

Constitución económica y competencia desleal

(Reflexiones sobre la experiencia italiana) (*)

CANDIDO PAZ-ARES,

Departamento de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid

1. Si la función específica de la disciplina de la competencia desleal consiste en controlar la coherencia o conformidad de la actividad empresarial a un determinado *modelo de conducta*, no será difícil comprender por qué razón el punto neurálgico de toda la discusión doctrinal sobre la materia gravita en torno a la delimitación de este paradigma de comportamiento, generalmente definido en el plano positivo a través de cláusulas generales. Nos interesa, pues, indagar —y, en la medida de lo posible, esclarecer— el oscuro entramado sobre el que se asienta la reconstrucción de semejante paradigma o modelo; y al respecto —si contemplamos otros ordenamientos— dos parecen ser los puntos cruciales a dilucidar: de un lado una cuestión de prevalente interés doctrinal, ¿qué protege la normativa en examen? (*objeto de tutela*); de otro, el que resulta ser el inmediato problema de la jurisprudencia, ¿con arreglo a qué criterios se opera el juicio de lealtad o deslealtad? (*standards de enjuiciamiento*); bien entendido que, siendo temas diferentes, postulan planteamientos y soluciones solidarios. A los efectos de las presentes notas, sin embargo, hemos de ceñir nuestros propósitos a efectuar un sumario reconocimiento de la experiencia italiana —y más concretamente, de su evolución en el curso de estos últimos años (1)—; de la experiencia italiana, que, sin

(*) El presente estudio es el fruto de una *relazione* que desarrollé bajo la dirección del prof. Vito Mangini en el *Seminario de Diritto Industriale* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia (curso académico 1978-79). Aprovecho la ocasión para expresar al prof. Mangini el testimonio de mi agradecimiento por la ayuda que me dispensó en todo momento.

(1) La finalidad inmediata de este trabajo, en efecto, no es otra que la de recensionar la literatura habida en la última década sobre la cláusula general y, en concreto, las siguientes aportaciones: MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, en *Riv. dir. ind.*, 1966, pp. 186-236; cuyas tesis centrales son desarrolladas y precisadas en ID, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969; JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, en *Riv. dir. ind.*, 1970, pp. 5-149; SANTAGATA, *Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale*, en *Riv. dir. comm.*, 1971, pp. 141-210; trabajo éste que se culminará en ID, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975; UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, en *Riv. dir. ind.*, 1975, pp. 105-231; y GHIDINI, *Stealtà della con-*

ningún lugar a dudas, se muestra ejemplar en las materias aludidas. Mas no se crea por ello que se aspira a realizar un trabajo informativo de derecho extranjero en sentido estricto. No, se pretende más bien identificar líneas de tendencia de alcance más general y 'reflexionar sobre las profundas transformaciones que actualmente está sufriendo la disciplina; lo cual —habida cuenta además de la esencial fungibilidad de la doctrina elaborada en los distintos ordenamientos a la luz de las cláusulas generales de competencia desleal (2)— nos ha parecido especialmente oportuno

correnza e costituzione economica, Padova, 1978. En todas estas contribuciones —y en los términos que veremos— se ensayan nuevas construcciones del instituto de la competencia desleal que acaso hoy más que nunca se presenta —según dijera Bonfante a principios de siglo— como una «nebulosa de dudosa consistencia y con contornos vagos y oscilantes». Otros trabajos sobre la cláusula general que vieron la luz en el mismo periodo de los años setenta —v., por ejemplo, MARESCA, *La repressione della concorrenza sleale e la clausola generale di cui al n. 3 dell' art. 2.598 C. c.*, en *Volume celebrativo del XXV anno della Rivista di diritto industriale*, Milano, 1977, pp. 779-796— no introducen particulares innovaciones en la disciplina, por lo que no serán objeto de especial comentario. Por lo demás, las obras generales o colaterales que se hacen eco de lo que podemos considerar una verdadera nueva «teoría de la competencia desleal» serán citadas en el curso de la exposición.

(2) No en vano las cláusulas generales empleadas por los distintos ordenamientos para definir la «deslealtad económica» concuerdan en su disposición y en su estructura, aunque el criterio decisivo venga parafraseado con *distintas palabras*. Así, el Derecho alemán (cfr. § 1 de la UWG) califica de desleal el comportamiento concurrencial que vaya contra las *gute Sitten*, contra las «buenas costumbres»; una expresión ésta que remite a las *boni mores* del Derecho romano. En el ordenamiento suizo se hace referencia a los principios de la buena fe objetiva (*Treu und Glauben*). El decreto belga de 1934 sobre la competencia y también la nueva ley sobre prácticas comerciales (v. *Prop ind.*, 1972, pp. 44 y ss.) se refieren a los *usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle*. La fórmula proviene del art. 10 *bis* del Convenio de París (revisión de La Haya de 1925) sobre protección de la propiedad industrial, también ratificado por España [y sobre cuya directa aplicabilidad en el ámbito interno se inclina SÁNCHEZ CALERO, *Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales*, en *Anales de moral social y económica*, vol. 12, 1969, pp. 109 y ss. (pp. 8-10 de la separata)]. Tales «usos honestos» vienen asimismo considerados por la jurisprudencia francesa en el marco de la cláusula general del art. 1.382 del *Code civil* sobre el ilícito extracontractual; se toman pues indirectamente como criterio operativo, por carecerse allí de disciplina especial sobre la competencia desleal. El derecho italiano, en fin, adopta como parámetro de la lealtad la adecuación a los principios de la *correttezza professionale* en el art. 2.598 del *Codice civile*. En el Derecho español no tenemos ninguna cláusula general de competencia desleal, que pueda asemejarse a las que ofrece el Derecho comparado; lo más parecido que poseemos es el art. 10 del Estatuto de la publicidad de 1964, a cuyo tenor incurre en actividad publicitaria desleal quien actúe contrariamente a las *normas de corrección y buenos usos mercantiles*. Sobre la referida *fungibilidad* de todas estas fórmulas, v. SCHRICKER, *Concorrenza sleale compiuta attraverso la violazione di norme penali e amministrative*, en *Riv. dir. ind.*, 1972, p. 39, y JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 53-54. Una síntesis más completa del panorama del Derecho comparado (con las indicaciones bibliográficas imprescindibles) en BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 1981, pp. 149-156.

en un momento en que —aparecida ya la Constitución de 1978— se han agudizado la necesidad y la urgencia de la revisión que esta disciplina —y desde hace ya demasiados años— tiene pendiente entre nosotros. A tales efectos —y para dar un orden a la exposición— intentaremos trazar primero una síntesis elemental de cómo estaban planteadas las cuestiones referidas en la literatura clásica, de la que inevitablemente han debido partir los «nuevos escritos» (que son los que realmente nos interesan); se tratará después de ordenar los principales momentos de la nueva reconstrucción del paradigma de la disciplina, según éstos se deducen de las contribuciones en consideración. Finalmente ensayaremos una valoración global del cuadro resultante en el intento de captar el «cambio de rumbo» que —al igual que sucede en otras legislaciones— se está fraguando en el seno del ordenamiento italiano (3).

2. La disciplina de la competencia desleal surge en Italia en el marco de la norma general sobre el ilícito civil extracontractual (art. 1.151 del *Código Civile* de 1865) y da sus primeros pasos —como creación jurisprudencial— bajo el influjo de dos tendencias de marcado sabor *individualista*. La primera procede de la judicatura francesa que, recortada sobre las «exigencias de tutela del empresario», responde a un modelo de individualismo económico típicamente protocapitalista y se orienta muy decididamente hacia una protección reforzada y objetiva de los resultados de la iniciativa empresarial. En este sentido se reconduce la configuración de la disciplina al régimen de protección de los *derechos subjetivos* del empresario, ya sean de tipo dominical o de tipo personal. Por otra parte, se acusan también influencias de orden precapitalista, en las que las valoraciones asumen un fuerte tono moral y el juicio se ajusta al modelo penal: se considera el aspecto personal más que los resultados objetivos de la actividad empresarial (se responde por fraude o malicia, más que por los perjuicios patrimoniales inferidos al competidor). Esta segunda tendencia —que en los primeros años fue dominante— expresa más que la sensibilidad social del capitalismo, los postulados corporativos de una economía sustancialmente fundiaria (4). Pero a la larga habría

(3) Paradigmático al respecto resulta el caso alemán, del que esperamos poder ocuparnos en un próximo trabajo. Para una primera información v. BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. ult. cit.*, pp. 177-178 (sobre el *Funktionswandel* de la disciplina) y la bibliografía seleccionada en las pp. 168 y 183-185. Ejemplar —amén de sugestivo— el opúsculo de OTT, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht (Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik)*, en *Funktionswandel der Privatrecht-institutionen, Festschrift für RAISER*, Tübingen, 1974, pp. 403 y ss.

(4) Cfr. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 35-44 (passim) e *ibi* exhaustivas indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales. Las páginas corresponden al primer capítulo de la obra citada y reproducen básicamente el anterior escrito del autor, *La concorrenza sleale dalle corporazioni al corporativismo*, en *Pol. dir.* 1974, pp. 64 y ss. y 225 y ss. (del cual existe versión castellana resumida por Rojo en RDM 1976, pp. 7 y ss.).

de acabar por imponerse la tendencia francesa primeramente señalada (crecida en un clima más solidario al desarrollo industrial y mercantil). En este sentido, la óptica individualista de defensa del empresario se consagra definitivamente en el primer cuarto de siglo; es justamente entonces cuando se va percibiendo, cada vez más intensamente, la necesidad de una normativa específica sobre la materia (debido al déficit de la jurisprudencia aquiliana: exigencia de culpabilidad, necesidad del daño, criterios de antijuridicidad inciertos, etc.). Momento capital de esta tendencia será la revisión en La Haya de la legislación unionista de París, con la introducción del artículo 10 *bis*, que contiene una disciplina específica sobre la concurrencia desleal. Pero el exponente máximo de la tendencia protocapitalista vendrá dado por la regulación contenida en el artículo 2.598 del *Codice Civile* de 1942, al declarar en su núm. 3 que incurre en competencia desleal quienquiera que «se valga directa o indirectamente de cualquier [...] medio no conforme a los principios de corrección profesional y [que sea] idóneo para dañar la empresa ajena». Cristaliza así de modo definitivo la defensa de *intereses profesionales* —y el hecho de que el art. 2.595 prescriba que la competencia económica debe desenvolverse sin «lesionar los intereses de la economía nacional» nada desmiente de esta interpretación, sino que más bien es confirmación del espíritu que preside su consagración legislativa: la norma tiene como misión (en el marco del ordenamiento corporativista de 1942) procurar que empresarios singulares no puedan, en razón de intereses privados contingentes, actuar en contraste a la «ley de clase» hecha propia por el Estado. En este sentido, podría acaso decirse que la perspectiva, más que *individualista*, se revela *clasista*, lo cual viene también documentado por el artículo 2.601, que concede legitimación activa en materia de competencia desleal a las asociaciones profesionales de empresarios (5).

3. Interesa ahora examinar cómo esta orientación individualista o clasista que subyace tanto a la evolución como a la configuración legislativa de la disciplina determina la construcción dogmática del instituto desde la óptica del *derecho subjetivo absoluto* (una construcción que se prolongará e incluso pervivirá en nuestros días, aun después de haber cambiado en 1947 el fundamento del sistema anterior con la introducción del art. 41 de la Constitución al que se aludirá más adelante). El punto de partida de la elaboración dogmática reside en el encuadramiento de la disciplina que gobierna la competencia desleal en el marco del artículo 2.043 (como ya se hiciera bajo la vigencia del Código de 1865 en el

(5) GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 57-78 (passim); v. también SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., pp. 92 y ss., para un atento y cumplido examen de las diferencias que corren entre la fórmula unionista y la fórmula codificada en 1942.

art. 1.151). Se encuadra, pues, el acto desleal dentro de la categoría del ilícito extracontractual, en un momento en que la tesis mayoritaria en materia de responsabilidad civil es la llamada *doctrina típica*; una teoría —como se sabe— que requiere la violación de un derecho de carácter absoluto para que proceda la acción de responsabilidad (6). Consecuencia necesaria de semejante planteamiento fue la búsqueda afanosa de un *bien jurídico protegido* por la norma contenida en la cláusula general del artículo 2.598; un «bien» que expresase la existencia de un derecho subjetivo, cuyo sacrificio o lesión provocase la responsabilidad del empresario. Las numerosas respuestas que surgieron para atender a este problema pueden encuadrarse en dos grandes grupos a los que se aludirá en términos generales: por una parte, aquel grupo en el que se incluyen todas las tesis que individualizan un derecho de naturaleza *patrimonial* como objeto de la tutela; por otra, aquel otro grupo de opiniones que cifran el objeto de la protección en un derecho de la *personalidad*.

Dentro del primero se suceden una serie de tesis que identifican el bien jurídico protegido en la *clientela*, el *avviamento*, el *establecimiento* («azienda») y la *empresa* («impresa»). En realidad —se ha dicho muy certeramente—, se trata de opiniones que no presentan una sustancial autonomía las unas respecto de las otras; constituyen más bien formulaciones sucesivas de una misma idea global y unitaria, que se cifra en la construcción de un derecho subjetivo absoluto de carácter patrimonial (7). Pero si esto fuese verdad, si

(6) Cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 32-34 y 39-41, y FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1976, pp. 149-150. El problema ya se planteaba en estos términos—salvo escasas excepciones en que se configuraba el ilícito concurrencial como infracción de «normas prohibitivas»— a finales del XIX y principios del XX, en el marco, a nuestro modo de ver, dogmáticamente incorrecto, de la teoría del «abuso del derecho»: v. (ULMER)-SCHRICKEK, *La repressione della concorrenza sleale negli stati membri della CEE*, vol. V, Italia, trad. it., Milano, 1968, pp. 2-3.

(7) Así, entre tantos, JAEGER, *op. ult. cit.*, pp. 11-12. La tesis del *derecho sobre la clientela*, formulada por primera vez por VIVANTE (*La proprietà commerciale della clientela*, en *Riv. dir. comm.* 1928, pp. 493 y ss.), resulta muy criticable, entre otras razones, porque la «clientela» como tal no puede configurarse como un bien objeto de derechos subjetivos, debido fundamentalmente a su naturaleza no constante y variable y sobre todo porque no todos los actos de competencia desleal comportan una desviación de clientela. La propuesta de un *derecho sobre el avviamento* (*avviamento o goodwill*) se debe básicamente a ROTONDI (*Studi di diritto industriale*, Padova, 1957, pp. 122 y ss.). Aparte de las dudas que irremediabilmente suscita el mismo concepto de *avviamento* (por lo que le serían aplicables las observaciones anteriores), la crítica central se asienta sobre el hecho de que el ordenamiento, mientras admite y reconoce la propiedad industrial y la propiedad intelectual, otorgando a los titulares derechos absolutos de monopolio sobre tales creaciones inmateriales, no admite la llamada *propiedad comercial*; buena prueba de ello—dice Santini—es que tolera que el propietario o el nuevo arrendatario disfruten del *avviamento* del empresario que abandona el local. La tesis del *establecimiento* (*azienda*) es ideada por FERRARA (*Teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948, esp. pp. 113 y ss.) para intentar superar los inconvenientes de los planteamientos precedentes.

las construcciones fuesen impecables—señalaba ya Santini— las normas represivas de la competencia desleal deberían tutelar el *avviamento*, la clientela o la *azienda* contra cualquier acto de competencia que acarree un *damnum*, fuese este acto leal o desleal; si estas tesis estuviesen en lo cierto, la disciplina de la competencia haría surgir verdaderos *derechos de monopolio*, como sucede con otros bienes inmateriales (piénsese en las marcas o en las patentes). Y es claro —nadie lo pone en duda— que el derecho de la deslealtad no impone ningún deber absoluto de abstención (como hace la legislación sobre la propiedad industrial) (8). Desde este punto de vista, pues, semejantes planteamientos introducen claras fracturas en el sistema tanto desde el punto de vista político-jurídico, como estrictamente técnico-jurídico. Desde el punto de vista *político-jurídico*, porque afirmando la existencia de derechos subjetivos absolutos (aún con excepciones: la competencia leal), se daría ingreso en el sistema a nuevos derechos de monopolio que, en principio, son inadmisibles. Se concebiría la competencia desleal como regla y la leal como excepción, con el resultado final de atribuir un papel marginal al principio constitucional de la libertad de competencia. Además, por supuesto, se llevaría hasta sus últimas consecuencias la tutela individual del empresario, precluyendo la posibilidad normativa de cualquier tipo de protección social (consumidores, pequeña empresa, etc.). Desde el punto de vista *técnico-jurídico*, la tesis arrastraría también disfunciones en el sistema, haciendo extremadamente difícil la distinción entre actos de competencia desleal y aquellos otros que acostumbran a calificarse de *competencia ilícita* —entre nosotros, «competencia prohibida»—; es decir, violaciones de derechos de monopolio o de limitaciones legales o contractuales a la libre competición. Y esta distinción es de importan-

Según este autor, la *azienda*—derecho sobre un complejo de bienes productivos organizados concebido como un bien inmaterial autónomo más que como *universitas*—es el objeto de tutela de la disciplina de la deslealtad. Mas tampoco esta construcción resiste a una crítica severa: parece claro que en el caso del arrendamiento del establecimiento, producido el acto de competencia desleal, el derecho a ser indemnizado le está reconocido al empresario (arrendatario) y no al arrendador a quien lógicamente se le atribuiría acción si en verdad la disciplina de la competencia desleal tutelase la *azienda*. Además, es perfectamente imaginable un empresario sin *azienda*, el cual—como es obvio—no puede ser excluido por ello de la protección que le dispensa la normativa sobre la competencia desleal. Por último, la tesis del *derecho sobre la empresa* (desarrollada básicamente por NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, pp. 177 y ss.) tampoco parece muy consistente, pues le son oponibles argumentos similares a los anteriores. Las consideraciones críticas que hemos apuntado en esta nota pueden perseguirse—con mayor riqueza de particulares—en SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pp. 105-110; JAEGER, *op. cit.*, pp. 13-14; ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. esp., Barcelona, 1970, pp. 171-178; (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., pp. 41-43, a quienes me remito para ulteriores referencias bibliográficas.

(8) Cfr. SANTINI, *op. cit.*, p. 107.

cia fundamental para comprender el significado de la institución que nos ocupa (9).

Por tanto, dado que el bien tutelado no se puede buscar en la «competencia», será necesario hacerlo en la «deslealtad»: surge así la tesis del *derecho de la personalidad*, en un claro intento de superar las contradicciones e inconvenientes de las formulaciones patrimonialistas. Se trata de configurar un derecho subjetivo lo suficientemente elástico como para adaptarse a los límites insalvables de la «competencia leal». La tesis podría formularse de esta manera: la ley atribuye a cada empresario competidor un derecho subjetivo a la abstención por parte de los concurrentes de llevar a cabo actos calificados de desleales, cuyo contenido positivo sería asegurar una «probabilidad de ganancia». «Es un derecho de la personalidad —señala su más autorizado patrocinador (10)— [...] precisamente porque no requiere ningún particular supuesto de hecho constitutivo (pues se vincula) directamente a la existencia del sujeto, que de por sí goza a su vez de la posibilidad de ejercer una actividad empresarial». De ello, además, se derivan ciertas características como pueden ser su «no comercialidad», su «irrenunciabilidad», etc.

Però tampoco esta formulación ha quedado sin crítica. Crítica que, en síntesis, puede reconducirse a una doble observación. Por una parte, la construcción resulta a todas luces inútil; desde el momento en que el reconocimiento de un derecho subjetivo no ofrece ninguna pauta para delimitar la competencia desleal de la leal, dicho criterio distintivo ha de buscarse en otras sedes, lo cual pone de manifiesto que la elaboración dogmática no es más que «una superestructura superflua y carente de valor para el intérprete». Por otra parte, la circunstancia misma de que su más autorizado sostenedor haya manifestado notables incertidumbres acerca de la distinción entre competencia *desleal* y competencia *ilícita*, considerando el derecho de la personalidad a la luz de los derechos de monopolio —como límite absoluto de la libre competencia—, induce a una cierta preocupación sobre los reflejos político-jurídicos negativos de dicha tesis (11).

4. Este problema del *bien jurídico tutelado* (un problema claramente alemán en materia de responsabilidad civil, pues como es bien sabido el § 823 del B. G. B. requiere taxativamente la vulneración de un derecho subjetivo absoluto) es un problema que en Italia, hoy por hoy, debe considerarse superado. Aparte de las críticas ya avanzadas, en todas esas construcciones se acusa el

(9) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 21-23.

(10) ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., p. 186; v. también GUGLIEMMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, en VASALLI (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1970, pp. 12 y ss.

(11) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, p. 27 y SANTINI, *op. cit.*, pp. 111-112.

déficit metodológico más característico de la *Begriffsjurisprudenz* y del «método de inversión». En efecto, como no habrá pasado desapercibido, las formulaciones examinadas se proponen (como una cuestión que se determina *a priori*) identificar un determinado «bien» con preferencia sobre otros como objeto de tutela de la disciplina, en lugar de derivar las conclusiones directamente del dato normativo (12). A la superación de este *modus operandi* contribuyó de manera decisiva una monografía de los años cincuenta, cuyas conclusiones sólo muy recientemente han sido mayoritariamente acogidas. Configurando la norma contenida en el artículo 2.598 del *Codice Civile* como una *norma primaria* (y negando la existencia de derechos subjetivos absolutos a favor del empresario), se llega a la conclusión de que las normas que gobiernan la competencia desleal sancionan la violación de deberes y no el ataque de posiciones jurídicas subjetivas. Nos encontramos, en realidad, frente a normas que —como las reglas consuetudinarias y las reglas morales— son por excelencia *reglas objetivas*. Son reglas de conducta (*Verhaltensnormen*) que no hacen surgir derechos subjetivos (en ese caso estaríamos ante normas atributivas *Gewahrungsnormen*) (13). Se trata, por consiguiente, de normas que realizan una tutela objetiva (inspirada en el interés público general) y que regulan únicamente la conducta de los competidores, sin por ello atribuir derechos absolutos; de su violación sólo pueden originarse situaciones subjetivas que no preceden a la norma, sino que nacen cabalmente de su infracción (14). Ahora bien, afirmar que la

(12) «Semejante orientación—señala RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1962, p. 188—[...] seguramente es discutible desde el punto de vista teórico, ya que el concepto de derecho subjetivo acaba por vanificarse en un puro *nomen*, pudiendo muy bien ser utilizado para designar situaciones diversísimas entre ellas, unificables sólo bajo un aspecto externo, como es la posibilidad común de fundar una acción en el caso de que se haya producido un daño injusto. Y el error metodológico se convierte en un inconveniente de carácter práctico desde el momento en que la indiscriminada ampliación de derechos subjetivos absolutos, realizada *a posteriori* a través del expediente de la protección contra los daños, hace desaparecer precisamente la utilidad de la referencia a la noción de derecho subjetivo absoluto, que consistía, cabalmente en circunscribir la operatividad de la disciplina de la responsabilidad civil sólo a los casos en que ya estuviese reconocido por el ordenamiento un derecho subjetivo absoluto».

(13) Me refiero a la obra de SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., pp. 115-118. La tesis allí contenida puede considerarse hoy doctrina dominante: v. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica e concorrenza sleale*, en *Riv. soc.*, 1974, p. 463; (AULETTA)-MANGINI, *op. cit.*, pp. 141-144; FERRI, *Manuale*, cit., pp. 150-151; JAEGER, *op. cit.*, pp. 40-41; SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., pp. 34 y ss.; MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., p. 207.

(14) PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazione soggettive*, Milano, 1964, vol. I, p. 63. La tesis *jurídico-objetiva* sólo encuentra un argumento en contra: la concesión de una *acción inhibitoria* a favor de empresario concurrente sería prueba—se dice—de la existencia de un derecho subjetivo atribuido por la norma del artículo 2.598 (cfr. ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., p. 185). No parece, sin embargo, que se trate de un obstáculo insuperable. Existen otros supuestos en el ordenamiento en que la acción inhibitoria viene concedida no al titular de un derecho, sino al por-

disciplina de la competencia desleal atañe a la violación de deberes o que se dirige a garantizar las «reglas del juego» no es decir mucho. Hay que indagar también por qué se imponen tales deberes, en interés de quién se establecen. Y por lo que respecta a estas cuestiones, es menester declarar que la doctrina «clásica» no había avanzado gran cosa en esa difícil marcha hacia una eficaz tutela del consumidor y de los intereses colectivos. Se quedaba en fórmulas meramente retóricas, tales como «la protección del consumidor a través de la protección del empresario» (que actuaría como un *vicarius avenger* de aquél); «protección directa del empresario e indirecta de la colectividad», etc. (15).

5. Será la nueva literatura quien habrá de ocuparse de investigar mecanismos más eficaces de tutela de la parte débil en las relaciones características del mercado. Para ello partirá del panorama doctrinal preexistente —justamente ese cuyas líneas generales hemos intentado trazar en los epígrafes precedentes. Pero asimismo partirá de la consideración de las nuevas circunstancias externas. Con la caída del ordenamiento corporativo, la normativa del *Codice Civile* venía a situarse (primero en sentido material y después —con la Constitución republicana de 1947— también en sentido formal) en un ordenamiento diverso de la sociedad política que, mientras mantiene el principio de *libertad de empresa* como columna fundamental del sistema económico, todavía quiere condicionar su ejercicio en vista de la tutela de otros intereses y de otros valores, que se reconocen en conflicto con los propios de la corporación empresarial y a los que se sobreordenan. En efecto, el artículo 41 de la Constitución —norma cardinal de la constitución económica italiana— declara que «[L]a iniciativa económica es *libre*», para añadir a continuación que, sin embargo, «[N]o puede desenvolverse el contraste con la *utilidad social* o de forma tal que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana». Este precepto consagra el programa característico del Estado social de derecho, en cuyo seno —y en tensión— conviven dos formas de organización social: la norma económica (concurrential) y la norma tuitiva (de intervención) (16). A pesar de todo, hasta hace no muchos años, la previsión constitucional aludida viene interpretada como un simple hecho a reconducir a los esque-

tador de un simple interés, amenazado por una actividad ajena. De los artículos 1.171 y 1.172 del *Codice Civile* nacen, en efecto, acciones que se conceden no sólo al propietario cuando teme un daño para la cosa objeto de su derecho, sino también al poseedor cuando asimismo sienta amenazada la *res* objeto de su posesión. La inhibitoria, en este caso, tutela un simple *interés* y ningún derecho subjetivo (cfr. SANTINI, *op. cit.*, pp. 122-123; *amplius*, FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 142 y ss.).

(15) Cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 45-46.

(16) Cfr. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 80 y ss. e *ibi*. ultteriores indicaciones sobre toda esta compleja problemática.

mas tradicionales, más que como lo que realmente es: un dato modificador del entero sistema. La literatura moderna a la que quiero referirme se unifica en este punto y, por consiguiente, se acomoda a la necesidad de controlar la actividad privada de acuerdo con los cánones que se desprenden de la carta constitucional.

En ella se observa un denodado esfuerzo por configurar la disciplina de la competencia desleal de una manera más progresiva y por adecuar la escala de intereses vigentes en este sector del ordenamiento a la actual graduación constitucional, en un claro intento de enervar así el diverso orden de prioridad que había cristalizado en la praxis judicial y doctrinal. El punto de partida indeclinable de todos estos nuevos estudios puede cifrarse, por tanto, en el *propósito de sustituir una visión puramente individualista de la disciplina*, para hacerla más sensible a la consideración de los intereses de más amplias categorías de sujetos (17). En esta dirección, con la asunción de la naturaleza *jurídico-objetiva* a que había llegado la doctrina antecedente (v. *retro*, n. 4), se había dado un primer paso adelante para levantar los pilares teóricos sobre los que poder fundar una rigurosa ampliación de la esfera tuitiva. El paso siguiente para una verdadera materialización de la *función social del derecho de la competencia* (en la que el consumidor deja de ser «un simple objeto de dominio y coordinación de la actividad empresarial») (18) se busca a través de dos vías que deben ser cuidadosamente delimitadas: a través de la primera el interés público (básicamente, del consumo) entra como *objeto directo* de la protección; a través de la segunda, como *factor de valoración* de los intereses privados en conflicto (19).

(17) Cfr. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 462. Se trata de un ejemplo más en el que, en ausencia de modelos precisos de intervención legislativa, la doctrina ha elaborado técnicas de *consumer protection* para ofrecer al público, por así decirlo, una tutela indirecta, recurriendo a la disciplina de institutos surgidos en función de la protección de intereses empresariales [cfr. críticamente, ALPA-BESSONE-CARNEVALI-GHIDINI, *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, en GAMBARO (a cura di), *La tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1976, pp. 187 y ss.]. Para un análisis de las motivaciones a nivel ideológico y económico de este cambio de perspectiva, me remito a SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

(18) La frase es de TROCKER, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi* (a cura di) en GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 479. En términos similares se expresa Ghidini, quien pone de relieve que el interés del consumidor «es el de superar la subalternidad de la condición actual; el de ser sujeto y no (como actualmente sucede) objeto del proceso y de las relaciones de consumo» (GHIDINI, *Per i consumatori*, Bologna, 1977, p. 57).

(19) La distinción es de KRAFT, *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München-Berlin, 1963, pp. 202-203 (que hemos confrontado por la cita de JAEGER, *op. cit.*, p. 51). Hay que destacar, por otra parte, que la doctrina más tradicional—justamente aquella que participa en la discusión del *Rechtsgut*—no hacía entrar el interés público por ninguna de las vías mencionadas. Estas palabras de Ferrara son paradigmáticas en este sentido de toda una concepción *liberista* de la disciplina: «en este fenómeno de la competencia, el aspecto que primeramente ha llamado la atención del legislador ha sido el *interés de los mismos operadores eco-*

6. Refiriéndonos a la primera de las vías ensayadas, hay que comenzar señalando que ha sido rechazada frontalmente por la mayoría de la doctrina; ésta, aun pronunciándose de *iure condendo* por la oportunidad de su recepción, no la acepta de *lege data*. El argumento fundamental que se aduce en contra es que la legitimación activa en materia de competencia desleal está legislativamente reservada a los competidores dañados por la conducta ilícita y no se reconoce a favor de ningún sujeto en el que pueda verse un representante del interés de los consumidores o de la generalidad: el texto del artículo 2.601 del *Codice Civile* es claro a este respecto (20). Un autor, sin embargo, se ha manifestado con cierta consistencia frente a esta opinión preclusiva (21). Después de efectuar

nómicos [...] No es que no se fuese consciente de las ventajas derivadas de la concurrencia para la colectividad, pero se ha pensado que tales ventajas derivarían automáticamente de la tutela del interés de los operadores económicos, por lo cual al mismo (al interés general) no se le ha destacado, permaneciendo en un segundo plano. Y esto ha sucedido ante todo con la prohibición de los actos de competencia desleal» (FERRARA, *La tutela della libertà della concorrenza nel diritto italiano*, en AA.VV., *La libertà di concorrenza*, Milano, 1970, p. 17. Para una aguda crítica de esta visión del competidor como *vicarious avenger* del consumidor, me remito a SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 39 y ss., y a PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, en LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, p. 733 e *ibi* ulterior información. De esta última obra existe trad. esp., Bolonia, 1981).

(20) V., por todos (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., pp. 41 y ss., con abundante información. Por otra parte, me remito a GHIDINI, *La concorrenza sleale dalle corporazioni al corporativismo*, cit., pp. 225 y ss., para una reconstrucción histórico-ideológica del referido precepto sobre la legitimación activa.

(21) Me refiero a SANTAGATA, *Le nuove prospettive della disciplina*, cit. pp. 141 y ss. En este trabajo ensayaba el autor por primera vez su tesis, invirtiendo para ello la visión tradicional. Se venía a decir que, una vez demostrado y admitido que el interés protegido es el del consumidor (v. texto sucesivo), se seguiría la necesidad lógica de darle también legitimación procesal activa; conclusión que vendría permitida por las palabras del artículo 100 del *Codice di procedura civile*, a cuyo tenor «*per proporre una domanda [...] è necessario avervi interesse*» (cfr. también, SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., p. 49 y más analíticamente, SANTAGATA, *Concorrenza sleale e trasparenza del mercato*, Padova, 1979, pp. 132-133). En este punto, sin embargo, convergen muchas dificultades. La doctrina procesalista es unánime sobre el hecho de que un concreto *interesse ad agire*, requerido para la admisibilidad de una demanda judicial, por parte de quien está abstractamente legitimado para interponerla, no puede atribuir tal legitimación a quien no lo posea (cfr. PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, cit., p. 734; v. asimismo JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, en *Riv. dir. ind.*, 1971, pp. 171 y ss., quien, sin embargo y en función de su propia reconstrucción (v. *infra*, n. 9), todavía se muestra propenso a la «legitimidad de una intervención del Ministerio fiscal en los procesos de competencia desleal, ex artículo 70, párrafo 3.º del *Codice di procedura civile*, bajo la perspectiva del 'interés público'» (*ibi*, pp. 173-174, con ulteriores indicaciones). Otros autores—aun manifestándose abiertamente contra el artículo 2.601—entienden que, hoy por hoy, la normativa codificada corta el paso a otras alternativas «publicistas»: v. TROCKER, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 479 y ss. Este autor escribe que «[U]na vez admitido que, en el plano sustancial, el interés protegido [...] es también el público [...], el monopolio de la acción en materia de intereses tutelables en esta disciplina no debería ya ser concedido sólo a los competidores singulares y a las

una aguda valoración crítica de las soluciones imperantes que reducen la finilidad de la disciplina a la composición de conflictos interempresariales (en las que, por ende, los intereses de los consumidores no reciben sino una tutela *indirecta*), descubre el dato positivo que permite una construcción diversa —una apertura sustancial en la individualización de los intereses protegidos— en el n. 3 del párrafo 3.º del artículo 10 *bis* del Convenio de la Unión de París (22). En esta disposición —viene a decirse— se reprimen (como desleales las conductas que consistan en suministrar) indicaciones susceptibles de *induire le public en erreur*. Lo que equivale a decir que se margina una referencia inmediata a los empresarios concurrentes (la normal y regular en la disciplina «clásica») y se enuncia una llamada frontal a los consumidores. La situación de conflicto se traslada de este modo *desde el plano de las relaciones entre empresarios competidores* al nivel de las *relaciones de mercado entre empresario y público* (23). Por consiguiente —afirma Santagata—, la normativa que gobierna la competencia desleal se enriquece con una perspectiva conflictual nueva y diferente, ampliándose sustancialmente la que era su función originaria. La tendencia de fondo que expresa la consagración de esta nueva hipótesis típica de concurrencia desleal remite a un *nuevo objetivo* de la disciplina, que podría formularse así: función represora de las alteraciones artificiosas de la *libertad de mercado* en su incidencia tanto a nivel de oferta (acceso al mercado en condiciones de igualdad) como en el plano de la demanda (tutela del consumidor frente a todos aquellos fenómenos que puedan distorsionar

categorías empresariales organizadas» (*ibi*, p. 480). Y pone de relieve que, en el plano operativo, la ampliación del ámbito subjetivo de la legitimación «podría acaso realizarse con un pronunciamiento 'integrativo' de la Corte Constitucional, que declarase la ilegitimidad del artículo 2.601 en la parte en que no abre vía judicial a los consumidores» (*ibi*, p. 482). Así también GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 196 y ss. Se pone allí de manifiesto que la «exclusividad corporativa» del artículo 2.601 no es sólo una injusticia consumada del legislador ordinario, sino que también representa una «contradicción lógico-jurídica *interna* del sistema legislativo, en pleno contraste con el principio de igualdad, sancionado por el párrafo 1.º del artículo 3 de la Constitución» (*ibi*, p. 200) y «una injustificada disparidad de trato en perjuicio de sujetos portadores de intereses constitucionalmente relevantes (en cuanto que son reconducibles a la esfera de la 'utilidad social')» (*ibi*, p. 202). Propone, en consecuencia, también una «pronuncia *aditiva*» que declare la inconstitucionalidad de la disciplina positiva, en cuanto que no contempla como titulares de legitimación a sujetos extra-empresariales. Una propuesta similar —y más información— puede recabarse de UBERTAZZI, *Die Klagebezugsnis der Verbraucherverbände nach europaischem und italienischem Wettbewerbsrecht*, en GRURInt, 1979, pp. 80 y ss.

(22) Revisión de Lisboa de 1958, ratificado por Italia por Ley de 4 de julio de 1967, núm. 676, cuyo texto establece el compromiso de los Estados unionistas a reprimir en particular «*les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises*».

(23) Cfr. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., p. 19.

su elección) (24). Con esto —y la sucesiva demostración de la relevancia del nuevo precepto unionista en el derecho interno (25)— se formulan las bases de una teoría del derecho de la deslealtad que supera los presupuestos liberales que la habían inspirado y que desborda de modo manifiesto la formalización de los intereses en juego que había operado el Estado liberal de derecho, hoy igualmente sobrepasado. Así, la propuesta, fuertemente heterodoxa, «suenan como denuncia urgente de un sistema que en los hechos promueve los intereses empresariales y desatiende los del público» (26).

A esta argumentación fundamental derivada del artículo 10 *bis*, se suman otras consideraciones, entre las que, por la importancia que asumen en el discurso, destacaríamos dos: La primera de ellas hace referencia a la disciplina codificada de la concurrencia. En ella —se arguye— puede percibirse ya el ocaso de la orginaría dialéctica individualista, pues en algunos de sus preceptos se registra una tendencia marcadamente *iuspublicista*; paradigmático resulta a este respecto el ya citado artículo 2.595, conforme al cual «[L]a concurrencia debe desenvolverse sin lesionar los intereses de la economía nacional...». Esta norma pone de relieve muy claramente la subordinación (o funcionalización) de la competencia a la consecución del interés general (en la definición fascista). Y la misma idea se constata en la *Relazione al Codice Civile*; la economía corporativa, se dice allí, «ya no confía su equilibrio al juego automático de los intereses individuales —a la *invisible hand* smithiana—, sino a la coordinación unitaria y racional de las fuerzas productivas, bajo el control del Estado» (27). El significado de este nuevo entendimiento de la competencia es importante para la configuración de nuestra disciplina, pues con él entra en crisis otro de los grandes postulados en que se apoyaba la construcción clásica y que fuera teorizado básicamente por los tratadistas alemanes: la *neutralidad político-económica* de la normativa reguladora de la competencia desleal (28). El legislador del 42, al codificar las reglas de la concurrencia, perseguía el objetivo ulterior de articular la disciplina en el cuadro de más amplias y precisas directrices de política económica que trascendían manifiestamente la simple composición de intereses empresariales eventualmente contrapuestos (29). Así se explica la incidencia de esta normativa en el ámbito de la *libertad de mercado*. Sin embargo, por ahora, en el discurso lógico (e histórico) que traza Santagata, los principios de corrección profesional (*correttezza professionale*) a que se remite la cláusula general, se inscriben —como no habrá pasado desapercibido—

(24) *Ibid.*, pp. 26-27.

(25) *Ibid.*, pp. 54 y ss. En contra (ULMER)-SCHRICKER, *La repressione della concorrenza sleale*, cit., p. 190.

(26) Así, PARDOLESSI, *op. loc. últt. citt.*

(27) SANTAGATA, *op. cit.*, p. 148 (y también pp. 130 y ss.).

(28) *Ibid.*, pp. 159 y ss. 293 y ss.

(29) *Ibid.*, pp. 161-162 y 205.

en la solidaridad corporativa; por lo que se hace necesario pasar a la solidaridad social que inaugura la carta constitucional de 1947 (30). Entramos así en la segunda consideración a que nos referíamos hace un momento y que constituye, sin lugar a dudas, el punto vertebral de la nueva construcción.

Partiendo de la tesis de la *funcionalización de la empresa* que operaría el artículo 41 de la Constitución (31), se entiende que la eficacia de la disciplina constitucional no se debe limitar a una simple superposición parcial de un modelo axiológico diverso, sino que por el contrario debe comportar una inmediata *cualificación normativa de las conductas concurrentiales* (32). Esta inmediata y derecha eficacia preceptiva del artículo 41 (en claro contraste con el art. 2.595 del *Codice Civile* al que aludíamos hace un momento) llena de sentido *nuevo* la normativa codificada: el interés social se impone sobre el interés corporativo (sobre la «ley de clase»). El dictado constitucional en conclusión, justificaría una genérica sobreordenación de los intereses de la colectividad de los consumidores respecto de aquellos propios de los empresarios (33). Mas decir esto poco nos ayuda para comprender las dimensiones concretas y operativas de la disciplina. De la normativa constitucional el intérprete sólo puede recabar un *criterio de base*; por lo que resulta imprescindible una precisión normativa de los intereses protegidos por la fórmula de la «utilidad social» que utiliza la constitución. A este respecto —señala Santagata— se requiere una rigurosa selección de aquellos índices normativos que sean coherentes con el mandato constitucional y que al mismo tiempo presenten un grado

(30) *Ibid.*, p. 170.

(31) Se trata éste de un punto debatidísimo en la doctrina italiana. En síntesis, *funcionalización de la empresa* significa requerir que cualquier actividad empresarial, constitutivamente, contribuya de un modo positivo a la realización de la utilidad social; lo que paralelamente comporta la posibilidad, por parte del juez ordinario, de enjuiciar—sin necesidad de la mediación del derecho ordinario—la coherencia de una determinada conducta a la referida «utilidad social». Merecen destacarse en favor de esta tesis, BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, en *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 153 y ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1955, según quien—muy claramente expuesto—la actividad privada sólo es legítima en cuanto socialmente útil (cfr. *ibi*, pp. 89 y ss.); RODOTA, *Note critiche sul tema di proprietà*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1.287 y ss. Para una información más completa me remito a SANTAGATA, *op. ult. cit.*, p. 173, nota 91. Más recientemente, son de gran interés CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione «vivente»*, Padova, 1978, pp. 18 y ss. [con completísima información del desarrollo que ha recibido el tema en las diversas sedes judiciales (constitucional, ordinaria y administrativa)] (*ibi*, pp. 79 y ss.) y también, DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978, pp. 145 y ss. A mi juicio, el problema no puede ser suficientemente contestado en el plano de las argumentaciones técnico-formales; es un problema, cuya naturaleza aparece *necesariamente* «política» (cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 708).

(32) Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

(33) *Ibid.*, p. 186. En el sentido de que en la utilidad social se comprende cualquier especie de interés público, v. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 177.

de generalidad lo suficientemente amplio como para consentir la deducción de criterios directivos válidos en la específica materia de la concurrencia desleal. Tales requisitos parece reunirlos la disciplina *antitrust* comunitaria (arts. 85 y 86 del Tratado de Roma) y, más en concreto, el precepto que regula las condiciones de exención (el n. 3 del art. 85, la *rule of reason* positiva del derecho antimonolítico europeo). En el análisis de esta norma (34) ya no resulta difícil identificar cuáles son los «intereses generales» protegidos por las normas reguladoras de la competencia desleal y cuál resulta ser su enfoque correcto. Estos *intereses generales* (que traducen la fórmula genérica del art. 41) no coinciden exactamente con los intereses de los consumidores, ni con los de los empresarios, ni siquiera con los intereses estructurales de la economía. El artículo 85, 3, dibuja más bien un *modelo transaccional* de todos ellos. Semejante modelo podría expresarse en la siguiente cita que transcribo: la norma del artículo 85, núm. 3, sanciona «la dialéctica entre la tendencia al beneficio de los empresarios (*animus lucrandi*) y la aspiración de los consumidores a participar en las ventajas que derivan de sus iniciativas anticoncurrenciales; y más en profundidad, entre los intereses de los diversos operadores a la conservación de la estructura de mercado y las tendencias —de las cuales se hacen portadores los participantes en los carteles— de racionalización de la producción y de la distribución cuyas peculiares modalidades de realización pueden entrar en conflicto con la instancia de la libertad individual de competencia» (35). En definitiva parece claro cuáles son los intereses que reclaman protección en sede de competencia desleal: ni sólo el propio de los consumidores ni exclusivamente el de los empresarios; se exige pues una evaluación conjunta de todos ellos y aún de otros estructurales del Estado (generales pero a largo plazo que es la óptica característica del orden público).

El tono —y la construcción— del discurso parecerá, sin duda, muy abstracto; y seguramente lo es. Ello no quiere decir, sin embargo, que carezca de eficacia operativa. Más adelante (v. *infra*, n. 11) intentaremos ejemplificar estas nociones generales por referencia a hipótesis típicas de actos de competencia desleal y esperamos que allí pueda percibirse la «razón práctica» que subyace a estas reconstrucciones del paradigma de la lealtad competitiva. Ahora —y antes de proseguir con el examen de otros planteamientos asimismo «críticos»— conviene revisar la congruencia de la argumentación expuesta; probar su rigor a la luz de «otra visión» de las cosas. Ello porque parece que al menos dos de los momentos claves de la argumentación manifiestan cierta debilidad. Así, por una parte, resulta cuando menos dudoso que el artículo 10 *bis* del Convenio de París (en el n. 3 del párrafo 3.º) —que, como sabemos, constituye el punto de partida en la elaboración— admita una lec-

(34) Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, pp. 200 y ss., 210 y 273-288.

(35) *Ibid.*, pp. 289-290.

tura tan radical como la que efectúa Santagata. En efecto, una reconstrucción de los elementos constitutivos del *typus* de la publicidad insincera pone necesariamente en primer plano, junto a la falsedad de la afirmación publicitaria, el elemento de la *idoneidad para engañar* (36). Y si esta interpretación no es incorrecta, por fuerza hemos de admitir que el consumidor ya no juega o desenvuelve el papel jurídico (normativo) de portador de un interés directamente protegido—que le legitimaría activamente para dirigirse contra el empresario—, sino que desempeña la función más modesta de ofrecer el índice de engañabilidad de la *réclame*, en cuanto sujeto último que es de toda actividad económica. En esta visión de las cosas, se observa con claridad meridiana que la referencia a la idoneidad del acto para *induire le public en erreur* no parece tener otro significado que el de describir completamente el supuesto de hecho contemplado por la norma (37), permaneciendo fuera de la previsión normativa la *directa* tutela del consumidor (38).

Pero es que además —limitándonos a las referencias mínimas— toda la ulterior construcción se hace descansar sobre una hipotética funcionalización de la actividad empresarial, que realizaría el artículo 41 de la Constitución. Se trata —según queda dicho— de una hipótesis muy discutible, que pone en peligro la consistencia de todo el razonamiento sucesivo (39). Por dos razones;

(36) Cfr. MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 469.

(37) *Ibidem*.

(38) A estas objeciones ha contestado SANTAGATA, *Concorrenza sleale e trasparenza di mercato*, cit., pp. 125-129.

Otra cosa es —con respecto a la tesis de Santagata— que las proposiciones normativas a través de las cuales se juzga la licitud de la publicidad insincera—esto es (i) la publicidad insincera contradice los intereses del «sistema» de mercado, en cuanto que genera desconfianza en su capacidad para representar los valores objetivos de las prestaciones; y (ii) se opone a la utilidad social, en cuanto que obstaculiza el ejercicio de la libertad individual de elección económica (cfr. GHIDINI, *Stealtà della concorrenza*, cit., pp. 166-167)—acojan como parámetros de enjuiciamiento las valoraciones constitucionales, en un sentido al que nos referiremos más tarde (v. *infra*, n. 10).

(39) No admiten la funcionalización, entre otros, ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza*, cit., pp. 24-25; FERRI, *Manuale*, cit., p. 23; GHIDINI, *Stealtà della concorrenza*, cit., pp. 90 y ss.; JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 131 y ss.; MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 91 y ss.; MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, en *Riv. dir. civ.* 1958, pp. 618 y ss.; SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1970, pp. 116 y ss. Más información en MARCHETTI, *op. últ. cit.*, p. 91, nota 52. Recientemente—y con abundantes referencias a la doctrina constitucionalista y administrativa—, v. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione vivente*, cit., pp. 18 y ss.; también BARRESI y COMUNALE, *Libertà de iniziativa economica e utilità sociale*, en *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, pp. 203 y ss. Interesa poner de manifiesto que, sin embargo, y por lo que concierne a la doctrina industrialista que está a la base de estas reflexiones, aunque se niegue la funcionalización, se admite la directa eficacia interpretativa del precepto constitucional en la materia: v. GHIDINI, *op. últ. cit.*, p. 90 (e *infra*, n. 10); JAEGER, *op. cit.*, p. 133; SENA, *op. últ. cit.*, p. 133. Una especial atención debe prestarse a la posición de Galgano, según quien la norma del párrafo 2.º del artículo 41 de la Constitu-

primero, porque opera un muy dudoso salto lógico: el límite externo de la actividad económica (la utilidad social) resulta configurado como *esencia* de la misma actividad (40). Segundo, porque la inmediata eficacia preceptiva del artículo 41 vendría en definitiva a atribuir al juez un poder de establecer la conformidad o disconformidad de la praxis empresarial a la «utilidad social» y, por consiguiente, vendría a conferirle también un poder de fijar criterios de control, que el mismo artículo 41, en su párrafo 3.º reserva a la ley (41). «Significaría, en realidad, obligar a los particulares a adivinar las normas que incumbiría crear al juez: el contraste de semejante conclusión con los principios del Estado de derecho no puede menos de inducir a dudar de la directa eficacia imperativa del precepto constitucional» (42). Lo que rectamente entendido no significa tampoco que quede impedido el establecimiento de una función material de la constitución para la interpretación de las normas ordinarias, que deben ser aplicadas en el caso concreto (43). Así en materia de competencia desleal, ciertamente hay que canalizar hacia la cláusula general los principios de la constitución económica; mas su *modo de transformación* en derecho de la deslealtad debe ser cuidadosamente delimitado: tales criterios deben actuar como *criterios-limite* y no como *criterios directivos*. Es decir, la deslealtad de una determinada actividad provendrá únicamente de la trasgresión *absoluta* de los intereses que caben dentro

ción tiene como destinatarios a los órganos legislativos del Estado: «será la ley quien deberá valorar lo que corresponde y lo que, en cambio, contrasta con la utilidad social» (GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1978, p. 103). «Formular esta conclusión—añade— no significa [...] declararse contrario a una funcionalización de la iniciativa económica privada a la utilidad social; significa más bien oponerse a la idea de que la iniciativa económica privada haya sido ya funcionalizada por el artículo 41, párrafo 2.º de la Constitución». La razón consiste en que es la ley —«que es elaborada por las asambleas elegidas, directa emanación de la soberanía popular»— quien permite, con la participación política de los ciudadanos y el debate de las fuerzas políticas (quien permite, decíamos) establecer de manera más adecuada la coherencia entre actividad económica y la utilidad social (cfr. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978, pp. 84-85). Y ello en la inteligencia de que sólo así se alcanzará una funcionalización *real* y *democrática* (v. también GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, en GALGANO, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, Padova, 1977, pp. 551 y ss. y GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 184-185).

(40) Cfr. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata*, cit., pp. 513-514.

(41) Cfr. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia*, cit., *loc. cit.*, y MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 91-92.

(42) Cfr. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione*, cit., p. 623. El mismo autor pone de relieve que semejante orientación funcionalizadora resulta «incluso en el plano político escasamente aprobable» en cuanto que la «reivindicación de los institutos previstos por la Constitución debe ser clara y fuerte: la instancia no debe ser debilitada por la puesta en funcionamiento de subrogados» (*ibi*, p. 636). V. también GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 84 y ss. y DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, cit., pp. 151 y ss.

(43) Cfr. GHIDINI, *op. ult. cit.*, pp. 121-122. Críticamente, SENA, *Boicottaggio*, cit., pp. 124 y ss.

de la fórmula de la utilidad social; y no —como pretendería Santagata— de la ausencia de utilidad social en la conducta (que supondría predicar la licitud del acto sólo en cuanto contribuya positivamente a la utilidad social). Por otra parte, la deslealtad se produciría automáticamente cuando se lesionase *absolutamente* alguno de los intereses tutelados por la constitución económica: cuando se lesionase la *libertad económica* o la *utilidad social*, que, en este sentido, funcionan como criterios autosuficientes (44).

Las consideraciones críticas avanzadas no excluyen sin embargo, la adhesión a otras manifestaciones también recientes que tienden asimismo a afirmar la relevancia en la disciplina de la competencia desleal de intereses no exclusivamente individuales; esta vez, empero, tales intereses (en síntesis: públicos) se contemplan, no como objeto directo de la tutela, sino como «parámetros de valoración de los intereses privados en conflicto» (45).

7. En esta perspectiva—que niega la posibilidad de estimar un interés público como objeto directo de protección en razón a insalvables límites positivos, pero que al mismo tiempo abre de modo *riguroso* la disciplina a la tutela de otras categorías de sujetos (46)—, en esta nueva perspectiva, decíamos, puede ser ahora el momento de considerar dos elaborados proyectos, cuya característica común consiste en entender la cláusula general no como una norma de *heterointegración*, sino de *autointegración*. El problema fundamental que discutiremos ahora remite al segundo punto, que configura —según anticipábamos al principio— un paradigma sobre la competencia desleal: el problema relativo a los criterios conforme a los cuales se habrá de operar el juicio de deslealtad. Problema que acaso sea el capital de la materia. Y a este respecto es preciso avanzar que calificar la cláusula general como una norma de autointegración significa entender que los *standars* de enjuiciamiento de lealtad competitiva se encuentran dentro del ordenamiento y no fuera; significa afirmar que la cláusula general no reenvía a otros ordenamientos (*scil:* extrajurídicos, tales como el ordenamiento moral o social). En este sentido es en el que hay que entender las nuevas propuestas; en el sentido de que tienden a convertir —como diría Ott— la *Sittenwidrigkeit* en *Rechtswidrigkeit*.

Mas antes de proceder a su examen y al igual que hicimos

(44) Cfr. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 90-93.

(45) V. aquí MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 470 e ID, *Funzioni del marchio e interessi dei consumatori*, en *Riv. dir. ind.* 1979, p. 92.

(46) Cuando decimos en el texto *riguroso*, queremos significar que se hace necesario pasar del *nivel retórico* (en el que la identificación de intereses públicos permanece carente de efectos) al *nivel operativo* en el que tales intereses no sólo se proclaman, sino que asimismo se toman en consideración como elementos decisivos en el pronunciamiento (cfr. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 47-49 y 101-102).

en relación al «bien jurídico protegido», será conveniente trazar una síntesis de las doctrinas clásicas (aún hoy dominantes); de las doctrinas que califican y entienden la cláusula general como norma de heterointegración, porque ello nos situará en la perspectiva correcta para comprender el alcance y el significado de la tesis autointegradora. La cuestión se formularía así: **Habida cuenta que la cláusula general es una norma en blanco que contiene además un concepto jurídico indeterminado, es necesario atender a estos dos interrogantes: primero, ¿qué tipo de juicio se le pide al juez?; y segundo, ¿qué poderes se le reconocen para llevarlo a cabo** Al respecto y en líneas generales, podemos individualizar dos grandes corrientes de opinión en la doctrina tradicional (que, en cada autor concreto, adquieren matizaciones distintas). A tenor de la primera de ellas el juicio requerido al juez es de orden estrictamente *fenomenológico*; se le atribuyen poderes únicamente para verificar la disciplina y aplicarla al caso concreto. La norma general del artículo 2.598 reenviaría a la praxis de los empresarios; consiguientemente los principios de la corrección profesional vendrían integrados por los *usos empresariales relativos a actividades económicas concurrenciales* (47). Todas las tesis que se reconocen dentro de este grupo doctrinal presentan sin embargo un grave problema técnico: el *riesgo de lagunas* en la disciplina; riesgo, el referido, que se produce a un doble nivel: en el nivel objetivo de la existencia de los usos (¿qué sucede con una práctica «manifiestamente injusta» sobre la que no existe un uso empresarial formado?) y en el nivel subjetivo, caso de haber usos y valoraciones no homogéneos de ciertas conductas concurrenciales en el seno de la categoría empresarial (piénsese en el supuesto de un acto que se considera leal por la gran empresa y no por la pequeña empresa) (48).

(47) El principal representante de estas tesis es FRANCESCHELLI (*Sulla concorrenza sleale, en Riv. dir. ind.*, 1954, pp. 205 y ss.). Los argumentos aducidos en su defensa pueden reconducirse a los tres siguientes: (i) en otro caso, vendrían a faltar los que constituyen los dos elementos esenciales de la norma jurídica: la certeza y la anterioridad del hecho a la norma; (ii) en la *Relazione al Codice Civile* se afirmaba que el n. 3 del artículo 2.598 efectúa una «implícita referencia a los usos de las diversas actividades profesionales»; (iii) como argumento colateral, se subraya la conformidad de este planteamiento con la fórmula del artículo 10 *bis* del Convenio de París. JAEGER (*op. cit.*, pp. 58-59) critica estos argumentos con cierta consistencia; así, de una parte, pone de manifiesto cómo la doctrina dominante ha desvalorizado los argumentos provenientes de la *Relazione* al Código surgida en un ambiente (corporativo) radicalmente transformado. Por otro lado, el argumento de la fórmula unionista—se dice con razón—es más bien un argumento contrario, pues la dicción «usos honestos» reenvía más a la moral que a la praxis convencional: es más decisivo el adjetivo que el substantivo. Para más información me remito a la monografía fundamental de PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962, pp. 102-106 (crítica a la tesis fenomenológica) y *passim* (sobre los planteamientos tradicionales); v. también UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 107-109.

(48) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 61-64, y GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 118-119.

Según la otra corriente de opinión —decididamente minoritaria—, la norma del artículo 2.598 pediría al juzgador un juicio ético o *deontológico* sobre la práctica en causa, con lo que —como fácilmente se advertirá— paralelamente se le concedería una cierta potestad normativa creadora (49). Las críticas fundamentales de que ha sido objeto esta tesis podrían reconducirse, de una parte, a los peligros connaturales a la distinta sensibilidad y sentido jurídico de los jueces (a la llamada *subjektive Gefühlsjurisprudenz*) y, por otra, a un dato normativo que parece no tenerse en cuenta. En efecto, parece que cualquier juicio moral o ético comporta o exige que exista una conciencia de la contradicción del acto con la ética (antijuridicidad por la vía de la heterointegración) y, por tanto, presupone una cierta cupabilidad por parte del agente. Mas, como la mayor parte de la doctrina entiende que para la calificación de un acto como desleal no se requiere ni dolo ni culpa (en base al art. 2.600, 1.º, que prescribe que «[S]i los actos de competencia desleal se realizan con dolo o culpa, su autor deberá satisfacer el resarcimiento de los daños»), la conversión del juicio de deslealtad en un juicio ético resulta difícilmente viable. Por otra parte, siendo pacífico que en esta materia no tiene relevancia alguna el fin subjetivo (*i. e.*: la intención del agente), sino que únicamente adquiere trascendencia el medio utilizado (*ex n.* 3 del art. 2.598), es menester concluir que el legislador impone una interpretación objetiva de las prácticas en cuestión (50).

Observamos, en todo caso, algunos rasgos comunes a ambos planteamientos: primero que los dos configuran —como ya adelantábamos— la cláusula general contenida en el artículo 2.598 como una norma de heterointegración; y segundo, que ambos se muestran (casi) unánimes al identificar única y exclusivamente a los empresarios como los sujetos creadores de las normas que deberán ser integradas a través de la cláusula general (51). Por lo que no es aventurado concluir que utilizando estos criterios estamos protegiendo los intereses de tales sujetos (los empresarios), cuya «moral profesional» o cuyos «usos sociales» pueden estar en contradicción con los intereses de otras categorías de sujetos (en sín-

(49) En el seno de esta formulación general hay que diferenciar dos planteamientos distintos; por una parte, el de aquellos autores que entienden que el reenvío se debe entender hecho a la *ética general* (de la colectividad) (cfr. AULETTA (—MANGINI), *Delle invenzioni industriali*, cit., páginas 170-174). Por otra, la tesis de aquellos tratadistas que suponen hecha la remisión del art. 2.598 a la *ética propia de la categoría empresarial* (cfr. FERRARA, *Teoría giuridica dell'azienda*, cit., pp. 619-621). La jurisprudencia —v. las citas de UBERTAZZI, *op. cit.*, en la nota 7 de la p. 190— parece seguir una vía intermedia entre las soluciones fenomenológica y deontológica; según una fórmula que se acostumbra a repetir en los considerandos, el núm. 3 del art. 2.598 reenviaría a los «*principios éticos universalmente seguidos por los empresarios que se han convertido en costumbre*».

(50) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, pp. 86-88, y GHIDINI, *op. cit.*, p. 117.

(51) Cfr. UBERTAZZI, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

tesis: meta-empresariales): «Los cartagineses —decía Polibio— no consideran torpe ninguna fuente de riquezas».

Las nuevas propuestas parten de la necesidad imperiosa de superar —como venimos repitiendo— la visión individualista que se deduce de estas concepciones clásicas y de la necesidad también de lograr una mayor certeza en la interpretación de la cláusula general, que procure un mayor control (por parte de la doctrina) de la aplicación jurisprudencial de los principios de la *correttezza professionale*. Arrancan, en definitiva de la necesidad de individualizar un parámetro de evaluación que no tenga su origen (como *de facto* sucede en la praxis judicial) en una elección del Juez en gran medida discrecional, sino que se derive de un procedimiento lógico que pueda ser rigurosamente reconstruido y controlado (52).

8. Las nuevas tesis se esfuerzan, en definitiva, por formular *criterios jurídicos de valoración*, aunque —como ya sabemos— no hacen ingresar el interés público de un modo directo, sino como parámetro referencial de dicha valoración (en el argumento desistivo de que la ley no atribuye legitimación activa al consumidor) (53). Nos referiremos en primer lugar a la tesis según la cual los principios de corrección profesional a los que reenvía el n. 3 del artículo 2.598 no son otra cosa que *principios y reglas de naturaleza prevalentemente económica* (54). Se parte de la consideración de

(52) Conviene señalar, sin embargo, que ciertas tesis modernas también defienden orientaciones de tipo *heterointegrador*. En este sentido hay que destacar las contribuciones de Ghidini (sobre la que volveremos, *infra*, número 10) y de UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale*, cit. Este último autor, después de un análisis de las «fuentes de conocimiento» de los usos (v. *ibi.*, pp. 122 y ss.) y de las «formas de su prueba» (cf. *ibi.*, pp. 142 y ss.), llega a la conclusión de que, en realidad, la jurisprudencia enjuicia la *correttezza* en base a parámetros diversos a los que proclama, acabando, en la mayoría de las ocasiones, por convertir el juicio de lealtad en un *juicio personal* (cf. *ibi.*, pp. 153-154). Razón por la cual el autor propone una investigación empírica y experimental de las valoraciones empresariales a las que remite el *Codice Civile* de acuerdo con los métodos de la sociología (cf. *ibi.*, pp. 158 y ss. y 183). Será interesante, a los efectos de comprender las dimensiones reales de la propuesta, analizar el estudio empírico que el autor incluye como apéndice de su trabajo (v. *ibi.*, pp. 183-231). Este planteamiento se inscribe en la línea de la elaboración de TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen. Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt, 1971.

(53) V. *retro*, nota 21. Debe concederse a SANTAGATA (*Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., pp. 8-9) que aunque se asuman los intereses públicos como parámetro de lealtad, permanece siempre el peligro asociado a la eventualidad —de cada vez más frecuente constatación— de *conductas colusivas de todos los empresarios del sector* (v. también *ibi.*, pp. 39 y ss.).

(54) Así, MARCHETTI, *Il paradigma*, cit., p. 211. La tesis se ve desarrollada en *Boicottaggio*, cit., esp., pp. 236 y ss., y se orienta en la línea del temprano trabajo de SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des par. 138 Abs. 1 B. G. B.*, Marburg, 1963 (si bien, con la

que la disciplina de la competencia desleal (inderogable e irrenunciable —es pacífica su naturaleza *imperativa*—) presenta una cierta impronta publicista» y que contribuye directamente (a través de una prevalente tutela de intereses privados) a garantizar aquella forma institucional de mercado que constituye la finalidad primaria de la disciplina antimonopolística. No se puede excluir que ambas normativas protejan —aún con intensidad y formas diversas— las mismas series de intereses y que, por ende, la violación de la disciplina *antitrust* conduzca necesariamente a la violación del n. 3 del artículo 2.598 (55). La argumentación de estos planteamientos se articula en dos momentos principales: por una parte, en un atento análisis de las motivaciones de las sentencias que aplican el artículo 2.598, en las que (más allá de ciertas enunciaciiones de principio y afirmaciones de estilo) se percibe cómo el juez funda su convencimiento sobre la deslealtad de una determinada práctica en su conformidad o disconformidad a ciertas exigencias económicas que —poco importa ahora si con razón o no— él estima corresponden a las exigencias y a las valoraciones de política económica y de estrategia empresarial de un determinado sector del tráfico (56). El segundo argumento es positivo: el legislador —como se sabe— se remite a los principios de corrección *profesional*. Este adjetivo «profesional» no debe entenderse, sin embargo, como una forma de identificación del ambiente social del que se deba recibir la valoración de lo desleal (ambiente empresarial). El adjetivo tiene más bien una función (selectiva) de determinar cuáles de entre los posibles juicios de corrección deben recibirse en la cláusula general, lo cual —señala Marchetti— obliga a asimilar la dicción «profesional», no a los calificativos «ético» o «convencional», sino a la palabra —y al significado— *económico* como, por lo demás, se confirma en el examen de otros preceptos del *Codice Civile*, tales como el artículo 2.082 o el 2.083 (57).

Dados estos pasos, es todavía necesario construir *jurídicamente* ese juicio económico, pues —como es evidente— en otro caso poco habríamos avanzado. Para ello se parte nuevamente del pensamiento de que la función de la disciplina de la deslealtad no consiste en introducir un mínimo ético en la aspereza de la vida de los negocios, sino más bien en asegurar que esa aspereza de la lucha concurrencial no conduzca a negar la lucha misma, es decir, la competencia. En esta lógica, el n. 1 del artículo 2.598 que prohíbe realizar «actos idóneos a crear confusión con los productos y con la actividad del concurrente» no puede entenderse dictado por la nece-

diferencia fundamental de que en la monografía de Simitis se lleva a cabo una más precisa *juridificación* del modelo de lealtad: v. *ibi.*, pp. 47 y ss.).

(55) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 202-203. En realidad, entre la disciplina de la competencia desleal y la disciplina *antitrust* no corre un simple *paralelismo*, sino una verdadera *interferencia* (de *policy*): v. *ibi.*, página 219.

(56) V. sobre todo, MARCHETTI, *Paradigma*, cit., pp. 211 y ss.

(57) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 242-243.

sidad de hacer penetrar principios éticos en la «jungla» de la vida económica, sino que debe considerarse inspirado en un principio medular de la economía liberal, a cuyo tenor el consumidor debe ser formalmente libre (y, por ende, no engañado) en la formación de sus propias decisiones de mercado. Entonces, si efectivamente la finalidad de la competencia desleal en su conjunto se cifra en asegurar el funcionamiento de un cierto modelo económico, resultará claro que también el reenvío a los *principi di correttezza professionale* debe ser entendido e interpretado bajo este mismo prisma *funcional* (58). Mas la función a que estamos aludiendo tendrá que actuarse con arreglo a algún programa de objetivos, que el derecho de la competencia desleal (derecho blanco) no tiene en sí mismo. ¿A quién compete, pues, definir semejante programa? La respuesta parece obvia: incumbirá a la disciplina *antitrust* hacer aquello que trasciende la tarea de la disciplina de la competencia desleal, es decir, traducir a mandatos jurídicos los objetivos político-económicos que se estimen más oportunos en un momento dado. De lo que se sigue que competirá a las normas que gobiernan la concurrencia garantizar en las relaciones privadas la efectiva realización de los principios cardinales de la economía de mercado que el derecho *antitrust* ordena observar (59). Desembocamos así en la afirmación de que el juicio de deslealtad se convierte en último término en un juicio *antitrust*, con lo que —si tenemos en cuenta que el modelo económico concurrencial ha sido establecido en beneficio de intereses generales (meta-empresariales)— es fácil concluir que a través de esta solución resultan atendidos los intereses de los consumidores (*recte*: tutelados). No ciertamente como objeto directo de la protección, aunque sí como resultado de un tipo de juicio, que cabalmente es eso lo que persigue (60).

9. Al lado de esta tesis, es menester todavía considerar otra (61), cuyas conclusiones podemos considerar similares. Se identifica ahora el juicio de corrección profesional (*i. e.*, de deslealtad) con una *valoración comparativa de los intereses de las partes en conflicto* (62). Pero como no será difícil advertir, la mentada «valoración comparativa» requiere la previa elaboración de criterios que puedan emitir un juicio de valor (o desvalor) sobre

(58) *Ibid.*, pp. 244-245.

(59) *Ibid.*, pp. 248-249.

(60) No estará de más apuntar que «una orientación como la ahora señalada no parece estar muy lejos de la orientación dominante en la doctrina y en la jurisprudencia anglo-americana y francesa, que interpretan el acto de competencia desleal como un abuso de la libertad de competencia» (MARCHETTI, *Il paradigma*, cit., p. 212, e *ibi*. más precisas indicaciones).

(61) Nos referimos a la desarrollada por JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 95 y ss., que se sitúa en la línea que fuera abierta en Alemania por KRAFT, *Interessenabwägung und gute Sitten*, cit., pp. 119 y ss. y 175 y ss.

(62) Cfr. JAEGER, *op. cit.*, p. 95.

la situación conflictiva que se ventila en el juicio. Y tales criterios —parece claro también— no podrán ser los propios de los competidores en conflicto, cuya tutela se estime digna por parte del ordenamiento. Esos serán los intereses generales, asociados básicamente a las necesidades del consumo. Y es preciamente a ellos (a esos intereses) a los que les corresponde jugar el papel —afirma Jaeger— de «*parámetros de valoración* de los intereses de los empresarios en conflicto, en el sentido de que el juez deberá, entre las posiciones en contraste, asignar la prevalencia a aquella que estime más conforme (o si se prefiere, menos disconforme) [...] con la utilidad social», que, por imperio del art. 41 de la Constitución, representa el valor de mayor prioridad. El juicio propuesto, por consiguiente, sustancia una *relación típica de instrumentalidad (y jerarquización) entre intereses* (63), y, por otra parte, se adecúa perfectamente a las exigencias de la justicia material, pues consiente decisiones concretas que tengan en cuenta índices tales como la dimensión de la empresa, su actividad, la posición de las partes en el mercado, las condiciones del mercado en que se opera, etc.

Hay que decir, sin embargo, que este planteamiento no se encuentra muy alejado del anteriormente examinado (64), aunque eso sí, parece bastante más elástico. Como en aquél, la protección recibida por el interés general abandona la vía tradicional de las declaraciones retóricas —toda protección de intereses privados encuentra su justificación última en un superior interés público, etc.—, para convertirse en un momento esencial del juicio sobre la lealtad o deslealtad de los comportamientos mercantiles.

10. Por último, no estará de más pasar revista a otra propuesta que no difiere mucho —desde el punto de vista político-jurídico— de las ya vistas, aunque formalmente se enuncia como una tesis «clásica». Se propone, en efecto, una interpretación según la cual el reenvío del artículo 2.598 a los principios de la corrección profesional debe ser entendido como un reenvío a *valoraciones empresariales* (65), aduciéndose en defensa de semejante solución razones de no excesivo peso, tales como el argumento histórico (en el sentido de que una reconstrucción histórica muestra claramente los impulsos corporativos hacia una disciplina legislativa informada por los intereses profesionales) o el argumento de técnica legislativa (en el sentido de que la utilización de una cláusula general requiere una integración por parte del juez consistente en atribuir un contenido concreto a un concepto jurídico indeterminado; una integración que no puede detenerse en valoracio

(63) *Ibid.*, p. 101.

(64) El mismo JAEGER así lo afirma: *op. cit.*, p. 111; y MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., p. 467. Críticamente, sin embargo, MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., p. 246, nota 101.

(65) Cfr. GHIDINI, *Stealtà della concorrenza e costituzione economica*, cit., p. 96.

nes personales del juzgador, sino que debe quedar referida a conceptos que emerjan del contexto social y, concretamente del contexto empresarial, pues eso viene establecido de modo expreso por la norma cuando califica la corrección de *profesional* (66).

Pero, como decíamos, sólo formalmente parece una tesis diversa. El autor inmediatamente se encarga de precisar el sentido y los límites de la remisión de los *standards* de deslealtad a las valoraciones de los empresarios. En efecto, pronto se nos advierte que el reenvío de la cláusula general hay que entenderlo referido a las elecciones objetivas de política empresarial variables en razón de la situación objetiva y del programa de cada empresa. Elecciones las mismas que en ningún caso pueden identificarse con la valoración subjetiva de los empresarios, sino que deberán ser extraídas de una experiencia histórica determinada. El corolario necesario de semejante concepto de «valoración empresarial de la corrección empresarial» es que se acentúa el carácter *relativo* del juicio de deslealtad. El desarrollo económico se caracteriza por una progresiva diversificación de los intereses empresariales (que ya no pueden ser definidos en términos unitarios); y justamente a esta creciente diversificación corresponden una variedad de elecciones objetivas de política empresarial, con arreglo a las cuales habrá de efectuarse el juicio de deslealtad; por lo que—como es obvio—en cada caso habrá que elegir entre los diversos *modelos de lealtad* que se hallen en conflicto. Esta decisión comporta el segundo momento del juicio. Si el primero fue el de la identificación de tales modelos, corresponde a este segundo la cualificación de los mismos (67). Y es precisamente en esta sede de cualificación donde el autor se remite a datos estrictamente jurídicos, cuyo momento superior vuelve a cifrarse en el tantas veces citado artículo 41 de la Constitución; de tal forma que el juez deberá descartar aquel modelo concurrencial que, sobre la base de un objetivo reconocimiento de los valores constitucionales, estime lesivo de la utilidad social y, más ampliamente, contrario a los intereses constitucionalmente garantizados (68). Una vez más, sin embargo, la aplicación de la directriz constitucional indicada exige que el intérprete especifique los contenidos de los principios-límite de la constitución. Dicha especificación, habida cuenta que la reserva de ley opera también respecto de la utilidad social (cfr. nn. 2 y 3 del art. 41 Const.), habrá de llevarse a cabo a través del análisis de la legislación ordinaria que traduce y desarrolla el artículo 41; y muy concretamente habrá de estarse a aquellos índices normativos (de rango ordinario), cuyo objetivo sea el gobierno de la actividad empresarial—entre los que serán preponderantes los índices de derecho público (tanto nacionales como internacionales). Piénsese

(66) *Ibid.*, pp. 104-108.

(67) *Ibid.*, pp. 98-102.

(68) *Ibid.*, pp. 116-120.

se en este sentido en las múltiples normas de derecho administrativo en materia de competencia de precios; mas sobre todo piénsese en las normas comunitarias *antitrust* (y muy especialmente en el artículo 86 del Tratado de la C.E.E., que prohíbe las prácticas vejatorias o discriminatorias realizadas por empresas dominantes), normas comunitarias, repito, que abren una importantísima vía de desarrollo de la disciplina de la competencia desleal (69).

11. Llegados a este punto, es hora ya de intentar identificar la clave que explique lo que está pasando; de individualizar qué fuerzas impulsan las importantes transformaciones que está sufriendo—según hemos tenido ocasión de considerar—la disciplina de la competencia desleal. El *Leimotiv* parece claro: se intentan superar las disfunciones de una visión individualista en un sistema, cuya escala axiológica aparece con un marcado sabor social. Pero ¿cuál es el sentido preciso en que se manifiesta ese intento? No se nos oculta que el panorama trazado a lo largo de los epígrafes precedentes induce a pensar en una valoración abstracta y apriorística de los intereses; en una construcción eminentemente teórica, que puede carecer o tener muy escasa relevancia operativa. Ello, sin embargo, no sería sino un error de óptica. A nuestro juicio, las cosas son bien distintas; nos atreveríamos incluso a decir que todos los intentos de una renovación axiológica de la disciplina obedecen—más que a razones de legitimación del sistema—a exigencias exquisitamente *prácticas*, a la necesidad, en definitiva, de *ampliar e! área del ilícito concurrencial y de extender la función misma de la disciplina*.

A nuestro modo de ver, la configuración clásica de la disciplina estaba condicionada por la *protección privilegiada del estamento económico poseedor*; de la categoría empresarial. Se explica así que el campo del ilícito se circunscriba a la lesión inmediata de valores económicos apropiables particularmente. En concreto, la función de la disciplina se ceñía a estos tres supuestos: protección del desarrollo tecnológico que ya no podía ser tutelado por el derecho industrial; protección de la identidad de la empresa, del establecimiento y de los productos más allá de la protección monopolística que dispensa la disciplina sobre signos distintivos; y protección contra la intromisión de un competidor en la organización productiva y distributiva de otro (soborno de empleados, dénigración, sustracción del clientela, etc.). Limitada a esta triple función, y a tales efectos tuitivos, es evidente que resultaba suficiente identificar un «bien jurídico protegido» y operar el juicio de lealtad con arreglo a criterios endocategoriales, ya fueran éstos morales o convencionales.

Las tesis examinadas pretenden manifiestamente ampliar tan

(69) *Ibid.*, pp. 121-131 *passim*.

restringida área del ilícito; y muy en concreto, quieren extenderlo a dos nuevos ámbitos, cuya censura estaba vedada por la configuración tradicional de la normativa. La primera de ellas se refiere al vasto campo de las *prácticas abusivas*. Con lo que la función de la disciplina se ve completada con una nueva tarea: *el control del poder económico en el mercado*. Aunque ésta parece la función genuina del derecho *antitrust*, necesitaba ser ayudada y desarrollada a través de mecanismo de control más flexible, a los efectos de la represión de prácticas *incipientes*, que, violando la «razón política» de la legislación antimonopolística, no podían sin embargo censurarse en sede *antitrust*, ya que no reunían todas las condiciones formales y materiales requeridas por la tipificación legal de las conductas. Habría que incluir aquí, cuando menos, tres grupos de hipótesis, que sólo una inteligencia avanzada y progresiva de la normativa de competencia leal deja fuera de la impunidad. Son esas, de una parte, las formas anticoncurrenciales en la lucha de precios (rebajas, prácticas *dumping*, desdoblamiento de precios). Los supuestos que podríamos calificar de conductas «depredadoras». Por otra parte, también habría que incluir aquí las luchas en el mercado que manifiestan abusos en relación al que llamaríamos «competidor débil» [ventas con regalo, explotación del llamado poder de demanda (*Nachfragemacht*), etc.]. Por último, serían asimismo catalogable bajo esta nueva forma del ilícito concurrencial, los supuestos de lucha concurrencial por obstaculización, tales como el *boycott*, discriminaciones, etc.

El segundo área de ampliación del ilícito concurrencial que parece tener presente la nueva configuración de la disciplina podría englobarse bajo el título de *distorsión de la decisión del consumidor*, que correspondería a una paralela extensión de la función tuitiva de la normativa en examen: *protección de la autonomía del consumidor*. Habría que incluir aquí, al menos, cuatro tipos diferentes de hipótesis. Por una parte, los atentados contra la correcta información del consumidor o usuario (supuestos, básicamente, de publicidad desleal). Además habría que catalogar todos los supuestos de abusos contra el consumidor, producidos en determinadas situaciones sociales y que ponen en peligro, a causa de su específica estructura, la libertad de decisión (piénsese, por ejemplo, en los viajes de propaganda, en los regalos publicitarios, en las visitas a domicilio, en la publicidad telefónica, etcétera). Por último, no se pueden olvidar aquí esa amplia tipología de estrategias comerciales que quieren utilizar circunstancias psíquicas particulares para manipular la voluntad del consumidor (apelación al inconsciente, etc.) (70).

(70) Cfr. OTT, *Systemwandel im Wettbewerbsrecht*, cit., pp. 421-430. De gran interés para asomarse a la nueva perspectiva puede ser la verificación empírica de ERICKSON, *Unfair Trade Practices under Section 5 of the Federal Trade Commission. A Statistical Evaluation*, en *Antitrust Bulletin*, vol. 22, 1977, pp. 643 y ss.

Si debiésemos ahora precisar el modelo político-jurídico que emerge de esta reconstrucción, habría que constatar ante todo la creciente *vis atractiva* de la *antitrust policy*. Como es bien sabido, el derecho *antitrust se encuentra* en «relación de tensión» con el derecho de la propiedad industrial, en cuanto que éste protege y define derechos absolutos de monopolio. Ello no ofrece dudas (71). Pues bien, sin llegar a atacar tales derechos de monopolios —y en ocasiones incluso se llega a hacer, aún de manera parcial (72)—, lo que sí es cierto es que la *Spanungsverhältnis* que Fikentscher había teorizado en relación asimismo al derecho de la deslealtad tiende a ser cancelada (73); en esta línea es evidente la tendencia a no proteger los que eran los supuestos más característicos de la competencia desleal en su versión tradicional es decir, los supuestos de confusión (*passing of*); paradigmática a este respecto puede ser la cada vez más acusada tendencia a no considerar actos de competencia desleal los casos de invasión de zona de exclusiva, la imitación servil, la concurrencia parasitaria, etcétera (al menos, cuando tales prácticas son realizadas por pequeñas empresas). Paralelamente —como hemos anticipado— se tiende a expansionar el área del ilícito por otras vías, cuya finalidad evidente es la conservación de una determinada estructura de mercado (piénsese —como veíamos— en el *dumping*, *boycott*, ciertas políticas de precios, etc.) (74). La dirección de la evolución podría definirse por una progresiva ampliación funcional de la disciplina de la competencia desleal, en la que la protección de la libertad ya no aparece como un problema independiente, sino más bien como un supuesto especial de protección de la lealtad competitiva (75).

12. Por lo tanto —insinuada su funcionalidad operativa— se nos permitirá todavía hacer una breve recapitulación del modelo que se deduce de la nueva literatura que hemos analizado a lo largo de estas páginas. A tres puntos podría reconducirse el esquema: (i) Por una parte, a la afirmación de que la disciplina de

(71) Cfr. FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, pp. 209-211.

(72) En este sentido es muy sintomática la jurisprudencia de las Comunidades Económicas Europeas, que tiende a *limitar* el derecho de monopolio que atribuye la legislación en materia de propiedad industrial: v., por ejemplo, GÓMEZ-SEGADE, *Panorámica del derecho de la libre competencia en la C. E. E.*, en *Actas de Derecho Industrial*, 1978, pp. 106 y ss.; y el libro colectivo *L'incidence du droit Communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle*, Paris, 1977, e *ibí.* ulterior información.

(73) Cfr. FIKENTSCHER, *op. ult. cit.*, p. 300, y *loc. ult. cit.*

(74) Cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., pp. 238-241; JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., pp. 103-109; GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., pp. 161-163; AULETTA-MANGINI, *Delle invenzioni industriali*, cit., pp. 161-163; MANGINI, *Iniziativa economica pubblica*, cit., pp. 474-475.

(75) Cfr. BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG*, en *ZHR*, vol. 144, 1980, p. 170.

la competencia desleal evidencia o manifiesta—nótese que no se dice *tutela*—directamente los intereses de los empresarios por imperio de la tipología de situaciones que caben dentro de la norma que contiene el artículo 2.598: *acto de competencia* (que comporta la exclusiva consideración de empresarios en conflicto), con la que es coherente la norma aludida de legitimación procesal activa. Pero igualmente tutela el interés general—sobre el que se organiza y justifica el modelo económico de mercado—; y en efecto, éste viene atendido desde el preciso momento en que el juicio de lealtad se hace descansar en un juicio de coherencia con la *public policy* económica. (ii) Por otra parte, semejante orden público económico se concreta a través de múltiples normas, cuyo esqueleto fundamental se articula en tres momentos principales: norma constitucional, disciplina comunitaria *anti-trust* y cláusulas codificadas de la concurrencia. El modelo se recompone del siguiente modo: un precepto indeterminado de la carta constitucional (que en el plano de la interpretación y por ende, de la aplicación del juicio de lealtad se traduce en una directriz *necesaria* para el juez) reenvía a dos conceptos: libertad de iniciativa y utilidad social. Mas la propia generalidad de estas prescripciones obliga a una delimitación más puntual; que, cabalmente, se llevará a cabo a través de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. La libre iniciativa se materializaría en una política concurrencial, cuyos tres puntos basilares son: (a) una decisiva presunción a favor de la competencia contra acuerdos que tiendan a eliminarla de cualquier modo; (b) una fuerte política dirigida a proteger la existencia, libertad y oportunidad del pequeño empresario en su concurrencia con la gran empresa; una directiva ésta que no sólo se basa en consideraciones económicas—creencia en la mejor ejecución de un mercado organizado competitivamente—, sino también en valores políticos y sociales y en conceptos de lealtad, y (c) una marcada tendencia de estímulo y reforzamiento de la disposición a competir, aunque de ello resulte el monopolio; y ello tanto para prevenir su perpetuación dilatada o injustificada (del monopolio, por supuesto), como para asegurar un tratamiento no discriminatorio de aquellos con los que el monopolista comercia (76). (iii) La *utilidad social*, por su parte, intervendría finalmente como una *sui generis rule of reason* de la disciplina de la deslealtad; y ello a los efectos de compensar y complementar la protección del consumidor, que sólo indirectamente sale protegido del juicio anterior; el dato normativo de referen-

(76) Cfr. TURNER, *The Principles of American Antitrust Law*, en AA. VV. *Comparative Aspects of Antitrust Law*, London, 1969, p. 6. Este esquema debemos darlo por admitido en el seno de la disciplina comunitaria de la concurrencia, a pesar de las diferencias que existen entre la *policy* antimonopolista europea y americana: cfr. a este respecto, JONES, *American Antitrust and E. E. C. Competition Law in Comparative Perspective*, en *Law Quarterly Review*, vol. 70, 1974, pp. 191 y ss. (la diferencia fundamental residiría en una diversa actitud frente a las *concentraciones*).

cia—entre otros de relevancia en el caso concreto de que pudiese tratarse—vendría dado por el modelo transaccional ya aludido, tal y como se deriva del n. 3 del artículo 85 del Tratado constitutivo de las Comunidades Económicas Europeas.

La conclusión de todo ello aparece ahora con evidencia: la convergencia de dos disciplinas clásicamente separadas y distintas; convergencia que podría expresarse en la fórmula de la *racionalidad antitrust de la cláusula general*, en el sentido de que es la disciplina antimonopolista quien suministra a la disciplina de competencia desleal un modelo normativo respecto al cual operar el juicio de lealtad de una determinada actividad empresarial (77)

13. Una última consideración. El punto de vista que proporciona la competencia desleal constituye, como el *Aleph* de Borges —y perdónese el recurso a la literatura de ficción— un mirador privilegiado para captar algunas de las transformaciones más importantes que está experimentando el derecho privado de nuestros días, en trance de abandonar definitivamente los postulados del Estado liberal para acomodarse al nuevo programa que inaugura el Estado social (78). Ciertamente no es éste el lugar ni tampoco el momento más adecuado para abordar el complejo temario que ya este solo enunciado anticipa, pero al menos parece oportuno preguntarse hasta qué punto la evolución reseñada da testimonio de la definitiva transformación—como se temía Friedrich von Hayek—de las reglas de justa conducta políticamente independientes, típicas del derecho privado tradicional, en normas políticamente dependientes de organización hasta ahora características del derecho público (79); y es menester preguntarse asimismo si no estaremos asistiendo al tránsito definitivo de un tipo de pensamiento jurídico causal—asociado al programa condicional del Estado clásico de derecho—hacia otro que se mueve en coordenadas funcionales y *policy-oriented* (80); de un derecho privado

(77) A la luz de estas nuevas ideas nos preguntamos (*in limine*) si acaso no se podría intentar una reinterpretación del discutido párrafo d) del artículo 3 de nuestra *Ley de Prácticas restrictivas de la competencia*, que diese cuenta de todas estas transformaciones de la disciplina de la deslealtad.

(78) Se ha podido decir así que los cambios sufridos por el Estado, por la sociedad y por el ordenamiento jurídico y su influencia en la reconstrucción doctrinal de las categorías jurídicas encuentra una *expresión ejemplar* en la disciplina de la competencia desleal (JOERGES, *Die klassische Konzeption des Internationalen Privatrechts un das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, en *RabelsZ*, 1972, p. 489).

(79) Cfr. v. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, London, 1973, p. 142. En general, sobre esa transformación del Derecho privado por obra de la legislación social, v. *ibi.*, pp. 141 y ss. De esta obra existe trad. esp. Madrid, 1981.

(80) Me remito a las excelentes páginas que MANGABEIRA-UNGER le dedica al tema en su libro *Law in a Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1977, pp. 193 y ss.

entendido como constelación de derechos subjetivos a un derecho que piensa ante todo en términos de protección institucional (81); de un ordenamiento preocupado en definitiva y sobre todo por la garantía de las condiciones ambientales de la libertad y seguridad hacia otro más sensible a la regulación y transformación material de la sociedad civil (82). Estas son sólo algunas de las tendencias evolutivas que acusa el ordenamiento contemporáneo y que la disciplina de la competencia desleal registra con singular precisión; en este sentido se habrá advertido cómo se ha pasado —o se está pasando— de una *disciplina de cuerpo* (con una exclusiva función de «policía del comercio») a una inteligencia de la normativa de la deslealtad en clave de institución auxiliar de la constitución económica (*Marktrecht*); como las buenas costumbres (o los usos honestos o los principios de corrección profesional) han cedido su puesto —según señalara Ott— a la «política económica y a la política social»; como de la protección de derechos subjetivos se ha llegado a una tutela de la institución misma del mercado o de la libre competencia; como en suma, de concebirse como una *lex constitutio* —para emplear la terminología de Forsthoff— la disciplina de la deslealtad ha pasado a ser primariamente entendida como *lex actio*. Todas estas y muchas más son cuestiones generales de radical trascendencia para la comprensión de la disciplina y, en general, del moderno derecho privado; cuestiones generales que, como tales, sólo pueden quedar insinuadas en un trabajo de esta naturaleza.

(81) Cfr. RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, en ID, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg-Ts. 1977, pp. 124 y ss.

(82) Cfr. GARCÍA-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 110-113 y 22 y ss.

