaci3n del establecimiento, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y los del rematador o del escribano, en su caso”.

Declaraciones del enajenante

Art. 114: “El enajenante entregar3 al adquirente, en todos los casos una declaraci3n que contenga los cr3ditos y las deudas, con especificaci3n del nombre y domicilio de los acreedores y deudores, monto de los cr3ditos y deudas y fecha de vencimiento de los mismos”.

El derecho de oposici3n

Art. 115: “La transferencia no podr3 ser formalizada antes de transcurrido diez d3as de la 3ltima publicaci3n, plazo dentro del cual los acreedores podr3n notificar su oposici3n al adquirente, en el domicilio o denunciado en la publicaci3n, o al rematador o escribano que interviniera, exigiendo la retenci3n del importe de sus cr3ditos y su dep3sito en cuenta especial.

El derecho de oposici3n podr3 ser ejercido tanto por los acreedores reconocidos, como por los omitidos que presentaren los t3tulos de sus cr3ditos o justificaren su existencia por asientos llevados en los libros y registros de contabilidad”.

Art. 116. “Efectuado el dep3sito por el comprador, o, en caso, por el rematador o escribano, los oponentes dispondr3n del plazo de veinte d3as, a contar del vencimiento de los diez d3as que tuvieren para deducir su oposici3n, a objeto de gestionar el embargo de lo depositado.

Si no lo hicieren en dicho plazo, las sumas podr3n ser retiradas por el depositante”.

Art. 117. “En caso de que el cr3dito del oponente fuera cuestionado, el enajenante podr3 pedir al Juez autorizaci3n para retirar la parte del precio correspondiente al cr3dito de que se trate, ofreciendo cauci3n suficiente para responder por 3l.

Inscripci3n de la transferencia

Art. 118: “Publicados los avisos y transcurridos los diez días de la última publicación sin que se haya deducido oposición, podrá otorgarse válidamente el documento de transferencia. También podrá hacerse en el caso del artículo anterior.

Para que la transferencia surta efecto respecto de terceros debe celebrarse por escrito e inscribirse en el Registro Público de Comercio”.

Precio de la transferencia

Art. 119: “No podrá efectuarse la transferencia de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al importe de los créditos constitutivos de pasivo declarado por el vendedor, más el importe de las demás deudas no declaradas cuyos acreedores hubieren hecho oposición, salvo el caso de conformidad de los interesados”.

Inventario en el caso de la transferencia en remate

Art. 120: “En los casos de transferencia total o parcial en remate público, el martillero levantará previamente inventario de las existencias y lo anunciará en las publicaciones correspondientes, debiendo ajustarse a lo previsto para el caso de oposición. Si el producto del remate no cubriere la suma a ser retenida, el rematador depositará en cuenta especial, el producto total de la subasta, previa deducción de comisión y gastos.

Si el rematador hiciere pagos o entregas al vendedor mediando oposición, quedará obligado solidariamente con este respecto de los acreedores hasta el importe de las sumas entregadas”.

Responsabilidades

Art. 121: “Las omisiones o transgresiones a esta Ley harán responsables solidariamente por el importe de los créditos que resulten impagos como consecuencia de ellas y hasta el monto del precio de lo vendido, al vendedor, al comprador, y en su caso, al escribano o rematador que hubiere intervenido”.

Bibliografía:

- **GARRONE y CASTRO SAMMARTINO**, Manual de Derecho Comercial, Abeledo – Perrot, 1996, Buenos Aires.
- **HALPERIN, I.**, Curso de Derecho Comercial, T. I., Depalma, Buenos Aires, 1975.
- **BROSETA PONT, M.**, Manual de Derecho Mercantil, 2º de., Tecno, Madrid, 1974.

Currículo del Autor:

Abg. Leopoldo Maximiliano López Cañiza

Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2004). Master en Propiedad Intelectual por la Universidad Autónoma de Madrid (Año 2008). Profesor Auxiliar de la Enseñanza de Derecho

Mercantil (II) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Auxiliar de la Enseñanza de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Investigador del CICyT de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Ex becario del Instituto Autor y A.I.E. de España. Actualmente en ejercicio de la Profesión como Abogado del Estudio Jurídico Beconi de Asunción.