

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SECRETO DE EMPRESA Y LA COMPETENCIA ECONÓMICA

I. Introducción.

La decisión de conservar una información en secreto constituye un acto de iniciativa económica²⁸⁰. El secreto empresarial procura a quien lo domina una ventaja que se esfuerza en conservar evitando su divulgación. Así, el mantenimiento del secreto responde a una concreta estrategia competitiva, adoptada por representar la forma de aprovechamiento de los resultados de la propia actividad que se juzga más oportuna y conveniente²⁸¹. Al efecto, debe tenerse presente la situación de agudizada lucha concurrencial que define el mercado actual. En principio, casi todos los

²⁸⁰ Así, vid. AUTERI, P., "Il segreto industriale", en *Il segreto nella realtà giuridica italiana (Atti del Convegno Nazionale, Roma, 26-28 ottobre, 1981)*, Padova, 1983, p. 328 y FRIGNANI, A., "Secretos de empresa. ..", en *op. cit.*, p. 257.

²⁸¹ En igual sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 392.

competidores tienen acceso a las mismas fuentes de materias primas y pueden dedicarse a vender los mismos productos, de modo que el problema radica en encontrar compradores. En la pretensión de cada competidor de captar para sí un comprador no sólo se aspira a realizar una puntual transacción comercial, sino que se persigue de modo esencial la conservación de clientes ya adquiridos, la conquista de uno nuevo con esa concreta y determinada operación y, a su vez, la adhesión de este último como adicto a la empresa para futuras compras²⁸².

Para la consecución de este codiciado y común objetivo resulta imprescindible diferenciarse de los demás. En efecto, la competencia en los modernos mercados se caracteriza por esta tendencia a la diferenciación frente al competidor²⁸³. El empresario empleará en este empeño de

²⁸² Lo más valioso que tiene la empresa son sus compradores, sus clientes (el denominado «círculo de clientela»). Sin embargo, la eventualidad caracteriza estas adhesiones a la empresa, que sólo pueden entenderse con carácter provisional sin que sobre las mismas se ostente señorío alguno [la clientela constituye un indiscutible valor empresarial o económico, en el que suelen concretarse todos los demás, pero no existe ningún derecho sobre la clientela, puesto que iría contra la misma libertad de competencia (así, vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 31)]. Como advierte la doctrina (así, vid. GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 42-43 y BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 259-260), las empresas no gozan de una situación plenamente estable, sino que se hallan expuestas a los riesgos dimanantes de que sus clientes o suministradores realicen sus operaciones con otra empresa. En efecto, el logro de sus objetivos depende, en último término, de un elemento tan mudable como la opinión humana a la que se reduce la elección del que compra. En este sentido, atraer y captar esa elección hacia sí constituye un derecho de todo competidor (derecho a *optar* por la clientela, no a mantenerla). Y éste es el riesgo de la lucha concurrencial, en la que no hay estados consolidados y seguros, sino situaciones que perviven dinámicamente gracias a un eficaz enfrentamiento, del que se benefician los consumidores por la mejora de las prestaciones a la que se ven constreñidos los competidores a fin de subsistir en la pugna diaria y mejorar en su posición y crédito. Como se expondrá a lo largo del capítulo, este riesgo de que la situación cambie es esencial para que la competencia funcione eficazmente, de modo que cuando se intenta eludirlo (generalmente, mediante acuerdos colusorios o prácticas desleales) se producen efectos disfuncionales, que perturban los intereses no sólo de los competidores sino también de los consumidores así como el interés de la generalidad o interés público. De ahí que la lucha por la captación de clientes y factores de producción (personales, financieros, materiales o inmateriales) sea no sólo lícita, sino en sí misma deseable, potenciada por el sistema de libre competencia (vid., al respecto, MASSAGUER FUENTES, J., "Inducción...", en *ADI*, p. 37).

²⁸³ Como acertadamente observa BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 276, se pretende destacar la empresa propia de entre todas las demás concurrentes, de forma que

distinción todos sus medios y posibilidades, tratando de caracterizar sus productos como peculiares, en cuyo logro el secreto se revela un instrumento extraordinariamente valioso²⁸⁴. En este sentido, la posesión del secreto proporciona una exclusividad y un monopolio de facto²⁸⁵ que suponen una ventaja competitiva para mantener y fortalecer la propia situación en el mercado²⁸⁶, a costa de los demás competidores²⁸⁷. Ello no

el consumidor la prefiera por el atractivo que suscita la peculiaridad de su oferta y las características especiales que definen sus productos y servicios.

²⁸⁴ En este afán diferenciador, los derechos de propiedad industrial cumplen una función esencial, ya que permiten ofrecer bienes específicamente caracterizados, por su novedad o por su originalidad, que el resto de competidores no pueden legalmente fabricar ni vender (así, vid., BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 276-277). Sin embargo, como ya se ha expuesto, en aquellos casos en que el acceso a las modalidades de protección registral no es posible, el resto de medios de que dispone el empresario para diferenciar el tipo o la calidad de sus productos intensifican su importancia. Entre los rasgos o notas al servicio de esta necesaria diferenciación del competidor se encuentran múltiples informaciones o conocimientos (procedimientos de fabricación, etc.), cuya explotación en secreto deviene fundamental para el empresario que los posee y que persigue diferenciarse y destacarse del resto de competidores en el mercado. Al efecto, como se tendrá ocasión de exponer, obsérvese que la desaparición del requisito de la «relación de competencia» para la aplicación de la vigente Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD) (artículo 3.2 LCD) recoge esta tendencia del mercado actual a la diferenciación, en la medida en que ya no resulta exigible, como presupuesto técnico de implicación de la competencia en la disciplina de la deslealtad, la identidad y semejanza de los bienes o servicios ofrecidos (la reinterpretación técnico-jurídica de la «relación de competencia» y su reasignación funcional ya fue reivindicada con carácter previo a la aprobación de la LCD en 1991 por FONT GALÁN, J.I., en "La crisis de la «relación de competencia» como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal", en *RFDUCM*, 1987, pp. 244 y ss).

²⁸⁵ En efecto, en una situación de lucha encarnizada como la del mercado actual, la tendencia natural de todo competidor es el monopolio. Es decir, como se ha señalado, el empresario intenta conseguir un círculo de clientes o clientela «cuasi-necesaria». Así, acertadamente advierte BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 276, que, en el fondo, cada empresario aspira a eludir la competencia directa, transformándose toda confrontación concurrencial en una situación de competencia de sustitución (el producto propio se presenta como el original y genuino y el de los competidores, como un sucedáneo). De ahí que, en esta situación de mercado, cada vendedor intenta ser un monopolista de sus propios productos.

²⁸⁶ Como se expondrá a lo largo del capítulo, la finalidad que caracteriza la actividad de competencia radica en atraer a los consumidores, promover la contratación, potenciar la propia empresa y mejorar la posición que ésta ocupa en el mercado (así, vid., por todos, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho a la competencia*, Madrid, 1987, p. 55, n. 63).

²⁸⁷ Como reconoce la doctrina (así, vid., entre muchos otros, GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, p. 37; FONT GALÁN, J.I.,

significa que se produzca un perjuicio económico absoluto a los competidores, sino que, probablemente, *éstos se verán privados de un mayor beneficio*, del beneficio previsto o previsible, a causa de la disminución relativa de las expectativas de ventas de sus bienes o contratación de sus servicios, motivada por el incremento del volumen de contratación de otro competidor²⁸⁸. Así, el daño que se produce al resto de competidores deviene justo, fruto de la liza concurrencial e inherente a la finalidad del propio acto competitivo²⁸⁹.

Al objeto de proceder a un adecuado entendimiento de la violación de secretos empresariales como específico supuesto de deslealtad competitiva²⁹⁰, disciplina de la que resulta deudora conceptualmente la tipificación del descubrimiento y revelación de secretos en sede penal, se

Constitución económica y derecho a la competencia, Madrid, 1987, p. 55, n. 64; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 257), si la competencia económica consiste en que varios empresarios luchan por atraer y conseguir en un *limitado* círculo de consumidores o clientes el mayor número de compradores, resulta altamente probable que todo aumento en las ganancias de uno de ellos a consecuencia del incremento de las ventas de sus productos o de la contratación de sus servicios se produzca *a costa de los demás competidores*.

²⁸⁸ Así, vid., FONT GALÁN, J.I., *ibidem*. Téngase en cuenta que los compradores son limitados y que la adquisición de un determinado producto o la satisfacción de una determinada necesidad evidencia su elección y la renuncia de otro. Afirma ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 31, que «la concurrencia puede definirse, en primer lugar, como un hecho que tiene su raíz en la misma limitación de los medios de cada sujeto, ante el que, (...), todos los deseos se presentan en concurrencia, de tal modo que todos no pueden ser ilimitadamente satisfechos, alcanzando tan sólo a algunos deseos y dentro de determinados límites y con una determinada sucesión cronológica, lo que supone precisamente una natural concurrencia entre los bienes respectivos».

²⁸⁹ Como observa la doctrina, la licitud del daño concurrencial es un corolario necesario de la libertad de competencia (vid., extensamente, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 257-260). En este sentido, esclarecedoras resultan las palabras de afirma VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 12ª. ed., Valencia, 1999, p. 560, quien afirma que «ejerciendo el derecho subjetivo a la *libertad de competencia*, cada competidor puede perjudicar a los demás arrebatándoles clientes, proveedores, distribuidores y empleados, que rompen sus contratos con ellos; y sin tener que indemnizarles». Lo que acarrea la ilicitud del daño es la extralimitación o abuso en el ejercicio de las facultades que integran el contenido de este derecho subjetivo.

²⁹⁰ Así, vid. artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

estima oportuno abordar sucintamente y con carácter previo los siguientes aspectos.

En primer lugar, parece conveniente efectuar una *aproximación jurídica a la competencia económica*, estudiando una noción sobre la misma, la función que desempeña y los modelos económicos de competencia existentes²⁹¹.

A nuestro parecer, el secreto sólo se entiende analizado desde la perspectiva del derecho de la competencia. Sin embargo, eso no ha sido siempre así, de modo que para comprender el tratamiento jurídico del secreto como específico acto de deslealtad competitiva, será necesario abordar una *retrospectiva histórica*, que explique el nexo entre el secreto y el derecho de la competencia desleal, imbricación que no ha sido percibida con claridad en todo momento. El estudio de esta evolución permitirá descubrir el porqué de la fuerte y estrecha vinculación del secreto a la competencia desleal y, a su vez, permitirá describir la transformación que tal disciplina ha experimentado a tenor de los cambios económicos, políticos, sociales y constitucionales que las sociedades occidentales han vivido y que, lógicamente, han influido en el resto de institutos jurídicos vinculados a la libertad de industria y comercio, entre los que se halla la protección del secreto. Y, sobre todo, entender cómo se ha producido esa vinculación hará posible, asimismo, entender la necesidad de relacionar el secreto y la ley de competencia desleal española como presupuesto indispensable para la interpretación de los preceptos del código penal.

²⁹¹ Aunque de modo sucinto, se estima conveniente formular una noción de competencia que sirva para comprender las continuas referencias que a este término se hacen a lo largo de estos capítulos.

Por último, concluida la evolución del derecho de la competencia sin el que ni se entiende ni se aprehende la dinámica propia del secreto, deberá afrontarse, desde esta específica orientación, la vigente *ley de competencia desleal*, que contribuirá, a su vez, a delimitar el bien jurídico protegido en sede penal.

Valga anticipar que los rasgos sistemáticos que se esbozarán y la normativa que se analizará, permitirán colegir que la vigente ley de competencia desleal (en adelante, LCD) tutela la competencia, entendida no sólo como manifestación de un derecho individual del empresario a la libre iniciativa económica, sino, en una indubitada dimensión social, como normativa o principio regulador político-institucional de organización y de ordenación de las relaciones económicas en el mercado. En este sentido, la citada LCD admitirá una interpretación como norma *valoradora* de los medios utilizados para competir²⁹², pero no como abrigo protector de la mera «lealtad entre competidores», sino como elemento imprescindible para el funcionamiento eficiente de la competencia económica (mercados altamente competitivos y transparentes²⁹³).

II. La competencia económica, como fenómeno jurídico relevante.

1. Aproximación a una noción descriptiva de competencia.

²⁹² Así, FONT SEGURA, A., *La protección internacional...*, *op. cit.*, pp. 61-62, afirma que la vertiente regulada en el derecho de la competencia desleal es la valoración de los medios utilizados para competir.

²⁹³ En este sentido deben ser interpretadas las declaraciones vertidas por el legislador en el preámbulo de la LCD, destinada a «establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio (el principio de libertad de empresa) pueda verse falseado por prácticas desleales susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado» (apartado II, párrafo cuarto); en suma, pues, mecanismos interesados en facilitar el cumplimiento de «la finalidad de la Ley, que en definitiva se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos» (apartado III, párrafo octavo).

La formulación de un concepto jurídico de competencia económica ha resultado, para la literatura doctrinal ocupada en su estudio, una tarea ardua e infructuosa²⁹⁴. De una parte, se tropieza con la dificultad inherente a los conceptos cuyo sustrato es, fundamentalmente, económico²⁹⁵. De otra, el propio fenómeno de la competencia resulta de naturaleza compleja y pluridimensional y se resiste, por tanto, a una noción unívoca y cerrada²⁹⁶.

Se adopta, pues, como ineludible punto de partida la evidente dificultad de determinar un contenido jurídico de la competencia unitario y preciso. En esta medida, el presente estudio se centrará, siguiendo la doctrina mercantilista²⁹⁷, en tomar la competencia económica como presupuesto, como dato, examinar sus diferentes vertientes o dimensiones en el ordenamiento jurídico-positivo y abordar su estudio, en suma, en cuanto contenido esencial de la libertad de empresa²⁹⁸, al objeto de proceder

²⁹⁴ Ante la dificultad de su encuadramiento en un concepto jurídico unívoco y cerrado, se adoptará una *noción de competencia* fundamentalmente *descriptiva*.

²⁹⁵ En efecto, una complejidad similar subyace en la elaboración de otros conceptos de fuerte arraigo económico, como el concepto de «empresa» y otros muchos vinculados al secreto, cuya historia y contenido se enmarca de lleno en la realidad económica (así, por ejemplo, como se ha analizado, el propio concepto de «know-how»).

²⁹⁶ Así es subrayado unánimemente por la doctrina especializada; vid., entre otros, GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; FONT GALÁN, J.I., en "La crisis de la «relación de competencia»...", en *RFDUCM*, pp. 231 y ss.; FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988, pp. 21 y ss.

²⁹⁷ Así, vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁸ La libertad de competencia es pacíficamente reclamada como contenido esencial de la libertad de empresa. Así, vid., en nuestra doctrina, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 160-165 y DEL MISMO, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", en *RDM*, nº 152, 1979, pp. 220-239; ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", en *RDM*, nº 169-170, 1983, pp. 325-335; asimismo, vid., especialmente, STC 225/1993 [(RTC 1993, 225); Ley valenciana de ordenación del comercio y superficies comerciales] y, además, SSTC 88/1986 [(RTC 1986, 88); Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales], 83/1984 [(RTC 1984, 83) Ley de Bases de Sanidad Nacional] y STS 2-3-1995 [(RJ 1995, 2192); precios de especialidades farmacéuticas] y STS 3-10-1995 [(RJ 1995, 6982); Agentes de la Propiedad Inmobiliaria].

a una adecuada interpretación de sus elementos de acuerdo con las normas y principios de la constitución económica²⁹⁹.

El término «competencia» admite una interpretación de carácter amplio y contenido extrajurídico, que excede del campo estrictamente económico³⁰⁰. No obstante, el objeto de estudio interesado es precisamente la competencia mercantil o económica, lo que obliga a reconocerla como un fenómeno alimentado y avivado con móviles económicos, con trascendencia y significación jurídica y necesitado de regulación normativa para su máximo rendimiento y eficiencia³⁰¹.

²⁹⁹ Así pues, como acertadamente manifiesta MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 109, y como se expondrá en el presente capítulo, ya no es dudoso que la ley de competencia desleal se integra entre las normas de salvaguardia del orden económico constitucional, ni tampoco que los elementos básicos de la represión de la competencia desleal y, sobre todo, el bien jurídico protegido como elemento clave de su finalidad, deban ser dotados de contenido a partir de la constitución económica (en igual sentido, vid., ampliamente, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.).

³⁰⁰ En efecto, la competencia es un concepto que excede de la economía. Como hace tiempo advirtiera GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964, pp. 11-12, «Hay competencia en el deporte, en la ciencia, en el amor (...). La idea de la lucha por la existencia y la selección natural de los que triunfan en esa lucha es, en suma, una traducción o transposición de un concepto que atraviesa de punta a punta toda la historia de la economía». También, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 26-27, afirma que «la competencia es un fenómeno natural en el que se sustancia la misma idea (propia del mundo biológico) de la existencia y triunfo de los mejores» y reconoce, en esa amplísima acepción, la posibilidad de hablar de competencia «en la profesión, en la política, en el arte».

³⁰¹ En este sentido, afirma GARRIGUES, J., *op. ult. cit.*, p. 12, que «La competencia es, pues, un fenómeno jurídico aunque los móviles sean económicos». Sin duda, la competencia mercantil objeto de estudio reviste naturaleza o carácter económico. Sin embargo, de acuerdo con el actual sistema económico, no se nos antoja un fenómeno cuya emancipación del ámbito jurídico resulte ya concebible. Así, FONT GALÁN, J.I., *op. ult. cit.*, p. 47, n. 50, advierte que el *Estado social* se siente comprometido a «corregir el funcionamiento *natural* del mercado cuando por su propia *natura* se produzca un disfuncionamiento social: en este caso, el intervencionismo público-económico corrector resulta, más que autorizado, obligado o exigido». En idéntico sentido se pronuncia BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 282, al afirmar que se hace necesaria «una fuerte disciplina de la competencia, para evitar su desnaturalización». De ahí que, como afirma BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Madrid, 1991, p. 118, en los países con una economía de mercado, «se reduce el *intervencionismo productor* (el Estado crea empresas productoras de bienes y servicios) y se incrementa el *intervencionismo normativo* (el Estado regula la actividad económica y se preocupa de que la competencia no

La competencia surge ante la imposibilidad de satisfacer múltiples y coincidentes pretensiones, que se muestran si no idénticas, sí asimilables. Encierra, pues, un fenómeno que hunde sus raíces en la propia idea de *limitación*³⁰², de modo que la consecución con éxito de algunos de estos deseos implica inevitablemente el sacrificio o la posposición de los otros. En suma, la elección a favor de unos conlleva la renuncia, provisional o definitiva, de otros. Así, esta escasez o finitud de recursos provoca la contienda, disputa o pugna entre quienes aspiran a lo mismo. Es esta posición de rivalidad o lucha entre varios para lograr el mismo deseo la que define y distingue conceptualmente la situación de competencia³⁰³.

sea falseada)». En fin, como expone MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1982, p. 23, es «el paso del liberalismo al neoliberalismo, el cambio hacia un nuevo orden económico, caracterizado originariamente por la superación de la idea de un Estado neutral e inhibido, para ser sustituido por la imagen de un Estado económicamente activo, con la necesaria consecuencia del desarrollo de un nuevo ordenamiento, el *Derecho económico*, entendido como Derecho de la intervención del Estado en la Economía».

³⁰² Así, vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la competencia...*, *op. cit.*, p. 31.

³⁰³ Al efecto, debe señalarse que la doctrina mercantilista distingue entre los términos «competencia» y «competencia», otorgando al primero de ellos un significado técnico-económico y jurídico, que lo dota de una especificidad propia. Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T.I., Introducción, empresa y sociedades, 18ª. ed., Madrid, 1995, p. 128, afirma que la competencia marca su acento en el hecho de la lucha entre los empresarios (que se dice son competidores, señalando el matiz agresivo de su actividad), mientras que el término «competencia» quiere destacar la circunstancia de que los empresarios ejercitan una actividad paralela (el vocablo proviene de *cum currere*, correr conjuntamente). De ahí que, como advierte BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Madrid, 1991, pp. 119-120, pueden concurrir dos o más empresarios en el mercado habiéndose puesto de acuerdo para eliminar su competitividad (la lucha entre ellos), en cuyo caso habrá competencia, pero no verdadera competencia, que es sinónimo de libertad y de lucha. Es decir, mientras el vocablo «competencia» hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables, en cambio, el término «competencia» significa específicamente, por un lado, la lucha o rivalidad económica entre tales empresarios por conseguir dentro de la misma masa anónima de posibles consumidores el mayor número de adquirentes de sus bienes o servicios y, por otro, agresividad comercial frente a los consumidores, manifestada en la forma de tratar y contratar el empresario con éstos (así, vid, extensamente, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 23-24, n. 1).

Por lo que se refiere a la competencia entre empresarios³⁰⁴, las mencionadas notas caracterizadoras suscitan las siguientes reflexiones.

Primera. El contenido de la pretensión de todos los empresarios competidores se cifra, básicamente, en conseguir el mayor número posible de compradores o clientes³⁰⁵, lo que no debe identificarse sin mayor matización con el número de ventas. En realidad, como advierte BAYLOS CORROZA, el objetivo perseguido estriba en lograr el volumen suficiente de compradores (la denominada «cuota de mercado») para los bienes o servicios que se decide vender en las condiciones previamente establecidas, es decir, de acuerdo con la propia política industrial o comercial de la empresa³⁰⁶. Obsérvese, pues, que la política comercial o de ventas del

³⁰⁴ El concepto de «empresario» que se adopta en este trabajo coincide con el empleado en derecho de la competencia y, en concreto, por la ley de competencia desleal, según se desprende de la propia delimitación de su ámbito subjetivo (artículo 3.1 LCD). Téngase en cuenta pues que este concepto alude a: 1) todos los empresarios, mercantiles y civiles (agrarios, ganaderos y artesanos); 2) los profesionales liberales (preámbulo II, 2, segundo párrafo); 3) las corporaciones o entes públicos, en cuanto concurren en el mercado, a través de la creación de empresas y de la contratación con empresas que les suministran bienes y servicios. Así pues, el concepto de empresario no se agota en el de «empresario mercantil» o «comerciante», sino que equivale al más amplio de «empresa», término que, en puridad, refleja mejor este sentido general. Así, empresario puede ser cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado como oferente de bienes o servicios. Como se abordará con mayor detalle en este capítulo, normalmente se tratará de agentes económicos profesionales, aunque algún sector doctrinal admite la aplicación de la ley de competencia desleal a quienes concurren en el mercado de forma esporádica, esto es, a sujetos no empresarios. En conclusión, al efecto, interesa subrayar dos cuestiones. En primer lugar, que el concepto de secreto de empresa es más amplio que el concepto de empresario, lo que, en rigor, debería conducir, si no se hicieran ulteriores advertencias, al empleo del primero de ellos. Y, en segundo término, que, a tenor de las salvedades hechas, el concepto de empresario no coincide, en el presente trabajo, con el de empresario mercantil o comerciante.

³⁰⁵ Así, afirma GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia...*, *op. cit.*, p. 12, que en economía la lucha es por la conquista del cliente; el competidor se propone apartar a los demás para ser el primero.

³⁰⁶ En efecto, como señala BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 254, a veces vender más significa ganar menos, como sucede en los supuestos en que el ingreso marginal es inferior al coste de cada nueva unidad vendida. Así, la pretensión de cada competidor de obtener el mayor número de compradores posibles no puede entenderse desvinculadamente de las condiciones de venta que él señale.

empresario competidor asume una extraordinaria relevancia en la pretensión perseguida³⁰⁷.

Segunda. La competencia nace ante la imposibilidad de ver satisfechas estas múltiples y coincidentes aspiraciones. En efecto, la capacidad de compra del consumidor es limitada, de modo que la adquisición de un bien o la contratación de un servicio suele ser el resultado de un previo proceso de selección de bienes y de una elección de entre aquellos que se ofrecen en el mercado³⁰⁸. En esta medida, se asocia la relevancia jurídica de la competencia a la idea de *proximidad*, es decir, que se ofrezca al mercado por parte de esa pluralidad de empresarios bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer, dada su intercambiabilidad, las mismas o similares necesidades³⁰⁹. Ahora bien, esta analogía o proximidad debe ser interpretada, como será característica esencial en este ámbito, de modo gradual. A una conclusión de este tenor conduce la limitación de recursos de los consumidores que adquieren un bien a costa de la renuncia de la compra de otro. De ahí que, en un sentido lato, se encuentren en situación de competencia todos los oferentes de bienes o servicios de cualquier rama o actividad³¹⁰. A medida que el mercado se hace más

³⁰⁷ Como se expondrá más adelante, a tenor de la relevancia que esta política industrial o comercial reviste, se reclama, como elemento esencial para que pueda afirmarse que el mercado se desarrolla en régimen de competencia, que los empresarios concurrentes no puedan basar exclusivamente en decisiones propias tales políticas, lo que, con toda probabilidad, alejaría la participación en el mercado por parte de los competidores en condiciones de igualdad.

³⁰⁸ Así, vid. BAYLOS CORROZA, H., *ibidem*.

³⁰⁹ Reclaman esta idea de proximidad, entre otros, ASCARELLI, T., *Teoría de la competencia...*, *op. cit.*, p. 32 y FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 28.

³¹⁰ La naturaleza análoga de los bienes o servicios ofertados acentúa y aviva la licitación en la medida en que la mayor homogeneidad del mercado obliga a los competidores a arrebatarse los mismos clientes. Ahora bien, esta similitud de los productos no puede considerarse ya como un presupuesto técnico de aplicación de la disciplina de la deslealtad concurrencial. En este sentido, como reclamó la doctrina y posteriormente consagró el legislador, la denominada «relación de competencia» dejó de exigirse como presupuesto indispensable para la aplicación de la LCD (la reinterpretación técnico-jurídica de la

homogéneo la lucha se encarniza y el empresario competidor deberá acentuar su diferenciación del resto de productos. Cuanta mayor analogía o identidad concorra entre lo ofertado, más pugna se suscitará por conseguir compradores, que, al pertenecer todos al mismo sector, serán los mismos y, por tanto, deberán, en muchas ocasiones, ser arrebatados al competidor³¹¹.

Tercera. Ante la liza concurrencial suscitada por la limitación de recursos para satisfacer múltiples y análogas aspiraciones, el criterio determinante del éxito o fracaso de los competidores descansa en el libre juicio y opinión del consumidor, que decide individualmente qué bien o servicio contrata y a qué oferente de entre todos los que concurren en el mercado³¹². Así, como se evidencia, la libertad de elección entre las distintas ofertas de bienes y servicios por parte de los consumidores y usuarios constituye un elemento esencial de la competencia económica, tanto en su vertiente individual en cuanto libertad económica de todo ciudadano, como en su vertiente institucional o social, como presupuesto indispensable para que se cumpla en el mercado, en condiciones óptimas³¹³, el proceso de intercambio de bienes y servicios.

«relación de competencia» y su reasignación funcional fue reivindicada por FONT GALÁN, J.I., en "La crisis de la «relación de competencia»...", en *RFDUCM*, pp. 244 y ss; posteriormente, la imposibilidad de supeditar la aplicación de la vigente LCD a la existencia de una «relación de competencia» se halla expresamente prevista en el artículo 3.2 de la LCD).

³¹¹ Así, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 254-255.

³¹² Esto es, el éxito o la ruina, debidos respectivamente al favor o a la repulsa del consumidor, son los verdaderos reguladores del sistema económico (así, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 262-263).

³¹³ Como más adelante se detallará, con la expresión «condiciones óptimas» se hace referencia al conjunto de normas y principios que vertebran el cumplimiento de la función sociojurídica del vigente derecho de la competencia desleal (carácter instrumental o finalista de la competencia económica) y que reclama igualdad de condiciones y oportunidades de todos cuantos acceden al mercado, esto es, igualdad entre los empresarios competidores en la lucha económica que mantienen y entre éstos y los consumidores, como participantes en el tráfico o intercambio económico que se da en el mercado.

A tenor de lo expuesto, *la competencia podría ser descrita como la situación de enfrentamiento y rivalidad que mantienen «las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida»*³¹⁴.

En la presente línea de estudio, arbitrada en torno a una *noción descriptiva de competencia*, debe atenderse a la propia realidad económica en la que se genera y desarrolla, por lo que cualquier concepto de competencia que se formule debe corresponderse con el sistema económico que el ordenamiento jurídico contempla³¹⁵. De ahí la conveniencia de abordar en qué modelo de competencia se sustenta el sistema de mercado de los países de economías desarrolladas y, en concreto, el sistema económico constitucional español³¹⁶.

2. Modelos teóricos de competencia y grado de competencia real.

Como ya se ha esbozado, para que pueda afirmarse que un mercado³¹⁷ se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que

³¹⁴ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 255.

³¹⁵ Unánimemente se reclama por la doctrina la necesidad de elaborar un concepto de competencia atento al sistema económico del ordenamiento jurídico que se estudia; así, vid., entre otros, GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos...*, *op. cit.*, p. 41; FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 34 y PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", en *RDM*, nº 159, 1981, p. 9, quien expresamente declara que «el análisis, si de verdad quiere ser eficaz, no puede circunscribirse a la "historia interna" de la institución».

³¹⁶ En este sentido, se aludirá con una brevedad insoslayable al concepto elaborado por la Comisión y el Tribunal Europeo, a los efectos de delimitar el concepto de competencia en el sentido del artículo 85.1 del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (equivalente al artículo 85.1 del Tratado C.E.E).

³¹⁷ Por lo que se refiere al concepto de mercado, los economistas consideran que «el mercado de un producto se define como el lugar de confrontación entre sus oferentes y

concurran, en mayor o menor medida, tres circunstancias: la formación autónoma de los precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política empresarial (industrial o comercial)³¹⁸.

Los economistas modernos, tras analizar el funcionamiento del mercado propio de las economías capitalistas desarrolladas³¹⁹, han constatado que el sistema de dicho mercado se sustenta en un régimen (*rectius*, grado) de competencia imperfecta³²⁰. Como se sabe, el grado de

demandantes, productores y consumidores. Por lo tanto, es el ámbito en el que el precio de cada mercancía se hace efectivo» (CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía política*, 2.^a ed. ampliada y corregida, Barcelona, 1990, p. 185). Así, puede decirse que «en economía, el mercado existe donde haya una oferta y una demanda de cualquier tipo. Oferta y demanda sólo pueden ser determinadas en relación al precio de un bien o servicio, es decir, a su valor en términos monetarios, en dinero» (DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J. (Coord.), *Introducción a la economía*, Madrid, 1994, p. 203). La aproximación jurídica que en este trabajo se asume coincide, esencialmente, con la concepción económica expuesta. En este sentido, interesa subrayar el marcado carácter del mercado como *escenario idóneo para la participación económica en el intercambio de bienes y servicios*; así, en este sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 111 y FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en *op. cit.*, p. 11, que recoge el concepto de mercado, en términos generales, como «el encuentro de la oferta y la demanda respecto de una determinada mercancía o servicio». Acerca de las múltiples propuestas doctrinales, esencialmente jurídicas, sobre el concepto de mercado, vid., extensamente, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 45-46, n. 45.

³¹⁸ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 255. En igual sentido, DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J., *op. cit.*, p. 204, afirman que por mercado de libre competencia entienden «aquella forma de mercado caracterizada por la concurrencia de un gran número de productores incapaces de influir individualmente, de un modo significativo, en las condiciones del mercado». Acerca de la importancia que reviste la política industrial, comercial o de ventas del empresario, vid. supra nota a pie 303.

³¹⁹ Se trata del mercado de países adscritos al *sistema capitalista* y que, por tanto, respetan varios principios: la propiedad privada de los medios de producción; la libre circulación e inversión del capital; el lucro económico constituido, en el sector privado, en motor de la actividad económica y una programación o planificación económica moderadamente intervencionista y en grado cada vez menor, lo que genera una creciente tendencia hacia la privatización de las empresas y de las actividades económicas públicas (así, vid. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 118).

³²⁰ Existen varios términos sinónimos para designar la noción de competencia imperfecta. Así, el de *competencia efectiva, practicable, operativa, suficientemente eficaz* o «*workable*

competencia que existe en cada mercado se determina tras la confrontación de la situación real con unos modelos económicos, cuya validez estriba en representar conceptos teóricos o esquemas ideales, a partir de los cuales la disciplina de la competencia establece sus objetivos. Estos esquemas ideales son, fundamentalmente, el *de competencia perfecta*, como modelo del régimen de competencia, enderezado a la óptima asignación de los recursos escasos en la satisfacción de las necesidades y el de *monopolio*, como modelo de supresión de la competencia³²¹. El clásico esquema teórico

competition», expresión americana acuñada por CLARK, en *Toward a Concept of Workable Competition*, 1940, quien sienta las bases para la elaboración de esta teoría (así, vid. GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia...*, *op. cit.*, p. 29). Este concepto de competencia imperfecta estriba en la observación de los hechos económicos, es decir, posee carácter relativo y, por tanto, debe entenderse en relación con la situación real del sector y de la rama económica de que se trate (así, vid. MATILLA ALEGRE, R., "La noción de competencia y la orientación fundamental de la Ley española sobre represión de prácticas restrictivas de competencia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, T. 247, pp. 424-425). A favor de esta noción de competencia efectiva se han pronunciado las instituciones comunitarias. De una parte, ya en el Memorándum de la Comisión (de la CEE) sobre «El problema de la concentración en el mercado común», de 1965, se señala que la «competencia practicable recubre una noción realista». Así, se admite que existe una competencia practicable o suficientemente eficaz cuando las empresas no limitan de manera excesiva o artificial la venta o la producción, cuando tales empresas satisfacen la demanda y cuando hacen participar a todos los intermediarios y consumidores o usuarios en las ventajas derivadas del progreso técnico y económico (así, vid. FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 36, n. 29). En idéntico sentido, el Tribunal Europeo, en la sentencia «Metro contra SABA», de 25 de octubre de 1977, asunto nº 26/76, Rec. 1977, p. 1904, declara que «la competencia no falseada, apuntada en los artículos 3 y 85 implica la existencia sobre el mercado de una competencia eficaz («workable competition»), es decir, de una dosis de competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y logrados los objetivos del Tratado y, en particular, la formación de un mercado único, realizando condiciones análogas a las de un mercado interior» (así, vid. CASTELL BORRÁS, B., *La defensa de la competencia en la C.E.E. Artículo 85 del Tratado de Roma*, Barcelona, 1986, pp. 160 y ss.). Como se observa, pues, las instituciones europeas se pronuncian a favor de la noción de competencia practicable, que admite una significación más ajustada a la realidad que la de competencia perfecta, postulándose, por tanto, la aplicación de una interpretación *pragmática* de la competencia.

³²¹ Como advierte la doctrina (vid., por todos, CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss. y BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.), la teoría económica ha potenciado, tradicionalmente, estos dos modelos de mercado en cuanto polos dialécticamente opuestos. La virtualidad de los mismos no reside en su valor explicativo de situaciones reales, sino en servir de esquemas analíticos de referencia. El modelo de competencia perfecta pone de relieve los efectos de una competencia pura, sin fricciones, en la que ninguno de los participantes tiene poder para imponer condiciones al mercado. En el otro extremo, el modelo del monopolio puro analiza los efectos de ausencia de competidores instalados en el mercado. Así, el carácter meramente abstracto

de la competencia pura o perfecta no ha sido aplicado nunca por no encajar en la realidad³²², mientras que el régimen de monopolio puro sólo se ha implantado de modo sectorial y, en todo caso, excepcionalmente³²³. Ahora

de estas hipótesis ideales conduce necesariamente a desdeñar una interpretación dogmática de competencia.

³²² La literatura acerca del modelo de competencia pura o perfecta es exhaustiva. Para la elaboración del presente comentario, se ha consultado, fundamentalmente, en la doctrina económica, CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, pp. 243-248; DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J., *op. cit.*, pp. 204-223; en la doctrina jurídica, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 264-268; FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 34-35, n. 28. Los presupuestos esenciales para que se dé una competencia perfecta en «estado puro» pueden resumirse en los siguientes: a) **libertad de acceso al mercado**: cualquier persona que desee ejercer una actividad económica es libre de hacerlo, de modo que no existen barreras a la entrada de nuevos competidores (la competencia es, pues, libre y abierta); b) **atomización del mercado**: tanto del lado de la oferta como del de la demanda existen un número considerable de unidades económicas; la oferta se supone dispersa en múltiples empresas de pequeña dimensión, de tal forma que sus decisiones individuales de oferta no tienen repercusión global en el mercado; c) **homogeneidad del producto o de los servicios**: todas las empresas ofrecen al mercado bienes que los consumidores juzgan homogéneos o idénticos; d) **ausencia de un poder de control sobre los precios**: con la atomización de la oferta y la homogeneidad del producto, el precio común que rige en el mercado se impone por el libre juego de la oferta y la demanda; así, al ser homogéneos los bienes, ningún empresario logra elevar su precio por encima del común y, al ser tan numerosos los empresarios, ninguno consigue deprimir el mercado aunque doble o triplique su producción; en consecuencia, su actitud no puede ser más que adaptativa a las condiciones impuestas por el funcionamiento conjunto de la oferta y la demanda. A esta conducta adaptativa se hace referencia al decir que los agentes son **precio-aceptantes**, puesto que cada empresa acepta o toma el precio como dado, como un dato sobre el que no puede influir; e) **transparencia del mercado**: tanto vendedores como compradores disponen de toda la información relevante para sus decisiones; en el caso de los demandantes se cifra, básicamente, en el conocimiento de las características de los productos, de la existencia de varios oferentes y de los precios a que están dispuestos a vender; f) **movilidad de los factores de producción**: éstos son transferibles y pueden ser empleados en cualquier ramo industrial y ser trasladados, sin ningún tipo de trabas, de una empresa a otra; g) **finalidad del máximo beneficio y utilidad**: los empresarios persiguen conseguir el máximo beneficio y los consumidores o usuarios, la máxima utilidad. En suma, pues, entre otros muchos resultados, en equilibrio a largo plazo, la cantidad producida por cada empresa corresponderá al óptimo de explotación de la dimensión más eficiente, es decir, trabajará al menor coste medio posible. La industria aglutinará un número de empresas suficiente para que el precio llegue a ser el coste medio mínimo de las **empresas más eficientes**.

³²³ De nuevo la literatura acerca del monopolio es exuberante. Para la elaboración del presente comentario, se ha consultado, fundamentalmente, en la doctrina económica, CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, pp. 248-256; DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J., *op. cit.*, pp. 223-232; en la doctrina jurídica, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 268-273. El monopolio puro es la forma de mercado opuesta a la de competencia perfecta, en la que, por regla general, la oferta de un producto

bien, los postulados fundamentales del modelo de competencia perfecta lo convierten en un punto de referencia deseable, en una especie de «teología económica»³²⁴, cuya persecución conduce a situaciones que pueden ser definidas como de máxima competencia posible, en las que el precio tienda a ajustarse al mínimo coste medio, de modo que sólo permanezcan las empresas más eficientes³²⁵. Ello permite obtener el máximo de eficiencia en la asignación de los recursos escasos en la comunidad, de modo que la mayor aproximación de los mercados reales a este esquema ideal dota al

se concentra en una sola empresa. Así, en el monopolio, por definición, empresa e industria coinciden. Ante la ausencia de competidores, el empresario monopolista ostenta una posición de dominio en el mercado, en cuya virtud, como es el único oferente de esa mercancía, quien desee adquirirla deberá pagar el precio que él imponga, basándose en el criterio habitual de maximización del beneficio. Así, a diferencia del régimen de competencia perfecta, la cantidad producida por el monopolista afecta al precio de mercado. No obstante, este concepto inicial y estrictamente teórico debe ser completado. A pesar de la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado que caracteriza este modelo, el monopolista puede ver limitadas estas barreras y sufrir algún tipo de competencia indirecta [así, por ejemplo, pueden citarse los siguientes supuestos: I) caso de que las posibilidades de beneficio en el mercado detentado por él sean muy elevadas, otras empresas pueden verse animadas a evitar estas barreras, aunque el coste inicial sea muy elevado; así, la estrategia de «inventar alrededor», que, en los mercados de beneficios elevados, pero monopolizados por un derecho de patente, se dirige a buscar un producto similar al que es objeto de protección; II) para cualquier producto del mercado, suelen existir sustitutos más o menos próximos; III) el presupuesto limitado del consumidor puede llevarle, en último extremo, a renunciar a su consumo]. Por ello, como la doctrina ha reclamado, conviene distinguir entre «estar solo en el mercado» y «dominio del mercado», que es la característica monopolística fundamental. Así, en la práctica, existen monopolios más o menos influyentes o fuertes como posiciones dominantes, en virtud del grado de poder asumido. En resumen, el monopolio se caracterizará, pues, como la posición que, en su *grado extremo o máximo*, se define por la ausencia de las tres notas señaladas como presupuestos indispensables para que se dé competencia en el mercado, que supondrá: a) posibilidad de una determinación unilateral del precio; b) supresión de la libertad de elección de los consumidores y c) adopción de una política industrial y comercial por el monopolista, independiente de las condiciones del mercado y de la conducta de los demás competidores. Al respecto, es dable formular dos consideraciones. De una parte, obsérvese que el poder característico del monopolista le permite aumentar el precio del producto, disminuyendo su producción. De otra, en la situación de monopolio, la elección del consumidor o desaparece o se ve forzada a versar sobre productos desiguales, que no satisfacen sus apetencias de igual modo.

³²⁴ Dicha expresión es empleada por FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 35, n. 29.

³²⁵ Así, CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, p. 249.

régimen económico de una eficacia creciente³²⁶. Así, la definición del grado de competencia surge tras el análisis de los rasgos que caracterizan una situación en concreto y su comparación con los del arquetipo económico señalado³²⁷. En este sentido, cuanto mayor sea la intensidad de los elementos antecitados (formación autónoma de los precios, libertad de elección del consumidor, imposibilidad de basar la política empresarial exclusivamente en decisiones propias), mayor proximidad a esa situación de máxima competencia posible, de más óptimo aprovechamiento de los recursos y de mayor eficacia del sistema. Por el contrario, a medida que los mencionados criterios pierdan fuerza, mayor probabilidad de que surjan desviaciones monopolísticas u oligopolísticas, que imposibilitan la puesta en práctica de aquel modelo ideal³²⁸. Así, por ejemplo, cuanto mayor sea el

³²⁶ Como advierte la doctrina (así, vid. CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, p.187), una economía de mercado representa un sistema de asignación de recursos basado en la propiedad privada de los recursos productivos y la ausencia de un poder planificador de las decisiones económicas básicas. Así, las decisiones privadas de producción se orientan a la venta del producto para obtener unos ingresos tales que, una vez cubiertos los costes, permitan obtener un beneficio. Para que la venta se lleve a cabo, tiene que verse ratificada por decisiones de compra por parte de sujetos económicos con poder adquisitivo y dispuestos a gastarlo en tal producto. Los precios desempeñan un papel fundamental y constituyen un nexo entre ambos tipos de decisiones.

³²⁷ Llena de acierto se muestra la imagen sugerida por BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 256 y ss., de «contrapeso de fuerzas, en que todas cuentan para el resultado final», en aras a la caracterización de una situación como *competitiva*. En efecto, el equilibrio entre dos fuerzas parece un esencial denominador común de cualquier elemento competitivo. Así ocurre con una incesante demanda del mercado y una limitación de recursos o de clientes; con la impotencia y la influencia recíproca entre competidores. A estas dos últimas tendencias hacen referencia el derecho de defensa de la competencia o derecho de las limitaciones y el derecho de la competencia desleal, respectivamente. La impotencia recíproca de los competidores expresa el concepto contrario al de dominio del mercado, que constituye la supresión de la competencia y cuya evitación persigue el derecho de las limitaciones de la competencia. Por el contrario, la posibilidad de influencia y lesión recíproca entre los competidores, efecto inherente a la competencia misma, fundamenta un principio esencial en el derecho de la competencia desleal, cifrado en la licitud del daño concurrencial. Obsérvese que los modelos teóricos de competencia analizados, cuyo antagonismo sirve para definir el grado de competencia real, evidencian también la tensión dialéctica inherente al libre juego de la competencia en la circulación e intercambio de bienes y servicios (en análogo sentido se pronuncia FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 47). A la vez, la conciliación equilibrada entre sus principios integra el grado actual de competencia monopolística.

³²⁸ En la actualidad, estas desviaciones monopolísticas u oligopolísticas son consecuencia de la propia estructura del mercado. En este sentido, señala BROSETA PONT, M., *Manual*

poder del empresario para determinar y fijar el precio de sus productos, más se aleja el régimen de un modelo de competencia pura o perfecta y más se acerca a la estructura del monopolio, desarrollándose un mercado de tendencia monopolista; en el caso de que el poder sobre el precio sea ostentado por grandes empresas, tras la suscripción de convenios en los que se suele pactar sobre el precio, el mercado será de tendencia oligopolística³²⁹.

Como se observa, las situaciones que suelen darse en la realidad son una síntesis híbrida que reúne rasgos mezclados de estos dos modelos extremos (competencia perfecta y monopolio puro). De ahí que el esquema característico del mercado en la moderna sociedad de consumo sea el de competencia imperfecta y, más concretamente, el de competencia monopolística.

A tenor del concepto de competencia practicable por el que se opta, se requiere para su efectivo funcionamiento la concurrencia de los

de Derecho Mercantil, op. cit., p. 119, que, en la economía moderna, las grandes unidades industriales tienden a concentrarse en pocas manos que pueden fijar o controlar, directa o indirectamente, la oferta y la demanda y, con ellas, los precios; asimismo, existe una profunda tendencia a que sean las grandes empresas las que dominan y configuran el mercado.

³²⁹ En opinión de DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J., *op. cit.*, pp. 234-235, la situación que define el régimen del oligopolio, en el que la escasez de vendedores frente a la abundancia de compradores genera tal rivalidad entre las empresas que cualquier decisión de una de ellas repercute sobre las demás, quizá corresponde a la estructura de mercado dominante en el mundo real. En efecto, las empresas oligopolistas dominan el mercado, ya sea llegando a acuerdos con los competidores sobre el precio y compitiendo sólo en base a la publicidad (lo que puede suponer una fuerte barrera de entrada a nuevos competidores, si se tiene en cuenta los altos costes de la publicidad en algunas industrias, como, por ejemplo, en la de los detergentes) o bien apropiándose del mercado compitiendo con las otras. Repárese en que las empresas oligopolistas, además de llegar a acuerdos o rivalizar entre ellas, interponen las citadas barreras de entrada, como, por ejemplo, mediante la proliferación de marcas, como ocurre en la industria del cigarrillo. Todo ello aleja esta forma de mercado de la idílica libertad de acceso, la atomización de la oferta y la ausencia de un poder de control sobre los precios, predicados por el modelo de competencia perfecta.

siguientes presupuestos mínimos³³⁰: *libertad de acceso* al mercado; *libertad de acción*, es decir, libertad de determinación de las condiciones en que ha de tener efecto la organización y desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado, lo que implica, en el lado de la oferta, libertad de los empresarios competidores de elección de la actividad, de los medios con que se elaboran los productos o median los servicios, de la forma y técnicas empleadas y, en el lado de la demanda, libertad de elección entre las distintas ofertas por parte de los consumidores y usuarios, especialmente; y, por último, *igualdad de condición y oportunidades* de todos los que acceden al mercado³³¹.

Estos rasgos esenciales, reclamados como sustrato mínimo del grado de competencia imperfecta que se da en la realidad, admiten una mayor precisión en los modernos mercados, caracterizados, muy especialmente,

³³⁰ Unánimemente la doctrina recoge los elementos esenciales de la competencia imperfecta; vid., por todos, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 52 y ss. y MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

³³¹ Como se verá, precisamente para posibilitar la efectiva capacidad de funcionamiento de la competencia y la realización de la *función social* que a ésta se le exige, se eleva a la categoría de presupuesto inherente y límite intrínseco de la libertad de competencia, la *igualdad entre los operadores económicos* y, en especial, entre los competidores (así, vid. FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 117). Con entero acierto, observa el citado autor la estrecha vinculación entre la igualdad jurídica de los competidores y la competencia por eficiencia, basada en las propias prestaciones (*Leistungswettbewerb*). Ambos principios acentúan la impronta social de la disciplina (carácter instrumental o finalista de la competencia económica en lo político-social, según MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 111), puesto que la igualdad de las condiciones de lucha es esencial para los intereses de los consumidores y de la economía del país, permitiendo al propio sistema económico competitivo realizar una utilidad económica para la sociedad. En efecto, la igualdad jurídica de los competidores significa, a los efectos que aquí interesan, que los competidores deben luchar entre sí en torno a unos mismos elementos conformadores de las prestaciones u ofertas al público, tales como el precio, la calidad de los productos y servicios, las condiciones de contratación y pago, los servicios accesorios o de post-venta, las garantías, la publicidad y promoción, en suma, todos los elementos que configuran la propia organización industrial y comercial (así, FONT GALÁN, J.I., en *op. ult. cit.*, pp. 123-123, n. 238 y en "Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia", en *RDM*, nº 146, 1977, p 553 y n. 63). Como se expondrá más adelante, la dimensión institucional o social de la competencia exige que la competitividad se asiente en los citados elementos, a fin de posibilitar que la competencia, como principio organizador de las relaciones o actividades económicas en el mercado, redunde en beneficio de la comunidad.

por una lucha concurrencial exacerbada al máximo. La persecución del ideal social del bienestar crea necesidades nuevas que conducen a un incontenible incremento del consumo; la satisfacción de estas crecientes y generalizadas aspiraciones fomenta una producción e intercambio de bienes irrefrenable que, inexorablemente, aviva y encarniza la lucha concurrencial. Los empresarios competidores ante unas materias primas de común acceso para todos y posibilidades de venta iguales en el plano jurídico, tropiezan con la dificultad de encontrar compradores, lo que ya no es posible sino arrebatándoselos a los demás competidores.

Así, esta constante disputa en que se traduce la liza concurrencial conduce al rechazo de una conducta comercial pasiva, que se limite a esperar que los consumidores ejerciten sus apetencias, e incita a la adopción de una activa estrategia de anticipación, estimulación y provocación de actuales o potenciales necesidades, de modo que los clientes no tengan más remedio que pronunciarse a favor de la propia empresa³³². La manera de conseguirlo es diferenciarse de los demás³³³. Se

³³² En los actuales modelos de negocio en comercio electrónico se observa la confrontación entre el «e-Commerce» y el «e-Business». El modelo de negocio denominado «e-Commerce» se corresponde con el modelo tradicional, asentado en un estrategia *defensiva*, que evoluciona y se traslada a la red. Se utiliza Internet como canal de venta y promoción; se potencia el uso de los sistemas de información para ser más eficaces y eficientes; y, en suma, se reduce a la anteposición de una «e-(electronic)» para cualquier función o proceso de la empresa, pero no comporta un cambio radical. Por el contrario, el denominado «e-Business» supone una ruptura y constituye un nuevo modelo de negocio de alto rendimiento, que impone un cambio en los procesos de negocio, en la estructura organizativa y en el papel de la información, promoviendo la fusión de todos ellos. Su estrategia es *ofensiva* y encarna una forma radicalmente distinta de competir (“E-Commerce vs. E-Business”, en *Internet al servicio del negocio*, ed. por Banco Santander Central Hispano). Para la Unión Europea es fundamental la implicación de la pequeña y mediana empresa en este proceso de consolidación del «e-Business», cuyo desarrollo fue uno de los compromisos adquiridos en la reunión del Consejo de Europa celebrada en Lisboa. Así, según declaraciones del responsable de la Comisión Europea, la Unión se convertirá en el motor de la economía mundial dentro de diez años gracias a los planes de fomento del «e-Business» (consultado en www.ciberestrella.com, a fecha de 29 de abril de 2001).

³³³ Para una extraordinaria y lúcida exposición de esta tendencia a la diferenciación que caracteriza el mercado actual, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 275-280.

trata de conseguir una singularidad y exclusividad, que incline las preferencias hacia la propia empresa y la convierta en la única que ofrece el producto auténtico y original, transformando todos los otros en *significativamente distintos* o, como máximo, en *sucedáneos*. Se pretende que el consumidor identifique la propia empresa, note la peculiaridad de su oferta frente a todas las otras del mercado, la prefiera por las especiales características que definen a sus productos y servicios y, por tanto, finalmente, la elija. En esta medida, la tendencia del mercado actual a la diferenciación suscita, asimismo, la de todo competidor al monopolio, puesto que, en suma, lo que se persigue es la atracción y consolidación de una clientela «cuasi-necesaria»³³⁴. De ahí que esta situación que caracteriza el mercado actual sea denominada por la doctrina «competencia monopolística»³³⁵.

La finalidad perseguida de vender un producto diferenciado del que ofrecen sus competidores conduce al empresario al empleo de todos los medios y recursos a su alcance, entre los que adquiere una notoria importancia el secreto. En efecto, el mantenimiento de la reserva de ciertas informaciones (procedimientos de fabricación, estrategias publicitarias, proveedores, entre innumerables conocimientos más) proporcionan al

³³⁴ BAYLOS CORROZA, H., *op. ult. cit.*, p. 276.

³³⁵ Así, vid., específicamente, CORTÉS MARQUÉS, G., *Principios de economía...*, *op. cit.*, pp. 256-262; DOMÉNECH SÁNCHEZ, R/LLORCA, SIGNES, R., "Las formas de mercado", en SUCH PÉREZ, D/BERENGUER RAMÍREZ, J., *op. cit.*, pp. 232-234; en la doctrina jurídica, vid., por todos, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 275 y ss. Como se ha señalado, la literatura caracteriza este modelo por combinar elementos propios o similitudes con el mercado de libre competencia y, a la vez, con el de monopolio. Los economistas lo describen como la situación en la que un producto que satisface una determinada necesidad se presenta disponible en el mercado bajo formas o calidades significativamente distintas, desde el punto de vista de los demandantes. Así, se trata de una competencia entre mercancías con un grado de sustituibilidad mutua suficientemente alto como para no considerarlos mercados distintos (de ahí que la obtención de clientes sólo sea posible arrebatándoselos al competidor), pero no tanto como para llegar a una homogeneidad del producto o una sustitución perfecta entre ellos (obsérvese que cuanto más similares sean los productos, más se aproxima la competencia monopolística a la competencia perfecta y más se aleja del monopolio).

empresario la exclusividad interesada. En este afán diferenciador, la idea básica estriba en lograr que el producto presente algo que no tengan los otros, a fin de impedir que lo ofrecido por la empresa tenga en el mercado algún sustitutivo perfecto. Para ello es imprescindible diferenciar el bien o el servicio en su variedad, en su calidad, en su utilidad, en su presentación, en su forma, en su sistema de venta o servicio de post-venta, en suma, en cualquier nueva prestación que reporte una ventaja que logre captar al comprador. Así, cualquier innovación que, mantenida en secreto, pueda singularizar la oferta y proporcionar la diferenciación perseguida, otorga a quien la detenta una ventaja competitiva. En este sentido, la posesión de estos conocimientos en un mercado de competencia monopolística como el actual es ambicionado por cualquier empresario competidor³³⁶.

Describir sucintamente el fenómeno de la competencia económica, en cuya dinámica se inserta de lleno el secreto empresarial, como valiosísimo instrumento competitivo, se ha estimado un presupuesto teórico indispensable para la recta inteligencia de su régimen. No se trata sólo de pergeñar un estudio de la institución en este ámbito (como, también, podría haberse optado, por ejemplo, por su análisis en el derecho laboral) sino de entender profundamente qué se protege en el ordenamiento español de comienzos del siglo XXI, cuya estricta precisión desprecia interpretaciones del bien jurídico ancladas en realidades, materiales y normativas, ya superadas, a cuyo cobijo surgió el derogado artículo 499 CP y que, de perpetuarse, entorpecerán la hermenéutica de algunos elementos típicos de los vigentes preceptos reguladores del secreto. En la consecución de tal cometido, tan necesario se antoja repasar el contexto en el que se reclama

³³⁶ Indudablemente, lo ideal es la posesión de derechos registrales, que otorgan monopolios legales en la fabricación y explotación exclusiva del objeto protegido. Sin embargo, como se ha expuesto exhaustivamente en la primera parte de este trabajo, la protección conferida por los derechos de la propiedad industrial no siempre resulta posible ni conveniente, atendiendo a las propias circunstancias y estrategias empresariales del competidor.

la protección de estas informaciones, en cuanto abanico de posibles intereses entre los que discernir el interesado por el secreto, como oportuno deviene estudiar el desarrollo de la libertad de competencia y, en concreto, del derecho contra la competencia desleal, cuyo bien jurídico y elementos deberán llenarse de contenido a partir de la constitución económica vigente. No puede, pues, pasar desapercibida la trascendencia que su análisis asume en orden a una correcta delimitación del objeto de investigación y a una adecuada interpretación de sus elementos.

III. Aproximación histórico-económica al origen de la tutela del secreto.

1. Consideraciones preliminares.

La protección del secreto empresarial se ha arbitrado, con carácter general, en torno a una doble vía. Por una parte, la tutela del secreto se ha llevado a cabo a través de normas contenidas en los códigos penales de distintos países europeos, que, siguiendo el modelo del código napoleónico de 1810, han destinado al secreto la previsión de algún precepto. De otro lado, la disciplina de la competencia desleal aparece como la forma tuitiva a la que naturalmente conduce una inteligencia integral del secreto, cuya violación se revela como un claro supuesto de deslealtad en la lucha concurrencial. Así pues, si el enfoque histórico es siempre esclarecedor, en este ámbito se nos antoja especialmente oportuno, a la vista de la función y el significado que tanto el secreto como la ley de competencia desleal asumirán. Ahora bien, esta irrenunciable indagación histórica será abordada con sujeción al logro de dos objetivos, a saber, contribuir a la precisa delimitación del bien jurídico protegido en los preceptos penales reguladores del secreto empresarial y permitir la selección de los postulados generales o pensamiento director que presidirá la interpretación de los citados

preceptos³³⁷. El sometimiento de la revisión histórica a la consecución de estos propósitos determinará una perspectiva, en ocasiones, necesariamente incompleta, con abandono de extremos importantes pero con menor relevancia en orden a los objetivos propuestos³³⁸.

Inserta en el marco de objetivos esbozado debe interpretarse la óptica por la que se ha optado en el presente examen histórico, a saber, la íntima relación entre el régimen del secreto y la disciplina de la competencia desleal. Ahora bien, si necesario resulta abordar este análisis de la institución no circunscrito a la propia esfera o historia interna, sino comprometido en una explicación de su evolución a la luz de las transformaciones sufridas por el sistema económico y, por tanto, con inmersión en la propia evolución que experimenta la disciplina de la competencia, imprescindible es, asimismo, discernir el diferente origen que ambas poseen. En efecto, la protección penal del secreto no surge dentro de la evolución de la competencia³³⁹, lo que desaconseja abordar su historia

³³⁷ Como ya se ha insinuado, un adecuado asentamiento del secreto como específico supuesto de deslealtad competitiva y, a su vez, un entendimiento progresivo y avanzado de la disciplina de la competencia desleal permitirán corregir ciertos malentendidos históricos en la inteligencia del bien jurídico protegido y en los principios que deben presidir una moderna interpretación de los vigentes artículos 278 a 280 del Código penal.

³³⁸ Tal como indica la doctrina (vid., por todos, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, pp. 7-8), la retrospcción histórica en el secreto se ciñe a un arco bastante restringido. Al efecto, deben advertirse los condicionamientos que una aproximación histórica a la protección del secreto en épocas anteriores supone. Así, obsérvese que, en primer lugar, los titulares del secreto no reunían las características del empresario moderno; en segundo término, la estructura del sistema económico general resulta completamente diversa a la actual y, sobre todo, faltaba el elemento básico de la contemporánea protección del secreto, a saber, la competencia económica, lo que, forzosamente, tenía de modo diverso los intereses en juego (así, vid. GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp. 256-257). Por otra parte, no serán objeto de análisis particularizado las diversas ramas que componen el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales (o derecho de la competencia en sentido amplio, según diversa terminología), salvo en lo necesario para entender la diversa naturaleza y dinámica que algunas de ellas presentan respecto al secreto y, en esa medida, proceder a una correcta delimitación entre las mismas.

³³⁹ En diverso sentido, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 79.

supeditada a la historia de la competencia desleal. En este sentido, a efectos metodológicos, se ha preferido abordar el examen sin anudarlo a los concretos modelos de competencia que se han ido sucediendo³⁴⁰. Esta elección no implica, pues, la negación de una evidente relación e imbricación entre ambos (como se verá, el secreto actuó, en rigor, como factor impulsor de la legislación contra la competencia desleal) sino contribuir a la pulcritud conceptual y, en esa medida, al esclarecimiento de los principios e intereses subyacentes al régimen del secreto, cuya inteligencia ciertamente reclama una reflexión histórica atenta al contexto político-económico y, en especial, a las profundas transformaciones sufridas por la competencia desleal, desde sus orígenes³⁴¹, pero en cuyo seno, sin embargo, no debe, en puridad, entenderse integrada la propia historia de la represión de la revelación de secretos.

En este análisis histórico, se han elegido diversos hitos jurídicos y económicos, como idóneo exponente de periodos especialmente significativos en la protección del secreto.

En primer término, comenzaremos por estudiar el periodo inmediatamente anterior a la proclamación de la libertad de industria y comercio, como etapa en la que, originariamente (periodo de las corporaciones), resulta innecesaria la protección del secreto y en la que, con

³⁴⁰ Por el contrario, para un desarrollo de la represión del secreto en conexión con la evolución histórica de la competencia desleal, al hilo de los diferentes modelos de protección de la competencia (modelo paleoliberal, modelo profesional y modelo social), vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss. y LLOBREGAT HURTADO, M.L., *Aproximación...*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

³⁴¹ Como advierte GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, p. 257, una síntesis histórica permite revisar la distinta finalidad perseguida con la protección del secreto en diversos momentos; revela la disparidad entre el objetivo que se pretendía satisfacer con la tutela penal del secreto y el que finalmente se ha consagrado por la normativa reguladora específicamente adoptada y, sobre todo, en este caso, conduce al entendimiento del bien jurídico tutelado que debe interesarse en el código penal vigente, a tenor del ordenamiento económico constitucionalmente establecido.

posterioridad (periodo mercantilista), el progresivo florecimiento de la economía local o ciudadana motiva la aparición de una primera y embrionaria tutela del secreto, aunque circunscrita sólo a ciertas industrias.

La proclamación de la libre iniciativa económica constituyó un hito fundamental para la tutela de todas las instituciones vinculadas a su ejercicio. En este periodo de liberalismo económico, se afrontará el estudio del origen de la tutela penal del secreto industrial, vinculada ya a la aprobación de una norma penal, a saber, el artículo 418 del código penal francés de 1810. Diversos motivos aconsejan la indagación histórica sobre esta norma. De una parte, se trata de la primera disposición que proporcionará una *tutela general* al secreto. Además, constituye un *modelo normativo emblemático*, en el que se inspirarán las sucesivas intervenciones de diversos legisladores nacionales de ámbito europeo (entre ellos, el legislador penal español). Por último, interesa destacar cómo dicha norma parece más dirigida a sancionar la *violación de deberes de fidelidad* a cargo del trabajador que a reprimir una grave forma de comportamiento desleal³⁴². A tenor de lo expuesto, se examinarán las características fundamentales del modelo normativo previsto en el código penal napoleónico.

Por último, se abordará la evolución de la tutela del secreto tras la promulgación de la primera legislación reguladora de la competencia desleal. En este sentido, la vinculación normativa que permite establecer una relación entre el secreto y la competencia se encuentra en la aprobación de la ley alemana, de 27 de mayo de 1896, para la represión de la competencia desleal³⁴³, que reguló la violación de secretos en sus parágrafos 9 y 10, a la que sucedió la vigente ley contra la competencia desleal, de 7 de junio de

³⁴² Vid., en igual sentido, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 10.

³⁴³ *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.*

1909³⁴⁴, que destina a la violación de secretos los parágrafos 17, 18, 19 y 20, esencialmente. En efecto, el sistema germánico implantó una regulación general y sistemática de la competencia desleal, cuyas sucesivas reformas legislativas ejemplifican esclarecedoramente la progresiva transformación que esta disciplina ha experimentado y cuyo entendimiento deviene particularmente relevante en esta investigación, puesto que dotará de significado propio al secreto en el ámbito penal. Así, por ejemplo, se constatará cómo el tránsito del estado liberal al estado social de economía mixta se traduce en el tránsito de la fundamentación de la protección del secreto del ámbito de la propiedad (como derecho subjetivo del empresario) al ámbito de la competencia (como instrumento competitivo del empresario)³⁴⁵.

De ahí que esta retrospectiva histórica constituya el modo más idóneo de proponer una recta interpretación y una inteligencia avanzada de los preceptos reguladores del secreto empresarial en el vigente código penal.

2. Etapa anterior a la libertad de industria y comercio: periodo de las corporaciones y del mercantilismo.

En el período histórico caracterizado por el rígido control de los gremios y, posteriormente, por la intensa intervención estatal del mercantilismo, no pueden encontrarse precedentes significativos de protección del secreto³⁴⁶.

³⁴⁴ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, en la versión de 22 de junio de 1998; en adelante, UWG.

³⁴⁵ Vid, en este sentido, respecto a la propiedad industrial, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 29 y 49.

³⁴⁶ Al trazar la historia del derecho mercantil, se suelen subdistinguir diversas etapas; un primer periodo corporativo, desde principios del siglo XII hasta la mitad del siglo XVI; el segundo periodo, desde la mitad del siglo XVI hasta finales del siglo XVIII, en el que el derecho mercantil se hace, fundamentalmente, derecho estatal; el tercer periodo, en el que

La estructura económica de la actividad comercial e industrial de la Edad Media se encuentra dominada por las corporaciones, cuyas normas se enderezan a garantizar la situación de monopolio del gremio artesanal³⁴⁷. Se trata de un periodo en el que la economía, en términos generales, es regulada a través de la estructura corporativa y la disciplina pública³⁴⁸. En este contexto se limita fuertemente el acceso al mercado, con el doble diafragma de la obligatoriedad de la pertenencia a una corporación determinada para ejercer una actividad económica y con las restricciones para la adquisición del *status* de miembro de esa corporación³⁴⁹. A mayor abundamiento, ya en el seno del ente corporativo, se produce un control

se consagra el triunfo del liberalismo y que se extiende hasta principios del siglo XX y, por último, el periodo actual (así, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 15). En la presente investigación se ha optado por unificar el estudio de los dos primeras etapas, al objeto de enfatizar el comienzo del verdadero desarrollo jurídico de la tutela del secreto, asentado en la proclamación de la libertad de industria y comercio. Así, la frontera conceptual que debe marcar este estudio se identifica con el inicio de la libre actividad económica, distinguiéndose, al efecto, el periodo de la fuerte organización dirigista y monopolista (estructura corporativa y economía mercantilista) y el periodo liberal.

³⁴⁷ Así es advertido unánimemente por la doctrina; vid., por todos, GHIDINI, G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 10, n. 3. El primer capítulo del libro se corresponde sustancialmente con un artículo anterior del autor, "La concorrenza sleale: delle corporazioni al corporativismo", en *Politica del diritto*, 1974, pp. 63-106 y 225-241, del que existe versión castellana, resumida y traducida por ROJO, A., "La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo", en *RDM*, nº 135-138, 1975, pp. 7-48.

³⁴⁸ Así, vid. ASCARELLI, T., *ibidem*. La consecuencia de esta fuerte reglamentación es la ausencia de libertad de ejercicio de una actividad económica. En este sentido, tampoco pueden encontrarse en este periodo precedentes del moderno instituto de la competencia desleal. No obstante, como se expondrá posteriormente, el estudio del corporativismo resulta especialmente relevante en aras a una completa inteligencia en uno de los caracteres que ha definido la disciplina moderna hasta no hace mucho. Como advierte GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, p. 20, el espíritu del corporativismo se advierte en el *carácter* o *impronta profesional* de la disciplina, que refleja una autorregulación (un compromiso de intereses) de categoría o de clase, que el ordenamiento estatal garantiza, con las diferencias esenciales que más adelante se indicarán.

³⁴⁹ Así, GHIDINI, G., *Slealtà della...*, *op. cit.*, p. 17, n. 14. En igual sentido, advierte GARRIGUES, J., en *La defensa de la competencia...*, *op. cit.*, p. 14, que, curiosamente, «el florecimiento del Derecho mercantil en las ciudades europeas coincide con la falta de libertad profesional. En efecto, el acceso al mercado no era libre. Se requería la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, las que, a su vez, obtenían privilegios del Estado o del Municipio».

absoluto de toda forma de producción. Así, los estatutos de las diversas corporaciones fijaban la calidad de los productos, el volumen de producción, las tarifas de precios, limitaban el número de aprendices y la exacta duración del periodo de aprendizaje³⁵⁰.

Entre las características sociopolíticas y económicas que definen este periodo, especial atención debe prestarse al ideal medieval de la estabilidad de las situaciones y la escasa disposición social hacia la novedad³⁵¹. En contraste con el escenario axiológico actual, para el hombre medieval el mantenimiento y permanencia de las situaciones, hábitos y modos de vida es apreciado como un valor (el valor de la costumbre, del uso, del derecho adquirido), que debe ser enriquecido mediante su preservación del cambio y de la alteración. Por el contrario, lo nuevo es sentido como algo perturbador que obliga abandonar lo acostumbrado y para cuya valoración no se posee medida propia³⁵². Un adecuado entendimiento de la ausencia de protección del secreto en este periodo reclama la atención a las condiciones económicas y sociales a las que, indiscutiblemente, se vincula. Como se sabe, este ideal medieval de estabilidad y permanencia de las situaciones, en

³⁵⁰ Así, vid. GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, pp. 17-18 y MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 14. Así, las ordenanzas gremiales regulaban tan meticulosamente los procedimientos de elaboración de los productos, que el artesano no sólo no podía apartarse de dichas reglas sino que debía acreditar su cumplimiento mediante marcas obligatorias. Por otra parte, resultaban abrumadoras las prohibiciones de obtener materias de determinadas zonas y comarcas, de introducir mercaderías extranjeras y, en fin, de aportar cualquier novedad que interrumpiese la regularidad gremial (así, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 203).

³⁵¹ Para una brillante descripción de esta infravaloración medieval de la novedad, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp.165-169.

³⁵² Vid., extensamente, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss. Especialmente esclarecedor resulta el citado autor en la explicación del contexto económico y social imprescindible para que la innovación o el descubrimiento sean estimados como bienes autónomos que justifiquen la articulación de un régimen de protección a su autor. Así, afirma que «una sociedad que no desee alterar sus medios y recursos y pretenda eludir toda sustitución de los ya conocidos y tradicionales, no puede considerar las invenciones como aportaciones valiosas que merezcan un régimen protector, sino, al contrario, como modificaciones perturbadoras y perjudiciales».

el que ningún papel relevante pueden jugar las invenciones, los descubrimientos y las novedades técnicas, es, probablemente, fruto de la confluencia de factores económicos, técnicos y sociales de la época. Así, las dificultades de comunicación, la lentitud en el intercambio económico, las limitaciones de la demanda derivadas de los anteriores fenómenos y de las sofocantes medidas proteccionistas impuestas al tráfico, favorecieron una actividad de producción caracterizada por la ausencia de mecanización y por la reproducción artesanal de las invenciones, sin lograr superar los confines de la economía doméstica o, cuando más, de pequeños centros donde se desarrollaba, en régimen de monopolio, la actividad de pequeños artesanos³⁵³.

En esa medida, las propias disposiciones técnicas, dictadas por la corporación, relativas al modo en que el producto concreto objeto de ese arte debe ser fabricado, persiguen, precisamente, la fijación de la *regularidad* en el método o modo de elaboración, de manera que se antoja imposible efectuar modificaciones, innovaciones o mejoras (secretas o no) del proceso de producción. Como se deduce, se cercena, así, la aparición de cualquier competencia por diferencias en la variedad o en la calidad de los productos³⁵⁴.

Según se advierte, la propia corporación prohíbe la competición entre los miembros pertenecientes a un particular gremio. Lo que las reglas de la

³⁵³ Así, vid. GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 10, n. 3 y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, pp. 78-79. En esta medida, dada la extrema simplicidad de que adolece la actividad productiva, dado que empiezan a afirmarse como formas principales de producción no agrícola la industria a domicilio y la manufactura, no puede hablarse de una significativa relevancia de los métodos o técnicas de producción secretos (vid. en igual sentido, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 15, n. 17).

³⁵⁴ Así, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 15. En efecto, en una sociedad que, prácticamente, impone que los medios, procedimientos y hábitos de los productores sean idénticos a fin de preservar la regularidad en la elaboración de los productos, los artesanos ni precisaban ni podían ingeniar nuevas ideas e iniciativas que ofrecer al público (así, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 203).

corporación consienten es, por tanto, un determinado reparto de la clientela, para cuya conquista, pues, no resulta necesario ni posible competir. Se evidencia, en esta medida, la dimensión pública que predomina en cualquier interés protegido en este momento. En efecto, la previsión normativa en el periodo de las corporaciones está informada por el interés público. El respeto de las reglas corporativas se impone como garantía de la reputación y de la prosperidad de las artes, de las actividades económicas artesanales (en suma, de la economía ciudadana), de una determinada comunidad política³⁵⁵. Las prohibiciones de desviación de clientela o de dependientes no constituyen límites «modales» de una competencia en sí misma lícita, sino *frenos* de esa competición³⁵⁶, esto es, se adoptan a fin de garantizar un determinado reparto y, por ende, una reserva estable, de la clientela y del propio trabajo³⁵⁷. Como lúcidamente observa MAZZACUVA³⁵⁸, en el periodo de las corporaciones, las «reglas de competencia» consienten el citado reparto por ser juzgado indispensable para el florecimiento de la economía ciudadana; por el contrario, en la moderna economía de mercado, la libre y leal lucha competitiva por la conquista del cliente es consentida jurídicamente por resultar útil, desde un punto de vista económico, a la entera colectividad³⁵⁹.

³⁵⁵ Así, vid. GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁵⁶ Obsérvese que, bajo los parámetros del moderno instituto, se produce una limitación de las modalidades (desleales) de una competencia en sí misma libre. En el periodo objeto de estudio, por el contrario, el estado, el municipio y la corporación regulan la actividad comercial tan intensamente que ahogan la misma competencia, lo que, en rigor, genera una «economía sin competencia» (así, vid. GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 10, n.3).

³⁵⁷ GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁵⁸ MAZZACUVA, N., *ibidem*.

³⁵⁹ La subordinación de cualquier protección al interés público estatal, en el periodo corporativista, se transforma, modernamente, en la sujeción de la competencia a su función social, como principio constitucional sobre el que se asienta la institución en cualquier ordenamiento jurídico inspirado en el principio de libertad de empresa. En rigor, pues, como advierte la doctrina (así, GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 14 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 26-27), cuando en ese periodo se

En suma, pues, se persigue salvaguardar los intereses de la corporación, en su función reguladora y monopolizadora de la actividad de un cierto sector económico³⁶⁰. De una parte, la coporación atribuye a cada uno de sus miembros una porción de actividad a fin de mantener entre ellos condiciones de igualdad sustancial (función reguladora)³⁶¹. La consecuencia inmediata del reparto es la *reserva* de la concreta actividad comercial objeto de regulación (función monopolizadora)³⁶².

A tenor de lo expuesto³⁶³, y ante la prescriptiva inscripción en el registro corporativo correspondiente para el ejercicio de cualquier actividad

habla de «reglas de competencia» se hace únicamente en el sentido de que toda la actividad económica se halla minuciosamente reglamentada por las corporaciones, al principio y por el estado absoluto, más tarde. Así pues, los presupuestos, la finalidad y los criterios de valoración de la disciplina de la competencia desleal que surge con la madurez de la economía liberal son radicalmente distintos a los que presentan las reglas de competencia anteriores a este periodo. De ahí que, con independencia de coincidencias nominales, los dos fenómenos normativos considerados correspondan a dos institutos jurídicos heterogéneos.

³⁶⁰ En esta medida, como ya se ha señalado anteriormente, las «reglas de competencia» de este periodo están destinadas a preservar las pequeñas reservas de monopolio artesanal.

³⁶¹ La exacerbación de este espíritu corporativista imponía, incluso, que cualquier proceso de fabricación o mejora técnica debida a cualquiera de los miembros de la corporación revirtiese en provecho de ésta antes que del concreto inventor. Así, como gráficamente expone RAMELLA, todo era reconducido a la corporación, de modo que con el hallazgo del nuevo producto o proceso se modificaban las propias reglas de fabricación para desembocar en una regla nueva, que ya no resultaba exclusiva del inventor, sino de la comunidad y, por tanto, obligatoria, como la antigua, para todos los miembros de la corporación (citado en MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, pp. 17-18).

³⁶² Lógicamente, como subraya la doctrina (vid., por todos, GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, pp. 16-17), esta primacía absoluta de lo público determina que, en este periodo, los legitimados activamente no sean los propios dañados a título individual, sino la corporación (en función disciplinar) y el propio ente público (local), como garante de la regla corporativa. Así, al dañado no le corresponde el papel de parte, sino de mero denunciante y, por tanto, tampoco se le reconoce ningún resarcimiento, sino un premio por la denuncia. Tengáse en cuenta que el incumplimiento de las reglas del arte u oficio constituía, al mismo tiempo, lesión de la reputación de la corporación, de la ciudad y, por tanto, de la economía ciudadana.

³⁶³ De una parte, las reglas corporativas dejan poco espacio al progreso técnico; de otra, no parece concebible el disfrute a título individual del inventor o innovador.

económica, la violación de secretos pierde sentido. Aun así, de llevarse a cabo la revelación, el autor difícilmente logrará obtener un beneficio económico, al no poder competir directamente con el poseedor del secreto ante la fuerte reglamentación corporativa y rígida estructura gremial³⁶⁴. Como se intuye, todo ello hizo *innecesaria la protección del secreto empresarial*³⁶⁵, pero no impidió el desarrollo de los secretos, sino que, por el contrario, favoreció su máximo apogeo, al sostenerse el propio gremio y los sujetos a él adscritos en el mantenimiento y aprendizaje, respectivamente, de las denominadas «artes y saberes secretos del comercio». Por ello, a esta ausencia de tutela contribuyen, de un lado, las propias limitaciones sociopolíticas y económicas antecitadas (imposibilidad de competición entre los propios miembros del gremio, escasa predisposición al progreso técnico, reversión de cualquier mejora o perfeccionamiento obtenido individualmente al resto de miembros del gremio, entre quienes deben mantenerse condiciones de igualdad, dificultades de comunicación³⁶⁶, lentitud en el intercambio económico) y, de otro, la robusta reglamentación gremial³⁶⁷, cuya previsión se endereza a la salvaguarda de la propia reputación y prosperidad de la corporación y de la economía ciudadana, esto es, a la

³⁶⁴ Vid., en igual sentido, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp.257-258, quien advierte que si, aun a pesar de las barreras interpuestas por los gremios, un miembro del taller revelaba a un tercero un secreto industrial o él mismo fabricaba un producto según el secreto del gremio, los géneros fabricados podían ser quemados en la plaza pública (*ibidem*, n. 18).

³⁶⁵ Así es advertido por la doctrina; vid., entre otros, RAMELLA, A., "I segreti industriali", en *Rivista penale*, vol. LXIII, 1906, p. 366 y 394; GÓMEZ SEGADE, J.A., *op. ult. cit.*, p. 258 y MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶⁶ Sin duda, el desarrollo del transporte permitirá unificar los diversos mercados (así, vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 20).

³⁶⁷ Como atinadamente precisa GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 15 y, especialmente, n. 8, en el sistema liberal los empresarios actúan en posición de igualdad, en el sentido de que las limitaciones a las que se ven sometidos por los poderes públicos son excepcionales y afectan a todos ellos. Por el contrario, en el sistema corporativo y en el mercantilismo las limitaciones constituyen la regla general y, precisamente, la suspensión o derogación de alguna de esas limitaciones se revela como un privilegio de grupo o personal, como a continuación se expone.

tutela del interés general de una determinada comunidad política, pero, en ningún caso se debe a la inexistencia de secretos.

Precisamente, ante la constatación de la enorme importancia de los secretos para el desarrollo de la economía ciudadana, los gobernantes intentaron atraer a los artesanos de otras ciudades a fin de que revelasen y desarrollasen sus artes y saberes, al objeto de poder mejorar y enriquecer los propios métodos de elaboración de los bienes y fortalecer, así, la industria nacional y el progreso. Esto es, los secretos se convierten en un instrumento valioso no para la competitividad de los miembros del gremio, entre quienes la rivalidad se proscribía³⁶⁸, sino como arma competitiva entre los gremios de diferentes ciudades, que luchan por mejorar la calidad de los productos³⁶⁹. A la consecución de tal propósito obedecen las «cartas de protección» (*privelegia pro arte ferenda*), auténticos permisos que soberanos y príncipes ofrecieron a los artesanos para garantizar su establecimiento en el país³⁷⁰. Estos privilegios atribuían condiciones muy ventajosas (buenos empleos, concesión de una casa y de un lugar donde desempeñar la propia actividad) y, particularmente, otorgaban a su beneficiario la facultad de disfrutar de forma exclusiva durante un periodo de tiempo de la invención o del conocimiento secreto relativo a los procesos de fabricación y, sobre todo, concedían el poder de excluir a terceros en su explotación³⁷¹.

³⁶⁸ Ya se han expuesto las rígidas limitaciones a las que la reglamentación corporativista somete a sus miembros, que, en definitiva, deben perseguir la *regularidad* en la elaboración.

³⁶⁹ Recuérdese que el respeto de las reglas corporativas en la elaboración de los productos repercute en la reputación y prosperidad de la propia corporación y, en general, de la economía ciudadana.

³⁷⁰ Entre los ejemplos más significativos, la doctrina suele citar las cartas de protección concedidas en 1331 al flamenco John Kemp (tejedor de paños) para que llevara a Inglaterra sus secretos sobre el tejido; en 1440 a John von Shidame para que introdujera su sistema de fabricación de la sal y en 1452 se registra una concesión a favor de tres mineros de Bohemia, en razón de su dominio *meliozem scientiam in Mineris* (así, vid., exhaustivamente, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 187 y ss.)

³⁷¹ Así, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 18. Sin embargo, la doctrina advierte que, inicialmente, estos privilegios eran concedidos con arbitrariedad por los soberanos,

En este sentido, la economía mercantilista del periodo sucesivo a las corporaciones, caracterizada por el dirigismo y los privilegios estatales³⁷², favorece el desarrollo de algunas industrias artesanas (la de la tapicería o la de la fundición, por ejemplo) y el nacimiento de la gran industria o grandes manufacturas. Así, la aparición de normas que fomentan la revelación de secretos³⁷³, los primeros intercambios comerciales, el incipiente desarrollo económico, el desplazamiento del centro de gravedad de la corporación a la industria o manufactura³⁷⁴, determinaron, conjuntamente, la aparición de las primeras disposiciones destinadas a proteger el secreto industrial.

En efecto, desde finales del siglo XVII y a lo largo del siglo XVIII se promulgan diversos reglamentos en el seno de las industrias de mayor importancia, como la de la tapicería y la de la seda en Francia, destinados a prohibir a los empleados del taller y a los fabricantes la revelación de los

quienes, discrecionalmente, podían decidir no sólo la concesión del privilegio, el momento y el beneficiario, que, en ocasiones, no coincidía con el inventor, sino también su revocación. En conclusión, pues, mientras el juicio de oportunidad sobre la protección de estos procedimientos o invenciones dependa del arbitrio del príncipe será inadmisiblesu consideración como auténticos precedentes de tutela. En análogo sentido, vid. MAZZACUVA, N., *op. ult. cit.*, p. 20 y GÓMEZ SEGADE, J.A., *op. ult. cit.*, p. 258.

³⁷² Como advierte GHIDINI, G., *Slealtà...*, *op. cit.*, p. 19, n.24, el tránsito de la economía corporativa a la mercantilista no debe entenderse como final de las corporaciones. Los factores políticos y económicos que determinaron el mercantilismo (en particular, la exigencia de una organización económica apoyada, prevalentemente, sobre bases nacionales y no locales o ciudadanas) colocan a las corporaciones en posición subordinada y las someten a un efectivo e intenso control estatal, hasta convertirlas en auténticos órganos del Estado.

³⁷³ Dichas normas regulaban expresamente la concesión de privilegios a los inventores dispuestos a revelar sus inventos. Así, tras un proceso de concesión de privilegios ingleses, surge en el reinado de Jacobo I, en 1623, el *Statute of Monopolies* inglés, cuya virtud radica en sujetar la concesión del privilegio al inventor a elementos *objetivos* y no a la mera *gracia* del soberano. Para un exhaustivo análisis de todo este proceso, vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 187-190 y, en especial, 191-194, destinadas al estudio del Estatuto de Monopolios.

³⁷⁴ Ténganse presentes las salvedades expuestas en la nota previa, esto es, la persistencia de las corporaciones en el mercantilismo, aunque en posición subordinada dentro del sistema económico.

modelos entregados como prototipo³⁷⁵. Obsérvese que la protección del secreto surge con una finalidad más emparentada con el interés general que con el individual del poseedor del secreto (a saber, el gremio correspondiente). Se trata de salvaguardar la propia industria nacional y de proteger al país frente a ataques de gobernantes o países extranjeros, dirigidos a fomentar entre los súbditos nacionales la divulgación de sus secretos³⁷⁶.

Ante el progresivo desarrollo económico en este periodo, la protección del secreto, *ceñida al carácter sectorial de cada industria*, acabó revelándose insuficiente, de modo que pronto empezó a reclamarse una generalización de su tutela, lo que se consagrará a lo largo del siglo XIX, a cuyo estudio se procede.

3. Origen de la tutela penal del secreto industrial. Especial referencia al código penal francés de 1810.

3.1. Proclamación de la libertad de industria y comercio. Características generales del periodo liberal.

³⁷⁵ GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *op. ult. cit.*, p. 259.

³⁷⁶ Así, como se advierte por la doctrina (vid., por todos, CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 79), las primeras conductas de incitación a la revelación de secretos industriales parten de los propios gobernantes y no de otros empresarios o competidores. Esta vinculación al interés general y a la necesidad de defensa del país frente al exterior se proyectará en la incipiente normativa destinada a la protección del secreto. Así lo acredita, por ejemplo, la sistemática seguida por el *Allgemeines Landrecht* prusiano, primera norma que contiene una prohibición general de la divulgación de secretos industriales, que ubica el parágrafo 148 en el título de los «delitos contra la seguridad exterior del Estado» (así, vid. PREIN, P., *Der Geheimnischutz...*, *op. cit.*, p. 11 y GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *ibidem*). De igual modo el código penal francés de 1810 exacerbará la penalidad cuando la revelación se lleve a cabo a un extranjero o a un francés residente en el extranjero. Aunque, como a continuación se expondrá, el código napoleónico representa un cualitativo cambio de talante, el legislador francés no puede desprenderse del todo de las motivaciones políticas de defensa del país frente al exterior que subyacen en el origen de la tutela del secreto.

La Revolución francesa supuso la abolición del Antiguo Régimen, la eliminación de los privilegios de industria, la supresión de la organización gremial y el nacimiento del Estado liberal, en el que se proclamó la libertad de industria y comercio³⁷⁷. Puede decirse que el reconocimiento de los derechos que el sistema liberal consagró (la libertad, la igualdad, la propiedad) adquiere una significación iusnaturalista que informará todos los ámbitos de este nuevo orden jurídico³⁷⁸. La necesidad de contrarrestar la sofocante y pesada disciplina pública de periodos anteriores supone alzaprimar lo particular y exacerbar un individualismo, que se reclama extremo³⁷⁹. Así, en lo económico interesa, esencialmente, la reafirmación de la propia libertad del individuo en el ejercicio de cualquier actividad industrial o comercial. En este recién proclamado liberalismo, ello conduce a la ausencia de intervención estatal como una exigencia del propio sistema. Al Estado le corresponde un papel pasivo y neutral, puesto que cualquier intervención en el quehacer económico podía ser interpretada como una nueva restricción a la libertad del individuo en la que se cifraba la diferencia radical con el anterior régimen³⁸⁰.

Así pues, rotas las ataduras y derogadas las limitaciones y cortapisas a la industria y al comercio, se inicia un régimen económico gobernado por una absoluta libertad en cuanto a la elección de los medios y procedimientos de fabricación, a la aplicación de sistemas, la producción de bienes, su distribución y, en suma, en cuanto al esquema general del mercado mismo,

³⁷⁷ Sobre el principio de la libertad de iniciativa económica, vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, pp.16 y ss.

³⁷⁸ Acerca de la legitimación en clave iusnaturalista de estos derechos, vid. GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁷⁹ En igual sentido, vid. MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 21.

³⁸⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, p. 32.

sometido a las fuerzas naturales y al libre juego de los factores que lo han de promover³⁸¹. Es decir, la actividad económica ya no se ejerce dentro de los angostos cauces impuestos en épocas anteriores a la industria y al comercio, merced a limitaciones, trabas y obstáculos, sino que se *desarrolla* bajo la perspectiva de una *ilimitación de ganancias y de una competencia libre*³⁸².

Así pues, durante un largo periodo ni legisladores ni jueces intervinieron para fijar límites objetivos o «reglas de juego» a la competencia, distintos de los derivados en materia de exclusiva industrial (patentes y, posteriormente, marcas), cuya fundamentación dogmática se hace descansar en el extremo individualismo que caracteriza el nuevo régimen y que, en el ámbito privado, se reconduce a la órbita del derecho subjetivo del empresario, bien de tipo dominical o bien de tipo personal³⁸³. La restricción de la libertad de industria, que estos derechos de monopolio implican, encuentra justificación teórica por la literatura, doctrinal y jurisprudencial, en

³⁸¹ Así, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 203. Estos cambios coinciden con las profundas modificaciones que supuso el advenimiento de la revolución industrial, cuya inteligencia no puede reducirse a su trascendencia técnica, sino que debe abarcar las importantísimas consecuencias sociales y económicas que tuvo. Como matiza BAYLOS CORROZA, la revolución industrial significa, ante todo, un *extraordinario despliegue de la inventiva humana*, que se traduce, fundamentalmente, en el hallazgo masivo de nuevas fórmulas de mecanización. En efecto, con la revolución industrial se inicia una etapa en la que el sistema de producción de bienes se caracteriza por el maquinismo, esto es, por la función preponderante que se atribuye en la fabricación y elaboración de productos a la máquina, en detrimento de la vieja artesanía y del pequeño comerciante. Este fenómeno de recepción del maquinismo y de cambio axiológico en la estimación de los bienes (se alza prima lo cuantitativo sobre lo cualitativo) se vincula estrechamente a la consecución de tres objetivos inescindibles, a saber, la producción en masa, la fabricación en serie y la persecución de la novedad. Para un exhaustivo y riguroso desarrollo de este periodo, vid. BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, pp. 194-202.

³⁸² BAYLOS CORROZA, H., *op. ult. cit.*, p. 202.

³⁸³ Así es interpretado unánimemente por la doctrina, vid., por todos, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 21. De modo análogo al secreto, las patentes y las marcas se conciben como un tipo de propiedad privada que se concede al inventor sobre su invento. Se exige, pues, la violación de un derecho subjetivo como presupuesto legitimador de la injerencia del Estado en el sistema de libre mercado (así, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 52-53).

la protección del derecho de propiedad³⁸⁴ o en la de un derecho de la personalidad³⁸⁵. En fin, es esta rigurosa afirmación de la libertad económica la que permite que, en materia de medios y estrategias concurrenciales, se considere legítima cualquier iniciativa, siempre que no se infrinjan las citadas exclusivas o derechos de propiedad de otro empresario y no se violen las normas penales represoras de los fraudes más graves³⁸⁶.

La inteligencia del contexto descrito justifica la ausencia de una normativa general sobre la deslealtad competitiva³⁸⁷, que, de existir, hubiese funcionado como freno estatal para el despegue económico y hubiese resultado insalvable para una industria naciente a cobijo de un escenario

³⁸⁴ Así, vid. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., en "Propiedad industrial (Dº. Mercantil)", en *EJB, op. cit.*, pp. 5302-5303. Como la doctrina refleja (vid., por todos, GHIDINI, G., en *Slealtà della..., op. cit.*, pp. 33 y ss.), el reconocimiento de los derechos de quienes no tienen "de propriété que leur travail et leur industrie" y de que "cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes" sirve para cimentar el derecho de propiedad sobre las propias ideas y sobre los resultados del propio ingenio y trabajo. Como ya se ha señalado, se legitima, así, en clave iusnaturalista, la protección exclusiva de la tecnología y de los instrumentos de promoción de la naciente industria moderna. En este sentido, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal..., op. cit.*, p. 51 y BERCOVITZ, A., "La formación del derecho...", en 2 *ADI, op. cit.*, p. 65, destacan cómo la concesión de privilegios a los inventores, tras la proclamación del principio de libertad de industria y comercio, se justificaba por suponer su concesión un impulso al progreso industrial.

³⁸⁵ Así, se encuentra la última justificación en la estimación de la disciplina como premio al esfuerzo o trabajo realizado por el empresario (así, vid., por todos, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia..., op. cit.*, pp. 276 y ss.). Sin embargo, como advierte GHIDINI, G., en *Slealtà della..., op. cit.*, p. 22, n. 35, la precedencia histórica de la protección estatal de patentes y marcas sobre la tutela de la competencia desleal también se explica por la antecitada prioridad irrenunciable de la defensa de la innovación tecnológica (vid. supra).

³⁸⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.*, p. 31.

³⁸⁷ Como manifiesta la doctrina, el liberalismo económico hace de la libre competencia el principio rector de la economía (GIRÓN TENA, J., "Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo", en *Revista de derecho privado*, 1944 y, posteriormente, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, p. 343), pero, en rigor, la moderna disciplina de la competencia desleal no nace inmediatamente tras la proclamación de los postulados liberales, sino decenios después (así, GHIDINI, G., en *Slealtà della..., op. cit.*, p. 22).

económico distinto³⁸⁸ y que sólo podía afianzarse si se le dejaba el campo libre para las imitaciones y modalidades engañosas³⁸⁹.

Como se intuye, pues, tras la proclamación de la libertad de industria y comercio y la reafirmación del derecho de propiedad como base de la nueva jerarquía de valores consagrada, deviene necesaria una tutela más generalizada de la recién denominada «propiedad industrial»³⁹⁰. Al socaire de transformaciones técnicas, económicas y sociales, se goza de libertad

³⁸⁸ Ciertamente la industria que surge tras la mecanización, la producción en masa, la fabricación en serie, la progresiva internacionalización de mercados y, especialmente, gracias al libre juego de la competencia, se conforma como una empresa *autónoma*; por el contrario, la industria que los privilegios y el dirigismo mercantilista favorecieron seguía siendo una industria *protegida*.

³⁸⁹ Como se ha advertido, a pesar de que en el presente trabajo de investigación no se ha optado por un desarrollo de la evolución histórica de la represión penal del secreto al hilo de la de la competencia desleal, se estima imprescindible hacer referencia a la profunda transformación que tal disciplina ha experimentado y que, lógicamente, ha influido en la protección del secreto. Así, siguiendo al prof. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.*, pp. 26 y ss., básicamente, se distinguen en la evolución de la materia tres modelos de regulación claramente diferenciados en sus postulados básicos: modelo paleoliberal, modelo profesional y modelo social. Esta fase de despegue de las economías liberales se corresponde, en la historia del derecho de la competencia desleal, con el modelo paleoliberal. Como se deduce de lo expuesto, la escrupulosa afirmación de la libertad de industria y comercio determina la licitud de cualquier práctica competitiva, siempre que no se lesionen los derechos de propiedad de otro empresario. Ello conduce a la formulación de la doctrina de la *prohibición especial*, que se fundamenta en la convicción de que sólo pueden reprimirse los comportamientos concurrenciales que se hallen expresamente prohibidos por una ley especial, de modo que, en materia de competencia económica, *todo lo que no está expresamente prohibido está permitido*. Al efecto, importa subrayar dos importantes conclusiones relativas a este primer periodo o modelo. Primero.- La disciplina de la competencia desleal se configura, de acuerdo con el principio de especialidad, como un normativa fragmentaria, típica y penal. *Fragmentaria*, porque no se regulan con carácter general las conductas concurrenciales que se estiman desleales; *típica*, porque sólo se reprimen las actividades expresa y taxativamente previstas en la ley; y *penal*, porque se considera que la intervención del estado únicamente cabe en los casos graves en que se vulneren ciertos derechos básicos de los participantes en el mercado (así, MENÉNDEZ, pp. 31-34). Segundo.- La naturaleza penal y, por ende, la necesaria tipicidad de la disciplina conecta el inicial acto de competencia desleal con la lesión de derechos de propiedad industrial (creaciones industriales y, especialmente, signos distintivos), lo que evidencia la vinculación del origen de tutela de la competencia desleal a la tutela de la propiedad industrial (así, por todos, SANTAGATA, C., *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 13).

³⁹⁰ MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 24. Ténganse en cuenta las consideraciones formuladas al abordar la naturaleza del secreto, como «bien inmaterial» (vid. supra).

para innovar, para elegir materias primas, mejorar los procedimientos de fabricación, aplicar nuevos sistemas, fijar la distribución de los bienes y, en suma, para desarrollar la propia inventiva o iniciativa en el mercado, que se pretende cada vez más internacional.

Este contexto de principios del siglo XIX, demandante de una mayor tuición de ideas y creaciones industriales, agudiza la precariedad de la protección sectorial en que se hallaba el secreto, desde el periodo mercantilista.

3.2. Características fundamentales de la originaria tutela del secreto industrial. Especial referencia al modelo normativo previsto en el artículo 418 del código napoleónico.

Descritas sucintamente las características esenciales del periodo liberal, conviene ya precisar los elementos fundamentales que presenta la originaria tutela del secreto industrial. Atendiendo a los motivos ya expuestos³⁹¹, esta indagación histórica asume como punto obligado de referencia el artículo 418 del código penal napoleónico, como modelo emblemático de tutela y patrón normativo de muchos otros ordenamientos europeos³⁹².

Hasta la entrada en vigor del código penal francés en 1810, la protección del secreto se ceñía a la particularmente adoptada por los sectores industriales más desarrollados. La promulgación de los postulados liberales (derecho a la libertad y a la propiedad en condiciones de

³⁹¹ Vid. supra, epígrafe destinado a las consideraciones preliminares.

³⁹² Vid., en igual sentido, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 30.

*igualdad*³⁹³) y las profundas transformaciones económicas y sociales que la sociedad de finales del siglo XVIII experimentaba (progresiva *internacionalización* de los mercados y, por tanto, de las instituciones jurídicas vinculadas a la libre iniciativa económica³⁹⁴), hicieron insostenible una protección del secreto de carácter sectorial y anclada en el proteccionismo.

Al objeto de procurar una tutela de la violación de secretos más general, se acudió, inicialmente al ejercicio de la acción civil, cuya aplicación devenía, no obstante, insuficiente para reprimir ciertos ataques al secreto³⁹⁵.

³⁹³ Al efecto, merece la pena insistir en dos órdenes de consideraciones. Primero. Como se sabe, en épocas anteriores, ante la abrumadora imposición de limitaciones, un gran número de actividades de producción y venta quedaban reservadas para quien obtuviera gratuitos privilegios reales (así, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 203), cuya supresión se reclamó por los principios liberales. Segundo. Asimismo, la regulación sectorial del secreto infringía el principio de igualdad, al ser sancionada su divulgación sólo en determinadas industrias (así, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, p. 260).

³⁹⁴ El mercado abandona su carácter meramente local o, cuando más, regional y se extiende de tal modo que se presenta ante el vendedor la posibilidad de ampliar su actividad incesantemente, con tal que sepa captarse la preferencia de los consumidores (vid., más extensamente, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 204-205).

³⁹⁵ En efecto, como pacíficamente reconoce la literatura de los países del sistema continental (vid., por todos, PREIN, P., *Der Geheimnisschutz...*, *op. cit.*, p. 11 y RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, pp. 366-367), el código civil napoleónico de 1804, de acuerdo con el nuevo principio de libre competencia y precedentemente a otras legislaciones, fue el primero en aplicarse, adoptándose la sanción civil de los artículos 1382 y 1383, reguladores de la responsabilidad extracontractual, para reprimir, entre otros actos ilícitos, la violación del secreto de fábrica. Así, se destaca la especial sensibilidad de esta primitiva jurisprudencia para captar las necesidades de la práctica y de los intereses particulares del comercio, y adaptar las reglas jurídicas a las transformaciones económicas y sociales del momento. Este interés se puso de manifiesto tanto en el plano de lo sustancial como en el de las sanciones y en el de la legitimación. Por lo que se refiere al primero, la tendencia tuitiva de la jurisprudencia acabó dirigiéndose prácticamente a casi todos los elementos de la actividad empresarial susceptibles de valor competitivo. Aunque no resulta posible abordar el desarrollo de esta relevante jurisprudencia, sí deben efectuarse las siguientes consideraciones. *Primero*. El origen de la disciplina de la competencia desleal se halla, sin duda, en la jurisprudencia francesa elaborada sobre la base de la citada cláusula general de la responsabilidad civil (art. 1382 CC). Ahora bien, en rigor, hasta mediados del siglo XIX (es decir, hasta que la naciente industria no se hace sólida empresa, suficientemente fuerte para demandar, en vez de temer, la intervención estatal en defensa de las posiciones adquiridas en el mercado), prácticamente, lo único que se castiga por esa vía son, lógicamente, infracciones de los derechos de propiedad industrial (así se compatibiliza protección de la propiedad y protección de la libertad). Como advierte la doctrina (por todos,

Así, la reparación del daño por parte de un infractor asalariado o empleado por el poseedor del secreto se mostraba, en la mayor parte de casos, ilusoria, puesto que frente a las graves pérdidas y perjuicios que la revelación podía ocasionar a la industria o comercio se alzaba la alegación de insolvencia por el infractor³⁹⁶.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 36-37 y GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 22-23), no cabe hablar en este momento de una disciplina general. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, la jurisprudencia reorienta el objeto de valoración del derecho violado a la conducta que causa la lesión. Se emancipa, así, de la mera constatación de esta lesión y se adentra en un ámbito de mayor discrecionalidad a fin de enjuiciar lo que es desleal. Esta rectificación del centro de gravedad permitirá desarrollar un verdadero sistema general de la competencia desleal y una doctrina del ilícito concurrencial, a cobijo de la cláusula de responsabilidad extracontractual (cambio que, como se comprobará, responde a los postulados del segundo modelo de regulación de la competencia, a saber, el modelo profesional). Bajo estos nuevos parámetros, ya no sólo se reprimen actos lesivos de derechos de propiedad industrial sino que la tutela se proyecta sobre todos los elementos de la empresa con valor competitivo, entre ellos, los secretos industriales. **Segundo.** Esta inicial sensibilidad de la jurisprudencia francesa, nacida en un país con una sólida estructura industrial y comercial, con producciones de fama internacional y un proceso de industrialización más rápido que el de otros países vecinos como Alemania e Italia, arranca, como la propia legislación en materia de «propiedad industrial» (vid., para una exhaustiva cita de toda la normativa entre la que se incluye, obviamente, el artículo 418 del CP, GHIDINI, G., en «La competencia desleal. Desde las corporaciones...», *op. cit.*, pp. 23, n. 46), en la lectura, en clave iusnaturalista, de los principios liberales. Así, se cimenta dogmáticamente sobre los derechos subjetivos del empresario, de tipo dominical (esencialmente) o de tipo personal (vid., más extensamente, GHIDINI, G., *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 32-35).

³⁹⁶ Así, RAMELLA, A., «I segreti...», en *op. cit.*, p. 369, respecto a la insuficiencia de la acción del artículo 1151 del código civil italiano de 1865. Debe renunciarse a un estudio minucioso de la evolución histórica de la tutela del secreto en el ordenamiento italiano, cuya alusión, pues, se restringirá a aspectos puntuales. En este sentido, los jueces italianos construyen el ilícito concurrencial a partir de la cláusula civil reguladora de la responsabilidad extracontractual, de modo que la represión de la competencia desleal encuentra fundamento en la norma general en materia de ilícito civil extracontractual (artículo 1151 del código civil napoleónico). Sin embargo, algunos matices difieren en la evolución de esta doctrina jurisprudencial. Quizá el menor desarrollo industrial y comercial italiano a nivel nacional y el desdoblamiento de la jurisprudencia en la construcción del ilícito concurrencial en una doble ideología individualista de diverso talante (una, de impronta francesa, atenta a la protección de la empresa y a la tutela de los resultados objetivos de dicha actividad empresarial; otra, más independiente de cualquier interpretación profesional y centrada en el aspecto personal; así, vid., más extensamente, GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.), entre otros factores, determinaron que desde sus inicios se denunciara (RAMELLA) la insuficiencia de la vía civil y se reclamara la introducción de una disciplina específica, tendencia filolegislativa que se verá consagrada a lo largo del siglo XX, con diversas disposiciones que reflejan los postulados de otros modelos de regulación de la competencia (vid., GHIDINI, G., *op. ult. cit.*, pp. 54 y ss).

Enderezado a cubrir esta necesidad surge el artículo 418 del código penal francés, en el que confluyen, con diferente intensidad, *motivaciones proteccionistas y de política exterior*, como coletazos ideológicos del mercantilismo recién superado, de una parte y *postulados liberales*, fruto del cambio de talante que la revolución supuso, de otra³⁹⁷.

Así, la previsión del legislador francés obedece a la salvaguarda de dos intereses de diversa naturaleza.

Por un lado, se halla presente la preocupación de defender la industria nacional francesa frente a posibles injerencias externas, a tenor del origen de las primeras revelaciones de secretos acometidas por los propios gobernantes, quienes, conscientes de su enorme relevancia, fueron los primeros interesados en apropiarse de los secretos de otras ciudades³⁹⁸. Acertadamente, ha sido subrayada ya la utilización del instrumento represor al servicio de intereses políticos destinados a la tutela de la industria

³⁹⁷ El artículo 418 CP de 1810 establecía que «Todo director, empleado u obrero de una fábrica, que haya comunicado o intentado comunicar a extranjeros o a franceses residentes en el extranjero secretos de fábrica donde está empleado, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años y una multa de 50 a 20000 francos (...) Si tales secretos han sido comunicados a franceses residentes en Francia, la pena será de prisión de tres meses a dos años y una multa de 16 a 200 francos» (consultado en RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, p. 373). Esta situación se ha mantenido, con variaciones en las penas de multa, hasta la promulgación de la Ley nº 92-597, de 1 de julio de 1992, relativa al Código de la Propiedad Intelectual, modificada posteriormente por la Ley nº 92-1336, de 16 de diciembre de 1992, que deroga el citado artículo 418 del CP. El artículo 621-1 de la citada ley remite la regulación de la violación de secretos de fábrica a la prevista en el artículo 152-7 del Código de Trabajo, de modo que su tutela se halla, actualmente, extramuros del nuevo Código penal francés, vigente desde el 1 de marzo de 1994. El art. 152-7 del Código del Trabajo mantiene la siguiente dicción: «El hecho de revelar o de intentar revelar un secreto de fábrica por el director o el trabajador de una empresa donde está empleado está castigado con dos años de prisión y 200000 francos de multa. El tribunal puede igualmente imponer, a título de pena complementaria, con una duración de cinco años o más, la interdicción de los derechos cívicos, civiles y de familia previstos por el artículo 131-26 del código penal».

³⁹⁸ Recuérdense que, originariamente, los secretos no se valoran como instrumento competitivo por sus inmediatos poseedores, esto es, por los propios miembros del gremio, sino que se persiguen por los gobernantes como factor de enriquecimiento de la economía local frente a la de otras ciudades.

nacional frente a la competencia extranjera³⁹⁹. Se trata de una industria incipiente, cuya posible puesta en peligro por ataques del exterior se intenta prevenir mediante la represión de la revelación de aquellos secretos que, en ese momento, se consideran potencialmente idóneos para favorecer la expansión en los mercados internacionales⁴⁰⁰. Se desvela, pues, una protección del secreto en cuanto valioso instrumento competitivo de la propia economía francesa. De ahí la superior penalidad de la revelación del secreto de fábrica cuando el destinatario era un extranjero o un francés residente en el extranjero⁴⁰¹.

De otra parte, los principios del liberalismo reclamaron la exacerbación de la libertad individual, en general y la de industria y comercio, en particular. Así, progresivamente, se generaliza, también, el recurso al secreto como instrumento competitivo y se incrementa su relevancia como tal. En esta medida, resultaba imprescindible proteger al empresario frente a los ataques de otros competidores en la lucha concurrencial que, en un marco sin apenas frenos legales, cada vez se encarniza más en la conquista de un mercado cuya dimensión es mucho

³⁹⁹ Así, CHAVEAU-HÉLIE pone de manifiesto que el art. 418 CP traduce «el objetivo de asegurar a la política guerrera y proteccionista seguida por Napoleón armas represivas eficaces» (citado en MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 26, n. 47).

⁴⁰⁰ En igual sentido, vid. MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁴⁰¹ Como puede comprobarse esta agravación en función del destinatario de la revelación ha desaparecido. Ahora bien, la superior penalidad de la violación del secreto industrial respecto a la del secreto profesional, con el que la doctrina observa similitud, es interpretada como remiscencia del estrecho vínculo que el objeto material del delito de violación de secretos de fábrica presenta con la seguridad exterior del Estado (así, DELMAS-MARTY, M., *Droit Pénal des Affaires. Partie Spéciale: infractions*, Tome 2, 3ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, p. 396). En efecto, el artículo 378 del derogado código penal sancionaba la violación del secreto profesional con una pena de prisión de seis meses a un año y el vigente artículo 226-13 CP, con la de un año de prisión, ambas inferiores a las previstas tanto por el art. 418 CP como por el art. 152-7 CT. Vid., en igual sentido, en nuestra doctrina, CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 87, n. 274.

mayor⁴⁰². Esta tutela al servicio del individuo particular se inserta en el escenario sociopolítico promovido por el liberalismo, que, en lo jurídico, se caracteriza por vincular la ilicitud a la lesión de derechos subjetivos⁴⁰³. A tal concepción responde, probablemente, la elección sistemática del legislador en la ubicación del artículo 418 en la sección II, del capítulo II, del título II, que se rubrican, respectivamente, «quiebras, estafas y otras especies de fraudes», «crímenes y delitos contra las propiedades», «crímenes y delitos contra los particulares».

En suma, pues, subyace un interés general a garantizar la propia capacidad competitiva de la economía francesa junto al interés privado de preservar la del empresario competidor. La regulación del secreto de fábrica del código napoleónico descansa en este doble fundamento que aúna lo supraindividual con lo netamente particular. La concurrencia de estos heterogéneos intereses se refleja en algunas incongruencias del precepto, lo que, a su vez, suscita cierta disparidad en la precisión del bien jurídico tutelado, en cuya búsqueda se ha desatendido a la originaria *ratio* de la disposición⁴⁰⁴.

⁴⁰² Como ya ha destacado MAZZACUVA, esclarecedoras y llenas de autoridad resultan las reflexiones de RAMELLA a comienzos del siglo XX y a cuya reproducción no se renuncia: «(...), con la libertà dell'industria e commercio, il liberalismo economico e sgomberata la concorrenza dalle precedenti limitazioni, la sfrenata corsa alla conquista dei campi di produzione e di smercio à perduto ogni retegno e si è appigliata a ogni mezzo, anche sleale, per soppraffare i concorrenti. Ora tali sistemi di lotta, uniti alla cresciuta e sovrabbondante produzione, (...), rendevan necessario l'intervento dello Stato, sia sulla libertà della concorrenza in genere, sia su una delle più spiccate forme sue, la rivelazione di segreti. Qui particolarmente è spesso la slealtà la nota predominante; ché o si tratti di atti del concorrente, ovvero di quei del personale che ingiustamente volge a suo profitto gli altrui segreti di fabbrica o metodi di produzione, ecc. o le speciali qualità e condizioni dell'altrui azienda commerciale, non v'è dubbio che simile procedere presenti tutti i caratteri giustificativi della sua punizione» (en RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, p. 370).

⁴⁰³ En concreto, como ya se ha expuesto, a esta estructura corresponde, asimismo, la del originario acto de competencia desleal.

⁴⁰⁴ Esta omisión de la *ratio* de la norma en la búsqueda del bien jurídico ya fue advertida por MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 33. La dispersión en el debate doctrinal acerca del bien jurídico protegido también se observa respecto de los preceptos de los códigos europeos que nacieron bajo cobijo del modelo francés, entre ellos el español, como

Así, por lo que se refiere al análisis del tipo penal previsto en el artículo 418, la amplitud e indeterminación que caracterizan la tipicidad subjetiva (sin elemento subjetivo trascendente al dolo) y el objeto material del delito (secreto de fábrica, sin mayor matización), respectivamente, sufre una significativa restricción merced a la detallada indicación de los posibles *sujetos activos* del delito (director, empleado u obrero de la fábrica en la que se emplea el conocimiento secreto⁴⁰⁵). Como se observa, la regulación del legislador desvela dislates y lagunas que, escuetamente, se resumen en las

se expondrá al abordar su estudio (vid. infra) y el italiano. Por lo que se refiere a la tutela penal del secreto industrial en este último, la mayor parte de códigos italianos anteriores a la unificación castigan su divulgación siguiendo el modelo francés. Así, por ejemplo, el artículo 403 del código albertino de 1839 y el artículo 391 del código penal sardo, ubicados en el título dedicado a la *violación de la normativa o reglamentos relativa al comercio, manufacturas y oficios* y en el destinado a los *fraudes relativos al comercio, manufacturas y oficios*, respectivamente. Con la promulgación en 1889 del código Zanardelli se mantiene en el artículo 298 la misma estructura del modelo francés pero se introducen dos modificaciones. De una parte, se amplía el objeto material del delito, que ya no se ciñe a los secretos de la fábrica sino que engloba los descubrimientos, las invenciones científicas y las aplicaciones industriales. Por otro lado, se ubica en el título regulador de los delitos contra la fe pública y, en concreto, en el capítulo destinado a los *fraudes en el comercio, en las industrias y en las subastas*, lo que suscitó un cierto debate doctrinal. La consideración por el legislador de la revelación de secretos como un acto lesivo de un interés público, como el de la fe pública, junto con la diferente ubicación otorgada a la revelación de otros secretos privados en el título relativo a los *delitos contra la libertad* motivó forzadas interpretaciones doctrinales que, en el intento de dotar de coherencia sistemática a esta decisión legislativa, sugieren como valor protegido el interés general de la industria y de la economía nacional. Sin embargo, el marchamo claramente liberal del código, inspirado en los postulados individualistas del nuevo orden surgido tras la revolución, así como la necesidad de querrela para la persecución del delito, justificaron el desprecio de la citada propuesta y la reivindicación del interés económico del empresario, de carácter netamente individual. Así, como propone MAZZACUVA, con esta contradictoria ubicación se pretende reafirmar y garantizar, mediante las normas penales, el respeto del principio de la libre concurrencia y, en definitiva, del abstencionismo estatal (para la perspectiva histórica del secreto industrial en sede penal, se ha consultado, esencialmente, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, op. cit., pp. 45-53).

⁴⁰⁵ El artículo 418 CP francés constituye el patrón normativo de muchos códigos europeos. Una de las características paradigmáticas es la relativa a la estructuración del precepto como un delito especial propio. Así, como harán todos los ordenamientos inspirados en el modelo francés, el ordenamiento italiano también adopta esta configuración del precepto. Así, la amplitud del sujeto activo, que sugiere el pronombre [*chiunque*] que inicia el tipo, se restringe posteriormente [*avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione*, en la redacción del código Zanardelli y *venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte*, en la dicción del código Rocco].

siguientes. De una parte, por lo que se refiere a la tutela del interés subyacente en el primer párrafo del precepto, a saber, el florecimiento y la competitividad de la industria nacional, escapan a la órbita típica las revelaciones acometidas por cualquier sujeto que no revista la cualificación típica (director, empleado u obrero), de modo que la eventual comunicación a un extranjero acometida por el poseedor del secreto o cualquier otro queda impune cuando, objetivamente, puede lesionar igualmente el interés protegido. De otro lado, por lo que respecta al interés individual, se protege la ventaja competitiva que supone para el empresario la utilización del secreto frente a ataques de personal interno a la empresa (*intraneus*), esto es, dependientes, pero se desatiende su posible vulneración por otros sujetos, como son los terceros competidores que devienen los directamente interesados en su conocimiento⁴⁰⁶.

Así, al margen del debate en torno al bien jurídico protegido y, por tanto, independientemente de la reinterpretación que de dicha norma se formule, atendiendo al objetivo principal que con la tutela del secreto se persigue, parece que su previsión se endereza, sobre todo, a sancionar el incumplimiento de *deberes de fidelidad* a cargo del trabajador⁴⁰⁷.

En cualquier caso, se evidencia un modelo de tutela ágilmente articulado, en cuya virtud la jurisprudencia consigue dar satisfacción a los intereses individuales del empresario mediante la aplicación de los artículos 1382 y 1383 del código civil napoleónico y reserva el reproche penal para algunos supuestos de deslealtad considerados particularmente graves, como

⁴⁰⁶ Así, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁰⁷ La discusión en torno al bien jurídico protegido en el artículo 418 del código penal francés se afrontará posteriormente al abordar el bien jurídico tutelado en el código penal español. Desde luego, como se ha dicho ya, el art. 418 CP napoleónico constituye un patrón normativo adoptado por diversos legisladores nacionales del entorno europeo, por lo que las diversas propuestas doctrinales formuladas en el derecho francés asumirán un especial interés por su paralelismo con el debate mantenido en el ordenamiento español.

la violación de secretos de fábrica, prevista en el artículo 418 del código penal. No es éste, sin embargo, el cuadro normativo del que disfrutaban en este periodo el resto de países vecinos. A la carencia de disposiciones penales reguladoras de la violación de secretos en algunos casos⁴⁰⁸, debe añadirse la insuficiencia del ilícito civil en la mayor parte de ellos. En efecto, la progresiva y cada vez más consolidada construcción del ilícito concurrencial elaborada por la jurisprudencia francesa fue un fenómeno no generalizado en el resto de países que, si bien disponían de preceptos análogos a los del código francés, vieron frustrado o, cuando menos, frenado este proceso a causa de unos tribunales más tímidos y una industrialización tardía⁴⁰⁹.

Además, especial hincapié debe hacerse en el avivamiento de la lucha concurrencial desde finales del siglo XIX. Las grandes empresas consiguen afianzarse en el mercado, por lo que, frente al ataque de otros competidores agresivos de menor tamaño, que, a su vez, disfrutaban de la ausencia de normas estatales, ya se hallan en condiciones de exigir, en vez de temer, la intervención estatal en defensa de las posiciones adquiridas en el mercado. Se reclama, en definitiva, una *protección general de signo profesional* contra la competencia desleal⁴¹⁰. Esta presión empresarial, a fin de conseguir una normativa legal uniforme y específica de tutela frente a las

⁴⁰⁸ La mayor parte de códigos penales europeos decimonónicos regulaban la revelación de secretos industriales, a excepción del código penal del Reich de 1871 que no contenía ningún precepto destinado a su previsión.

⁴⁰⁹ A mayor abundamiento, no pueden desdeñarse las relevantes deficiencias propias del orden civil en este ámbito (insolvencia del empleado demandado frente a los enormes perjuicios ocasionados al demandante, en la mayor parte de casos; inidoneidad de la acción de cesación cuando ya se ha producido una revelación generalizada, entre otras). En este sentido, la doctrina denuncia pacíficamente la insuficiencia de la vía civil para la protección de los secretos; en la literatura alemana, vid., por todos, HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, op. cit. 21. Auf., 1999, anotación 2 a los §§ 17-20a UWG, p. 1425.

⁴¹⁰ Así, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit., p. 65.

prácticas desleales, se acentúa y motiva la unión de diversos sectores sociales y jurídicos. Así, se constituyen en portavoces de esta exigencia las cámaras de comercio, como entes representativos de los intereses comerciales, las asociaciones profesionales y, también, la propia doctrina jurídica. Fruto de la controversia suscitada e inserta en esta generalizada tendencia filolegislativa⁴¹¹, aparece la primera legislación sobre competencia desleal en Alemania, cuya influencia, más o menos conscientemente y con mayor o menor intensidad, en el resto de ordenamientos del entorno es certera. Pues bien, como se expondrá a continuación, en los debates que condujeron a la promulgación de esta norma desempeñó un papel fundamental la necesidad de tutela del secreto industrial para la industria alemana (química, cerámica y tabaquera)⁴¹², a cuyo estudio se procede.

4. Vinculación del secreto a la disciplina de la competencia desleal. Origen y evolución de la primera legislación reguladora de la materia.

4.1. Periodo anterior a la aprobación de la ley contra la competencia desleal alemana (UWG).

La aprobación de legislación específica en la materia a finales del siglo XIX en Alemania supuso la primera regulación general y sistemática de la competencia desleal y encarna, a su vez, un modelo paradigmático de la propia evolución experimentada por la disciplina a lo largo del siglo XX. De

⁴¹¹ La exigencia de una normativa específica reguladora de la competencia desleal se produce en Alemania y posteriormente en Italia; vid., extensamente, GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁴¹² Así es advertido pacíficamente por la doctrina; vid., por todos, SCHAFHEUTLE, K., *Wirtschaftsspionage und...*, *op. cit.*, p. 25. En idéntico sentido, el prof. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., en *El secreto industrial...*, *op. cit.*, p. 261, reconoce la protección del secreto empresarial, como factor impulsor de la legislación contra la competencia desleal.

ahí la utilización de esta legislación como punto de referencia en la evolución de una concepción del secreto vinculada a la competencia desleal.

El surgimiento de la disciplina de la competencia desleal se anuda al momento fundacional mismo del liberalismo económico; sin embargo, su profunda construcción no se produce automáticamente con el nacimiento de la economía liberal, sino durante su madurez, tras ese largo periodo descrito de abstencionismo en la actividad económica, durante el cual sólo se aplicó la legislación sobre derechos de propiedad industrial⁴¹³.

Así, en Alemania la tardanza histórica en articular un sistema de protección de la competencia desleal se debe, en primer lugar, al propio retraso hasta 1869 en la proclamación de la libertad de industria y de comercio⁴¹⁴. Además, la interpretación que la jurisprudencia hizo de este principio difiere de la que había tenido lugar en otros ordenamientos del continente. Así, el *Reichsgericht* imposibilitó el desarrollo judicial del derecho de la deslealtad competitiva, pues dedujo de la libertad de competencia la admisibilidad de todo comportamiento concurrencial que no estuviese expresamente prohibido por una ley especial (doctrina de la *Sonderverbot*)⁴¹⁵. En efecto, la jurisprudencia se mostró reacia a reprimir los abusos concurrenciales, a excepción de los supuestos que transgrediesen

⁴¹³ Así, vid. MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid, 1990, pp. 29-30.

⁴¹⁴ En efecto, en Alemania el liberalismo se inicia, al menos desde un punto de vista estrictamente de derecho positivo, el 21 de junio de 1869, en que se promulga la *Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, en la que se proclama, por primera vez y con carácter general, el principio de libertad de industria y comercio (la *Gewerbefreiheit*) (así, vid. PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 15-16). La justificación expuesta de este retraso histórico es admitida con unanimidad; así, vid., entre muchos otros, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 39; BERCOVITZ, A., "La formación del derecho...", en 2 *ADI*, *op. cit.*, p. 68; GHIDINI, G., en *Stealtà della...*, *op. cit.*, p. 23; PREIN, P., *Der Geheimnisschutz...*, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹⁵ Vid. PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 16 y ss.

las prohibiciones explícitas contenidas en las leyes, de modo que la conducta concurrencial ilícita se ceñía a la específicamente tasada en las leyes⁴¹⁶. Coherentemente con esta perspectiva singularmente rígida y positivista, tampoco los tribunales se manifestaron partidarios de aplicar la cláusula de responsabilidad extracontractual a las modalidades de comportamiento anticoncurrencial. La jurisprudencia no admitió, pues, una ampliación de la doctrina de la «prohibición especial» (*Sonderverbot*) a través de la cláusula general del ilícito civil, en la convicción de que ello supondría una injustificada restricción del principio de libertad de competencia⁴¹⁷. A la actitud abstencionista de los tribunales debe añadirse la falta de previsión por el código penal del *Reich* de 15 de mayo de 1871 de preceptos reguladores de la violación de secretos industriales o comerciales, en contraste con la mayor parte de legislaciones penales europeas del siglo XIX⁴¹⁸. En definitiva, la protección de los secretos industriales se ceñía a la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de específicas

⁴¹⁶ Como destaca la doctrina (así, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 16; GHIDINI, G., *op. ult. cit.*, p. 47 y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 82), especial relevancia adquiere en ese momento la *Markenschutzgesetz*, de 30 de noviembre de 1874, cuyo ámbito sancionador se revelaba extremadamente limitado, y la más amplia de signos distintivos, la *Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung*, de 12 de mayo de 1894, cuyos parágrafos 15 y 16, reguladores de la confusión y de la publicidad insincera, son considerados las primeras reglas legales y, por tanto, antecedentes parciales de la normativa contra la competencia desleal (así, vid. HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.* 19 Auf., 1996, anotación número 17 a la introducción a la UWG, p. 122).

⁴¹⁷ Como señala PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 18, la argumentación del abstencionismo judicial se vertebra en una igualmente rígida interpretación del principio de derecho común *qui iure suo utitur neminem laedit*. Esto es, quien ejercita el derecho a competir no daña a nadie, excepto que se trate de una conducta especialmente prohibida por la ley, lo que conduce a la admisión de que lo no expresamente prohibido está permitido.

⁴¹⁸ El código penal de 1871 se inspiraba en el código penal prusiano de 1851 que adolecía, asimismo, de falta de regulación del secreto empresarial. La argumentación teórica utilizada para justificar esta falta de intervención normativa en materia económica radica en el escrupuloso respeto de los postulados liberales (así, vid., entre otros, NASTELSKI, N., "Der Schutz des Betriebsgeheimnisses", en *GRUR*, I, 1957, p. 2; PREIN, P., *Der Geheimnisschutz...*, *op. cit.*, p. 13; TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 35; GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, p. 263, n. 39).

cláusulas en las que se fijaban sanciones para la revelación de secretos por los trabajadores⁴¹⁹.

Como se ha anticipado, la presión empresarial ante esta insuficiente protección se agudiza y trasciende a otros sectores sociales que se convierten en portavoces de las nuevas exigencias. Se inicia así un periodo de controversia y debate en el que confluyen intereses de distinto signo. Un sector de la doctrina jurídica reclama tutela penal para los secretos de fábrica e industriales (*Fabrik- und Gewerbegeheimnisse*), mediante la introducción de un nuevo precepto en el código penal, a continuación del § 300, regulador del secreto profesional⁴²⁰. Por el contrario, otros autores manifiestan recelo ante tal propuesta, debido a la dificultad de encontrar un preciso criterio de determinación de la relevancia económica del secreto, incertidumbre que aconseja renunciar al aparato sancionador y reservar a la vía civil el deber de regular la responsabilidad derivada de la violación de secretos⁴²¹. También la industria alemana se halla dividida aunque en proporciones desiguales. De una parte, la industria química, la cerámica, la tabaquera y la lanera se mostraban verdaderamente interesadas en la protección penal. Por el contrario, de forma minoritaria, la agrupación de ingenieros rechazaba la aprobación de normativa penal reguladora de los secretos⁴²². El debate suscitado constituyó uno de los puntos del orden del

⁴¹⁹ Así, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*. Precisamente se asocia la protección del secreto industrial a la de los dibujos y modelos industriales al surgir en el seno de estos últimos la protección contractual de la revelación por empleados (así, PREIN, P., *op. ult. cit.*, p. 11; en nuestra doctrina, se hace eco de esta vinculación, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *op. ult. cit.*, p. 259).

⁴²⁰ Partidario de esta postura se muestra, por ejemplo, ORTLOFF (así, vid, SCHAFFHEUTLE, K., *Wirtschaftsspionage und...*, *op. cit.*, p. 24).

⁴²¹ Así, por ejemplo, FREUDENSTEIN (vid., SCHAFFHEUTLE, K., *op. ult. cit.*, pp. 24-25).

⁴²² Sin duda, como advierte SCHAFFHEUTLE, K., *ibidem*, la industria química alemana era la verdaderamente interesada en una tutela penal de la revelación de secretos, puesto que numerosas invenciones realizadas en dicho sector no eran susceptibles de ser patentadas

día de la celebración del **19. Juristentag** celebrado en 1888. Así, cierto sector doctrinal, las organizaciones de los industriales y las cámaras de comercio reclamaban la ampliación del código penal con un nuevo precepto destinado al secreto. Por el contrario, el perito ANDRÉ, al que se había encargado la elaboración de un dictamen, negó la concurrencia de un interés público en la protección penal del secreto industrial y se esgrimió la dificultad de formular con precisión el tipo penal correspondiente. Al final, el congreso aprobó con amplia mayoría una propuesta por la que se recomendaba completar el CP, destacando que la nueva disposición reguladora de la revelación de secretos podía ser castigada bajo la perspectiva o como una hipótesis de «Untreu»⁴²³.

Tras este intenso debate, se logra la regulación penal específica en el seno de la *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, aprobada el 27 de mayo de 1896⁴²⁴, cuyos preceptos fueron objeto de diversas críticas, que, finalmente, motivaron su sustitución por la vigente *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (en adelante, UWG), promulgada el 7 de junio de 1909⁴²⁵. Se advierte en ambas leyes un distanciamiento de la primigenia orientación penal, desvelándose, por el contrario, una

y, por tanto, los procedimientos de fabricación no resultaban protegidos frente a actos de imitación.

⁴²³ Así, vid. SCHAFFHEUTLE, K., *op. ult. cit.*, p. 26.

⁴²⁴ Acerca de la extremadamente laboriosa preparación de esta ley así como de las discusiones en el 23. *Juristentag* de 1895, vid. SCHAFFHEUTLE, K., *op. ult. cit.*, pp. 26-32.

⁴²⁵ Con carácter general, la doctrina había manifestado la necesidad de una cláusula general como técnica idónea para solventar eficientemente el problema de la competencia desleal. Sin embargo, el legislador de 1896, lastrado por la ideología jurídica del liberalismo y fiel a la doctrina de la *Sonderverbot*, opta por la previsión de una pequeña cláusula general en el § 1 para la publicidad engañosa y por la represión de ciertos tipos de comportamientos desleales, como la denigración, el uso fraudulento de marcas y nombres y la revelación de secretos industriales en los §§ 9 y 10. Sin embargo, a pesar del extraordinario progreso que la ley de 1896 supuso en la normación de la disciplina, devino insuficiente y desembocó en la promulgación de la UWG de 1909, cuyos parágrafos 17-20a se destinan al secreto (así, vid. PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 21).

configuración jurídico-privada de la disciplina, lo que supuso un notable avance en la regulación del fenómeno competitivo.

4.2. Periodo de extensión y consolidación de la disciplina de la competencia desleal.

Con carácter previo a continuar esta revisión histórica, parece oportuno insistir en la sujeción de esta retrospectiva a un objetivo muy concreto, cifrado en verificar la importancia del *cambio de función de la competencia*, como fundamental instrumento interpretativo del bien jurídico y de otros elementos típicos de los preceptos reguladores del secreto empresarial. Así, en esta evolución, una particular relevancia cobró una de las principales novedades de la UWG (ley de competencia desleal), al permitir la superación de ese liberalismo extremo que, en materia de competencia económica, había impuesto el abstencionismo de la judicatura del *Reich*. En efecto, el párrafo 1 de esta ley consagra el triunfo de la técnica legislativa de la *cláusula general*, cuya presencia desencadenó importantes efectos ⁴²⁶. De una parte, se logra desterrar la creencia en una irrestricta libertad de industria y comercio y se consigue una limitación general de dicho principio a través de la "ley de la costumbre"⁴²⁷. De otro lado, se posibilita la progresiva adaptación de la ley a los sucesivos cambios sociales, económicos y políticos experimentados a lo largo del transcurso de los años.

⁴²⁶ La literatura mercantilista que analiza la evolución del derecho de la competencia es exhaustiva. En la presente retrospectiva histórica, se toma como principal basamento teórico el extraordinario estudio de la cuestión acometido por el prof. PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 7-147.

⁴²⁷ El § 1 UWG establece que «Quien en el tráfico económico con la finalidad de competir desarrolle comportamientos, que infrinjan las buenas costumbres, puede ser demandado para que cese en la realización de éstos e indemnice los daños y perjuicios causados».

Ante la fuerte demanda empresarial de protección de las posiciones adquiridas en el mercado, la disciplina se generaliza y se privatiza⁴²⁸. Así, como *ius privatum*, la disciplina de la deslealtad competitiva selecciona única y exclusivamente en su ámbito tuitivo los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado⁴²⁹. Los preceptos de la UWG se configuran como *normas de protección estrictamente individual, explicitadas en la tutela de los competidores*. Se renuncia a la tutela directa o inmediata de los consumidores, cuyos intereses sólo se ven protegidos de modo reflejo y residual, por efecto de la tutela otorgada a la empresa⁴³⁰ y se renuncia, también, a la tutela directa del mismo orden institucional del mercado y a una posible política de competencia a través de la que dicho orden se realice. Su finalidad primordial será proteger la posición del empresario en el mercado⁴³¹.

⁴²⁸ Recuérdese que la disciplina del periodo anterior se caracterizaba por su carácter fragmentario, típico y penal, muy vinculado todavía a los derechos de propiedad industrial (así, vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 65). Precisamente, ante la insuficiencia de esta normativa, se demanda una tutela más amplia y general, a cuyo objetivo se destina la adopción de la cláusula general, que se convierte en la norma dominante del derecho de la competencia desleal (así, vid. por todos, HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.* 19 Auf., 1996, anotación número 62 a la introducción a la UWG, p. 139 y anotación 1 al § 1 UWG, p. 404). En suma, la disciplina de la competencia desleal se ha independizado del derecho penal (vid., en igual sentido, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 82).

⁴²⁹ Así, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 27 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 66.

⁴³⁰ Conocida es, al respecto, la analogía propuesta por PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 32, referente a la utilidad social de los competidores, quienes asumen la función de «vengador vicario» de los intereses de los consumidores. Al efecto, significativa resulta la exposición de motivos de la UWG, en la que se declara que «La tutela del público de los consumidores (...) no constituye el objeto directo de una ley contra los actos de competencia desleal, si bien es cierto que las normas que están destinadas a reforzar la confianza en las relaciones recíprocas entre los empresarios, van *indirectamente* a coincidir con los intereses de sus compradores» (la cursiva es mía) (citado en PAZ-ARES, C., *ibidem*).

⁴³¹ Así, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 82.

En esta configuración de la UWG, la aproximación doctrinal al bien jurídico desde la perspectiva del derecho subjetivo absoluto del empresario y la aparición del ilícito desleal por la mera lesión de tal derecho no sorprende. De hecho, como advierte la doctrina, este pensamiento ideológico es el que mejor se acomoda con la caracterización atribuida a la disciplina⁴³². De una parte, su *orientación privatista*, reflejada en su exclusiva función de tutela de individuos singulares. De otro lado, su *neutralidad político-económica y político-social*; obsérvese que el ilícito desleal surge por la mera lesión del derecho del competidor, con independencia de que la conducta lesiva contradiga, sea indiferente o favorezca la conservación de la estructura del mercado⁴³³. En suma, la normativa de la competencia desleal no constituye una manifestación de la intervención estatal en el fenómeno concurrencial, organizando y ordenando las relaciones económicas en el mercado, sino que se presenta como *mero derecho de conflictos*. Esto es, el ordenamiento económico no funciona como «cuadro ordenador», sino como «sentimiento empresarial»⁴³⁴. De ahí que la competencia desleal no pueda ser utilizada, en este momento, como un instrumento de política-económica⁴³⁵.

Este entendimiento de la disciplina evidencia la voluntad del legislador al tipificar los parágrafos destinados a la revelación de secretos. Se trata de proteger los derechos del empresario competidor frente a la ruptura de

⁴³² Así es observado por PAZ-ARES, C., *op. ult. cit.*, p. 33 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. ult. cit.*, p.71. Ciertamente, como observa el prof. PAZ-ARES, p. 30, se produce en este periodo una quiebra de los postulados del liberalismo. Ahora bien, se trata de un proceso lento y progresivo, con reminiscencias liberales en el orden formal. Así, se considera excepcional la legislación de intervención (normativa sobre cárteles, por ejemplo) y se persevera en la inteligencia del derecho privado y, por ende, de la competencia desleal, como el ordenamiento exclusivo y neutral de la sociedad civil.

⁴³³ Así, PAZ-ARES, C., *op. ult. cit.*, p. 33 y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 72. En suma, pues, la regulación de la disciplina y, en concreto, el parágrafo 1 UWG, se configura como una norma atributiva de derechos subjetivos.

⁴³⁴ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 40.

⁴³⁵ Así, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 80.

confianza que conlleva la revelación del secreto por el empleado y los graves perjuicios que ello podía ocasionarle. Se trata de tutelar el interés del empresario que puede verse perturbado por conductas desleales y traiciones de los empleados.

La disciplina de la deslealtad competitiva se concibe exclusivamente como un derecho de conflictos inter-empresariales y, reviste, por tanto, un inequívoco marchamo corporativo⁴³⁶. La clase empresarial ha logrado que el juicio de deslealtad se remita a los propios criterios de industriales y comerciantes, configurando una disciplina cuya función, en esa temprana inteligencia, es autorizar al juez para que decida «según las observaciones y experiencias en el sector de la vida práctica»⁴³⁷. El respaldo normativo a este neocorporativismo lo proporcionaba la norma contenida en el originario § 13 UWG, que reservaba la legitimación de la persecución de la actividad económica desleal, en el ámbito civil, a los competidores y a sus asociaciones profesionales, revelándose así la configuración de la disciplina como un auténtico *derecho de clase, endoempresarial*⁴³⁸. Lógicamente, con

⁴³⁶ Como se anticipó al comienzo de la evolución histórica, el espíritu de las corporaciones se observa en uno de los caracteres de la disciplina en este periodo. En concreto, las reminiscencias ideológicas del corporativismo se reflejan en el marcado carácter profesional de la disciplina de la competencia desleal, dirigida, de modo exclusivo, a la solución de conflictos entre los intereses empresariales, y que refleja una autorregulación de clase, que el ordenamiento estatal garantiza. Sin embargo, como atinadamente advierte GHIDINI, G., en *Slealtà della...*, *op. cit.*, pp. 20-21, mientras que la autorregulación corporativa se dirigía a preservar un compromiso *igualitario* de los intereses de la categoría, la impronta profesional de la disciplina corresponde al afianzamiento, mediante la libre competencia, de las empresas y grupos de empresas *más fuertes*.

⁴³⁷ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 33. De nuevo, será la «lealtad» de las empresas con mayor potencia económica la que intente afirmarse y termine imponiéndose, en gran medida, como expresión auténtica, y formalmente unitaria, de la ética profesional (así, GHIDINI, G., *op. ult. cit.*, p. 21). Así pues, la denominada «autopurificación de la economía» queda en manos de los grupos económicamente dominantes.

⁴³⁸ En análogo sentido, FONT GALÁN, J.I., en "La crisis de la «relación de competencia»...", en *RFDUCM*, p. 246, enfatiza la dimensión subjetiva o corporativista de la disciplina, en cuanto que sólo se aplica entre empresarios y a instancias de éstos, únicos legitimados para demandar por competencia desleal.

arreglo a esta concepción, la «relación de competencia» se configura como presupuesto de aplicación de la disciplina, de modo que sólo se reprimirán aquellas conductas desleales que se susciten en el marco de esa relación⁴³⁹.

En este contexto, el parámetro de valoración con arreglo al que debe enjuiciarse la deslealtad de un determinado comportamiento concurrencial se refiere a las *boni mores*⁴⁴⁰. A su vez, este concepto jurídico indeterminado remite necesariamente a la propia experiencia de la sociedad civil, a ordenamientos extraestatales y, en especial, a los de la sociedad de empresarios y, en ningún caso, a las decisiones del propio Estado. Como se sabe, la economía es asunto único de la sociedad civil (*neutralidad político-económica de la disciplina*), por lo que debe ser ésta la que, con arreglo a sus valores, usos y experiencias, interprete e integre el concepto de las buenas costumbres⁴⁴¹.

En definitiva, durante este periodo de extensión y consolidación, la construcción en clave individualista y iusprivatista de la disciplina se

⁴³⁹ Así, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 81-82.

⁴⁴⁰ La mayor parte de cláusulas generales de la legislación sobre la materia remiten a conceptos jurídicos indeterminados análogos; así, las *guten Sitten* del § 1UWG; los *principi della correttezza professionale* del artículo 2598.3 del código civil italiano de 1942, que responde, igualmente, a este modelo de regulación de impronta profesional; los *usages honnêtes du commerce*, exigidos por la jurisprudencia francesa para la aplicación de los artículos 1382 y 1383 CC [así, sentencia de la corte de apelación de París, de 3 julio 1975, (citada en WENIGER, O., *La protection...*, *op. cit.*, p. 199, n. 1166)]; los “usos honestos en materia industrial o comercial” del artículo 10.3 bis del Convenio de la Unión de París, entre otros supuestos.

⁴⁴¹ En esta heterointegración de la cláusula general se advierten dos teorías que se hallan en tensión recíproca. De una parte, la teoría dominante es la *interpretación moral o ética* de las buenas costumbres, que remite a la moral social, entendida como la moral de los negocios y que, dada su profunda connotación moral subjetiva, reclama la concurrencia de un *elemento subjetivo*. En contrase, la *teoría convencional* remite el juicio a la ética realmente practicada (costumbres del tráfico, usos corporativos, normas convencionales de los empresarios), cuya *lesión objetiva*, por ende, puede agotar el ilícito desleal. Acerca de las críticas bilaterales que estas corrientes se formularon, vid. PAZ-ARES, C., “El ilícito concurrencial:...”, en *op. cit.*, pp. 40 y ss.

caracteriza por los siguientes rasgos⁴⁴². Primero. En cuanto al *objeto de protección*, se tutela exclusivamente al empresario competidor; ello supone, en el plano dogmático, la concepción de la cláusula general del §1 como norma atributiva de derechos subjetivos. Segundo. Los *parámetros de valoración* del juicio de deslealtad remiten a los ordenamientos extrajurídicos de los empresarios, morales o convencionales, lo que evidencia la teorización de la cláusula general como una norma de remisión. Tercero. Por lo que se refiere a la *naturaleza de la disciplina*, ésta se configura como mero derecho de conflictos⁴⁴³.

Ahora bien, hacia la década de los años treinta se observa un cambio de orientación, cuyo fundamental influjo se atribuye, esencialmente, a dos escritos de ULMER en los que se establecen dos tesis decisivas para el abandono de la construcción individualista y *el inicio de la teoría de la función social del derecho de la competencia*⁴⁴⁴. En primer lugar, se reorganiza el derecho de la deslealtad y el derecho antimonopolístico o *antitrust* en una *unidad sistemática superior del derecho de la competencia*. Ello supondrá un intercambio de principios que favorecerá la extensión de la tutela de la UWG más allá de los intereses individuales de los competidores. Es el inicio de la protección institucional del orden del mercado⁴⁴⁵. En

⁴⁴² Cronológicamente, este periodo corresponde a las tres primeras décadas del siglo XX.

⁴⁴³ PAZ-ARES, C., *op. ult.cit.*, pp. 13-14.

⁴⁴⁴ PAZ-ARES, C., *op. ult. cit.*, p. 46. Simultáneamente se producen una serie de cambios legislativos, cuya finalidad político-económica, según advierte el citado autor, descansa en la conservación del mercado. Para una exhaustiva recopilación de las modificaciones experimentadas por la UWG, vid. HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.* 19. Auf., 1996, anotación número 19 a la introducción a la UWG, p. 123 y SCHÖNFELDER, H., *Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts*, 98. Auf., München, 1999, 73 UWG, pp. 1-2. Entre ellos, la *Notverordnungs* de 9 de marzo de 1932 proporciona nueva redacción a los párrafos 17 y 18 e introduce el 20a UWG.

⁴⁴⁵ ULMER, E., *Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht*, Berlín, 1932, pp. 9 y ss.

segundo término, específicamente reclama ULMER la *tutela de intereses generales* y su consideración como momento instrumental del juicio de deslealtad⁴⁴⁶. Así pues, procede abordar ya los profundos cambios que, en esta etapa, motivaron la reorientación de la disciplina.

4.3. Periodo de reorientación de la disciplina de la competencia desleal.

En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial el abstencionismo estatal y el neoliberalismo económico reinantes exacerban las tendencias monopolistas y conducen a la cartelización del mercado. Ante la amenaza de la eliminación de la competencia misma y frente a esas tendencias naturales del mercado a las que la libertad ilimitada aboca, se toma conciencia de la necesidad de acometer una nueva política de competencia, destinada a garantizar su propia subsistencia. Las disfunciones surgidas a cobijo del escrupuloso respeto del derecho a ejercer una actividad económica y del celo exigido al poder estatal de que se efectuase en condiciones de libertad, requieren ineludiblemente, en este momento, su corrección mediante la intervención del Estado. En efecto, se trata de asegurar la conservación de la competencia obligando a los agentes económicos a competir⁴⁴⁷. Un liberalismo económico no domeñado conduce

⁴⁴⁶ ULMER, E., "Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht", en *GRUR*, 1937, pp. 769 y ss.

⁴⁴⁷ Se trata de proteger la libertad de competencia contra las limitaciones creadas artificialmente por los propios competidores. Estos conciertos entre empresas eran denominados *trusts*, tomando el nombre de una vieja institución inglesa cuya esencia radicaba en el secreto y en la confianza (así, GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia...*, *op. cit.*, p. 20). Contra ellos se dirige la legislación *antitrust*, cuyo comienzo puede cifrarse en la ley canadiense de 1889, a la que sigue la famosa *Sherman Act* norteamericana, de 2 de julio de 1890. La promulgación de las normas *antitrust* evidencian un radical cambio de postura. Como afirma BERCOVITZ, A., "La formación del derecho...", en 2 *ADI*, *op. cit.*, p. 70, quienes participan profesionalmente en el tráfico económico no sólo tienen derecho a competir, sino que tienen, además, la obligación de hacerlo. En Alemania, por el contrario, se produjo hasta 1945 una evolución de signo muy diverso. En 1897 una importante decisión del *Reichsgericht* declaró la licitud de los cárteles, siempre que hubiesen sido convenidos de buena fe. Sin embargo, pronto se despreció esta condición

a la propia destrucción de la competencia⁴⁴⁸. Además, la intervención iba a ser también necesaria como consecuencia de las nuevas circunstancias políticas y sociales: pluralización y diferenciación. Estos dos importantes procesos no permiten ya la subsistencia de esa «unidad de sensibilidad cultural», como presupuesto de la remisión del juicio de deslealtad a las buenas costumbres⁴⁴⁹.

A este cambio de orientación del pensamiento, de inspiración norteamericana, se sumó la labor de un importante grupo de profesores de Friburgo, cuyas investigaciones desembocaron, a partir de 1945, en la convicción de que la libertad económica sólo puede funcionar en el marco de un determinado ordenamiento garantizado jurídicamente por el Estado, esto es, por el ordenamiento o derecho de la competencia⁴⁵⁰. Esta doctrina del *ordoliberalismus* o liberalismo ordenado permitió un sustancial cambio de la situación, fundado en posibilitar la reforma de la disciplina de cárteles ya consolidada y favorecer el desarrollo de una exuberante legislación *antitrust*

limitadora y proliferaron, sin control alguno, los cárteles y la concentración económica, fomentada de hecho por el propio Estado, que actuaba desde la convicción de estar cumpliendo con su deber de proteger la economía [así, vid. FIKENTSCHER, W., "Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)", en *RDM*, nº 172/173, 1984, pp. 461-462].

⁴⁴⁸ Es el mismo principio de la libre competencia el que exige que las modalidades de la concurrencia en el caso concreto no colisionen con la *justificación* de la libertad de competir, esto es, con la posibilidad, que ésta tiende a garantizar, del triunfo de los mejores, idea consustancial al fenómeno de la competencia. Un triunfo de los mejores juzgado, en último término, por los consumidores a través de la preferencia manifestada por determinados bienes en la satisfacción de sus necesidades (así, vid. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, pp. 37-38).

⁴⁴⁹ Así, vid., al respecto, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 44-45 y SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁵⁰ Las ideas fundamentales de la escuela de Friburgo, fundadora de la denominada *economía social de mercado*, cuyas investigaciones se iniciaron en los años 30 y cuya puesta en práctica se intentó a partir de 1945, se resumen en: «1) El mercado es presuntamente el distribuidor más social de los bienes y servicios escasos; 2) por ello se hace preciso cuidar la competencia; 3) hay que corregir las desigualdades con el objetivo final del mercado» [así, FIKENTSCHER, W., "Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)", en *RDM*, nº 172/173, 1984, pp. 462-463].

o antimonopolística. Así, la promulgación de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, el 27 de julio de 1957 (en adelante, GWB)⁴⁵¹, y el progresivo carácter dominante que esta norma asumió en el marco del ordenamiento económico, supuso la convivencia de ambas disposiciones (UWG y GWB) y un fructífero trasvase de principios⁴⁵².

Así, mediante el acercamiento del derecho de la competencia desleal y la legislación contra las prácticas restrictivas de la competencia, surge el denominado *derecho de la competencia*⁴⁵³. Y en este *enriquecedor contagio*

⁴⁵¹ Se trata de la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia.

⁴⁵² Así, vid. PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 49.

⁴⁵³ Como se ha señalado ya (así, por ejemplo, al abordar la naturaleza jurídica del secreto), resulta incontrovertible la estrecha vinculación del derecho sobre los bienes inmateriales (propiedad industrial y propiedad intelectual) y el derecho de la competencia. Como se sabe, la protección jurídica de los bienes inmateriales conlleva el otorgamiento de derechos de exclusión, que restringen temporalmente la competencia en un cierto ámbito, necesaria para obtener diversos objetivos cuyo denominador común radica en el fomento de la competencia en un ámbito superior (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., "Aproximación sistemática...", en *op. cit.*, p. 260). Así pues, ante este indiscutido nexo y para designar esta rama del derecho mercantil, que, generalmente, establece los principios básicos a que debe someterse el desenvolvimiento de la actividad económica mediante una empresa en el mercado, la doctrina postula diversa terminología, que traduce diverso encuadramiento de estas categorías. Algunos autores proponen la agrupación sistemática de normas sobre competencia y normas sobre propiedad industrial (o sobre bienes inmateriales, según terminología moderna) en una categoría única, a saber, *el derecho de la competencia, en sentido amplio* (así lo sostienen, por ejemplo, BERCOVITZ, A., "La formación del derecho...", en 2 *ADI, op. cit.*, pp. 79-81 y SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 114-115, n. 146). Esta categoría englobaría, pues, no sólo el derecho de la competencia desleal y el derecho de defensa de la competencia, sino que acogería también el derecho sobre bienes inmateriales. Otros autores aluden a este conjunto de instituciones con la denominación de *derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, sin postular esa reagrupación sistemática y reservando la denominación de *derecho de la competencia* para el conjunto normativo integrado únicamente por dos bloques, a saber, el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal (así lo formula, por ejemplo, MASSAGUER FUENTES, J.J., *op. ult. cit.*, pp. 245, 249, 260). No interesa a los efectos de este trabajo iniciar una discusión acerca de la terminología adecuada que debe emplearse o de la relación y agrupación de las diversas ramas que deben componer el derecho de la competencia. Lo que se pretende es subrayar la íntima *ligazón sistemática* que presentan estas instituciones jurídicas, dado que sólo pueden ser profundamente entendidas desde su vinculación a la competencia económica. A partir de este común presupuesto teórico, conviene precisar nitidamente las diferencias que, progresivamente, las irán dotando de singular contenido y, por tanto, delimitando entre ellas. En nuestro caso, interesa subrayar la *mayor cercanía del secreto a la dinámica de la competencia desleal que a la propiedad industrial*. Y, en esa medida, la integración del secreto en la disciplina de la

*dogmático se puede cifrar el inicio de la reorientación de la disciplina de la competencia desleal, cuya naturaleza deja de ser la de mero derecho de resolución de conflictos (individuales, primero; de grupo, después) para pasar a ser la de una norma de intervención estatal en la economía*⁴⁵⁴. Este cambio de orientación se reflejará, asimismo, en los otros dos ámbitos enunciados ya (objeto de protección y parámetros de valoración), cuya transformación se analizará más adelante.

Ante la progresiva inteligencia de que la UWG no limita su protección a los intereses individuales de los competidores y de que la GWB (ley contra las prácticas restrictivas de la competencia), además de la protección institucional del mercado, cubre a sus participantes⁴⁵⁵, se suscitan dos posiciones doctrinales.

Para algunos autores, la protección de la "lealtad" incumbe a la disciplina de la competencia desleal y la tutela de la "libertad" a la legislación *antitrust* o derecho de defensa de la competencia, debiendo permanecer ambas ramas separadas dada la contradicción entre *lealtad* y *libertad* de competencia⁴⁵⁶.

competencia desleal y no en la del derecho sobre los bienes inmateriales, con independencia de que se considere o no a esta última como parte del derecho de la competencia, en sentido amplio.

⁴⁵⁴ Así, vid. MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid, 1990, p. 30 y SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 115. Como advierte SEGURA GARCÍA, el derecho de la competencia desleal se emancipa ya definitivamente de la propiedad industrial.

⁴⁵⁵ Vid., en nuestra literatura, BERCOVITZ, A., "La formación del derecho...", en 2 *ADI*, *op. cit.*, pp. 78-79 y PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 51.

⁴⁵⁶ Ésta es la posición adoptada por FIKENTSCHER (*Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlín, 1958, pp. 223 y ss.) (vid., para una exposición detallada de esta postura, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 119-120, n. 159). FIKENTSCHER afirma la necesidad de distinguir, dentro del derecho de la competencia (*stricto sensu*), entre las dos ramas que lo integran (el derecho de la competencia desleal y el antimonopolístico) en función del objeto de protección. Sin embargo, como advierte la

Para otros autores, esta delimitación resulta inadecuada. Así, en España, se ha sostenido por el profesor PAZ-ARES la necesidad de defender la *unión sistemática* de ambas disciplinas en una categoría superior del *derecho de la competencia*⁴⁵⁷. El esfuerzo doctrinal en orden a la explicación de esta unidad sistemática resulta extremadamente fértil y el engarce de las diversas propuestas teóricas constituye el esqueleto sobre el que descansa la evolución de la disciplina en la segunda mitad del siglo XX. En suma, la reconstrucción dogmática del ilícito concurrencial y las profundas transformaciones que experimenta en este periodo se llevan a cabo a la luz de la reivindicada unidad sistemática del derecho de la competencia, que el citado autor hace descansar en una triple identidad⁴⁵⁸.

l) En un primer momento, se busca la similitud de ambas disciplinas en un *fundamento* común que les confiere esa unidad sistemática y que reside en el derecho individual a la libre actividad económica, residenciado en el más amplio derecho al libre desarrollo de la personalidad, con respaldo

prof. SEGURA GARCÍA, la importancia del planteamiento de FIKENTSCHER, radica en que, a pesar de esta distinción y de la contradicción planteada entre un derecho de defensa de la competencia y un derecho que establece restricciones a la competencia, proporciona un esquema conceptual válido para ubicar a este último, el derecho industrial, junto con el derecho de la competencia desleal y el antimonopolístico, dentro del derecho de la competencia, en sentido amplio, al tener todos ellos un fundamento común, que descansa en la protección de un derecho de la personalidad. Ahora bien, y éste es el aspecto singularmente relevante, el *derecho industrial tiene una naturaleza diversa* a la de las otras dos ramas del derecho de la competencia, ya que se configura como un derecho de dominio. En suma, a los efectos de este trabajo, interesa destacar una vez más que tan imprescindible resulta vincular la propiedad industrial a la competencia económica, como advertir la distinta naturaleza del secreto empresarial respecto de estos derechos registrales (también en el planteamiento de FIKENTSCHER se halla esta diversificación), aunque todos ellos compartan fundamento e incluso estos últimos puedan, según algunos autores, componer el derecho de la competencia en sentido amplio.

⁴⁵⁷ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 51 y ss.

⁴⁵⁸ Vid., extensamente, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 66 y ss. y para una exposición pormenorizada de la posición de este autor, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

constitucional (§ 2 Abs.1 GG)⁴⁵⁹. El ordenamiento concurrencial demarca, pues, un derecho individual a la actividad en el ámbito económico, protegido en su existencia por la normativa *antitrust* y en sus modalidades de desarrollo por la legislación relativa a la competencia desleal⁴⁶⁰. A su vez, ambas disciplinas descansan en un común principio (*Leistungsprinzip*), reclamado en beneficio de los agentes económicos, competidores y consumidores y en cuya virtud la lucha competitiva se legitima en la medida en que su desarrollo y dinamismo se deba a una mejora por las propias prestaciones y no a la obstaculización de los competidores. Así, el derecho general de la competencia se define como el sector destinado a la tutela del libre desarrollo de la personalidad (del competidor y del consumidor) en la esfera económica frente a perjuicios desleales⁴⁶¹.

Posteriormente, sobre este fundamento se formulan algunas matizaciones que conllevarán un trascendental cambio de perspectiva. En efecto, a los concurrentes o empresarios competidores se les reconoce la posibilidad de desarrollarse económicamente y, por tanto, de obtener ganancias, pero no a modo de derecho subjetivo oponible a todos los demás participantes en el mercado⁴⁶², sino como *reflejo de las normas de conducta que el ordenamiento prescribe para la protección de la institución de la competencia*, que, precisamente, afecta a los agentes económicos en cuanto

⁴⁵⁹ Como ya se ha señalado, este fundamento común para todo el derecho de la competencia cifrado en la protección de un derecho de la personalidad es obra de FIKENTSCHER. Para una recensión de esta teoría, vid. FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en *op. cit.*, p. 29, n. 65 y PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 53-54, n. 127.

⁴⁶⁰ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 54.

⁴⁶¹ Así es definido por FIKENTSCHER (citado en PAZ-ARES, C., *op. ult. cit.*, p. 55).

⁴⁶² Esto es, según pretende FIKENTSCHER, como derechos subjetivos de libertad vacíos (sin *ius prohibendi*) (así, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 61).

miembros de ese orden competitivo⁴⁶³. Con ello, puede entenderse iniciado el tránsito del anclaje teórico de las facultades otorgadas a los agentes económicos desde la tutela individual a la tutela institucional.

II) Ante las insuficiencias de la anterior explicación, se intenta respaldar la unidad sistemática del ordenamiento de la competencia en la identidad de *los objetos de tutela* de ambas disciplinas. Efectivamente, en este periodo, se produce la quiebra de la teoría del derecho subjetivo y del entendimiento del § 1 UWG como norma atributiva de tales derechos subjetivos.

De una parte, los postulados que esta construcción individualista de la disciplina conlleva resultan contradictorios con las ideas reinantes del momento y con la propia tendencia socializadora que asume la disciplina. Así, entre las diversas objeciones que, con arreglo a esta configuración, se suscitan, deben recordarse las siguientes. Obsérvese que sólo resultan protegidos los titulares de los respectivos derechos atribuidos, a saber, los empresarios competidores; la configuración de la cláusula general como norma de remisión autoriza únicamente la recepción de criterios empresariales para enjuiciar el ilícito concurrencial; lógicamente, esta concepción acaba alzaprimando a las empresas poderosas, como base metajurídica de la propia competencia desleal; esta exclusiva protección individual sofoca cualquier función de defensa institucional de la disciplina. Las conclusiones que tal concepción implica se antojan ya inaceptables.

⁴⁶³ Así lo declara LUDWIG RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, en ID, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg-Ts., 1977, p. 114, citado en PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 61-62. Como advierte PAZ-ARES, la matización deviene extraordinariamente relevante, puesto que abandona interpretaciones "difusas" del concepto de derecho subjetivo, y reserva la noción para situaciones jurídicas subjetivas, caracterizadas por su prevalencia en casos de conflicto.

De otro lado, la doctrina advierte la insuficiencia de esta concepción para absorber el desvalor de ciertas prácticas de competencia desleal, subsumidas por la jurisprudencia en la cláusula general o tipificadas por el legislador, que no se corresponden con la lesión de un derecho subjetivo del empresario⁴⁶⁴. Así, la doctrina reclama otro expediente que pueda dar cuenta unitaria de todos los supuestos de ilicitud concurrencial, para lo que, unánimemente, se apuesta por la objetivización de la disciplina.

Así pues, a la inconsistencia dogmática de la tesis tradicional individualista, se une la convicción general reinante de que la esfera tuitiva de la competencia desleal no se agota ya en los intereses de algunos participantes en el mercado (los competidores) sino que abarca los de todos ellos y, en concreto, los de los *consumidores*, así como el *interés general al mantenimiento y conservación de la estructura del propio mercado*, en el que desarrollan su derecho a la actividad económica. Paralelamente, se empieza a cuestionar el desinterés (la neutralidad) que, en lo referente al quehacer económico y, en concreto, al poder económico, manifestaba el derecho privado⁴⁶⁵. Se asume la propia funcionalización de la disciplina al constatarse su reorientación a la defensa institucional de la competencia. En suma, en este periodo, la socialización de la competencia se ha consolidado.

⁴⁶⁴ Efectivamente, existen actos de competencia desleal cuya antijuricidad no puede ser explicada desde la teoría individualista del derecho subjetivo del empresario, ni con arreglo a la teoría del derecho de la personalidad ni con arreglo a la teoría del derecho a la empresa. Como gráficamente ejemplifica SCHRICKER, G., "Últimos desarrollos del Derecho de la Competencia Desleal en Europa", en *RGD*, 1993, p. 3296, el que se promociona con afirmaciones engañosas (con un acto de publicidad engañosa) atrae clientes a través de medios desleales y se los hurta a la competencia, ocasionando un daño ilícito. Sin embargo, es difícil precisar a quién se habrían dirigido los clientes sin el engaño y, por tanto, deviene intrincado determinar qué competidor de entre varios posibles resulta perjudicado y lesionado en su derecho.

⁴⁶⁵ Probablemente, en esta incipiente convicción de que el problema económico no carece de relevancia para el derecho privado, tuvo una influencia decisiva el carácter cuasiconstitucional de la normativa antimonopolística (así, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 66).

Se trata de un largo proceso en el que tuvo una influencia decisiva la consolidación del principio del Estado social consagrado en la *Grundgesetz* alemana y posteriormente reforzado por su caracterización como «social y democrático» (art. 20.1 y 28.1, primer párrafo GG). Como se sabe, aunque con mayor tardanza histórica, de igual forma en el ordenamiento español se consagra y refuerza este principio, declarándose la constitución de España «en un Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). El elenco de repercusiones que suscita esta declaración, junto con otros principios constitucionales (principio de igualdad real y efectiva de los ciudadanos, defensa de los legítimos intereses económicos del consumidor, entre otros), contrasta e invalida la protección refleja, mediata e indirecta de los consumidores y del interés general que la construcción individualista y neocorporativista de la disciplina otorgaba. A mayor abundamiento, el legislador ordinario respalda esta socialización y, progresivamente, otorga legitimación activa a las asociaciones de consumidores, por ley de 21 de julio de 1965 (antiguo § 13 I a, vigente § 13, II Nr 3 UWG)⁴⁶⁶, y a las asociaciones de agrupación de intereses profesionales (§ 13, II Nr 2 UWG)⁴⁶⁷, reforzándose así, efectivamente, la integral tutela de todos los intereses, individuales y colectivos, de la disciplina⁴⁶⁸.

En definitiva, *la teoría social de la competencia se impone sin titubeos* y existe unanimidad en englobar en su esfera tuitiva tanto la protección de intereses individuales (de competidores y consumidores) como de intereses sociales o de carácter general (de conservación del propio mercado). Las hondas transformaciones experimentadas en esta finalidad tuitiva de la

⁴⁶⁶ Vid. HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.*, 19. Aufl., 1996, anotaciones nº 34 a 44 al § 13 UWG, pp. 1247-1251.

⁴⁶⁷ Vid. HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. ult. cit.*, anotaciones nº 20 a 32 al § 13 UWG, pp. 1240-1246.

⁴⁶⁸ Se logra así que la tutela de los intereses sociales sea real y efectiva, sin que se vea reducida a un mero expediente teórico.

disciplina se proyectan en la necesaria reconstrucción dogmática del propio ilícito concurrencial. Así, como advierte la doctrina, mientras a las tesis individualistas corresponde una construcción cifrada en la mera lesión del derecho subjetivo ajeno, desde un planteamiento social y de derecho económico emerge una elaboración del ilícito en sede de *abuso del propio derecho a la libre iniciativa económica*. Es decir, la *ratio* de la deslealtad concurrencial no reside en la infracción de eventuales derechos absolutos del competidor, sino en la violación de normas objetivas de conducta, que protegen la competencia leal en interés de todos los participantes en el mercado (competidores, consumidores, proveedores, etc.) y en interés de la generalidad⁴⁶⁹. De ahí que la lesión de esta finalidad objetiva de la competencia sea calificada por la doctrina de *abuso institucional*. En efecto, el ejercicio del derecho a la libre actividad económica infringe el objetivo del instituto jurídico al que pertenece y, en esta medida, supone un uso disfuncional de tal derecho⁴⁷⁰.

Como se evidencia, pues, la disciplina *antitrust* y la disciplina de la deslealtad comparten intereses tutelados (individuales y generales), objeto de protección (la institución de la competencia) y explicación dogmática del ilícito (abuso del propio del derecho de libertad económica y de la institución misma de la competencia). Desde esta nueva óptica, ya no se advierte una férrea frontera conceptual entre ambas. Como observa PAZ-ARES, se constata que la función del derecho privado (y de la competencia desleal, como tal derecho privado) no es sólo de naturaleza instrumental, sujeto a la preservación de ámbitos de libertad, sino que empieza a advertirse su

⁴⁶⁹ HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, en la séptima edición, citado por PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷⁰ El tránsito de una *protección individual*, articulada a través de la atribución de derechos subjetivos, a una *protección institucional*, estructurada sobre reglas objetivas de conducta, cuya infracción desencadena la reacción del ordenamiento, se ha consolidado.

carácter ordenador, explicitado en la introducción de una organización y ordenación de las relaciones privadas de acuerdo con la constitución económica⁴⁷¹. Las radicales contraposiciones establecidas entre el derecho privado, como ámbito de libertad y el derecho público, como esfera del orden y limitación, ya no pueden seguir entendiéndose con rigidez⁴⁷².

III) Finalmente, el proceso se consolida en el último cuarto del siglo XX, en que se persigue la explicación unitaria en la *identidad de funciones* de ambas disciplinas. En el esfuerzo para superar definitivamente la teoría dualista⁴⁷³, se impondrá una nueva tesis del derecho de la competencia desleal, cuyo centro de gravedad descansa en su «función tutelar de la estructura competitiva del mercado a través del control del ejercicio del poder económico»⁴⁷⁴. En el intento de preservar el mantenimiento de la institución y para ello el aseguramiento, asimismo, de la igualdad de oportunidades, destaca la tesis vinculada al concepto de *Leistungswettbewerb*. Lúcidamente se observa que el peligro para la pervivencia de la institución y la de cualquier participante en la lucha competitiva, independientemente de su tamaño, no proviene de las prácticas de las «empresas fuertes», con posiciones de dominio en el mercado, sino de las «empresas dominantes», cuya estrategia de mercado no se ajusta al principio de eficiencia (*Leistungsprinzip*), esto es, cuya actividad no se apoya en el propio esfuerzo o en las propias prestaciones, sino en un abuso de poder frente al competidor débil. Inmediatamente, se ensarta como problema fundamental de la política de competencia la protección de la

⁴⁷¹ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 85.

⁴⁷² Incluso se afirma que con ello se da un paso más hacia la síntesis del derecho privado y el derecho público (PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 85).

⁴⁷³ Recuérdese que, en virtud de la teoría dualista de FIKENTSCHER, la protección de la "lealtad" incumbe a la disciplina de la competencia desleal y la tutela de la "libertad" a la *antitrust* (vid. supra).

⁴⁷⁴ PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 105.

Leistungswettbewerb, y el control no tanto del "gran poder" sino del "pequeño poder económico"⁴⁷⁵.

En resumen, a tenor del *concepto funcional* de competencia que se impone, la *naturaleza* de la UWG ya no puede ser reducida, en una recta inteligencia, a la de mera norma de solución de conflictos entre contrapuestos intereses empresariales. La UWG se configura como una *ley de intervención, de organización y control*, interesada en preservar la institución de la competencia y en defender la integridad y la estructura del mercado. Su caracterización como *derecho de ordenación del mercado*, integrado en el sistema de derecho económico, destierra, pues, en rigor, la clasificación de la disciplina como derecho de clase o corporativo. De ahí que el ilícito concurrencial surja ante comportamientos que se alejan y contrarían la función político-social y político-económica que el instituto de la competencia asume modernamente y cuya deslealtad se configura no como la lesión de un derecho subjetivo del competidor, sino como un abuso institucional de la competencia.

No se nos oculta la complejidad que se suscita en torno a ciertas cuestiones, como la referente a la relación que mantiene el derecho de la competencia desleal con otras ramas que componen el derecho de la competencia. Ahora bien, con esta investigación no se pretende resolver dichos extremos, sino que lo interesado consiste en aprehender profundamente el *cambio de función* experimentado por la disciplina, como presupuesto teórico indispensable desde el que entender la lógica de los delitos objeto de estudio.

⁴⁷⁵ Esta construcción se debe a PETER ULMER, "Der Begriff «Leistungswettbewerb» und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen", en *GRUR*, 1977, p. 565 (citado en PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, p. 110).

Es decir, en primer término, interesa concretar el criterio que permita identificar el núcleo esencial de la deslealtad, a fin de delimitar qué resulta lícito y qué ilícito en materia de competencia⁴⁷⁶. A continuación, este criterio de delimitación del ilícito desleal deberá dotar de significado y contenido al bien jurídico protegido en los delitos reguladores de la protección del secreto. Y, por último, una vez precisado el bien jurídico-penal, deberán formularse las diferencias que deslindan la tutela civil y la tutela penal del secreto de empresa.

Por lo que se refiere al objetivo de esta primera parte de la investigación, cifrado en identificar el parámetro que, en materia de competencia, convierte una conducta en ilícita, FIKENTSCHER proporciona, a nuestro parecer, este criterio. La razón que fundamenta el derecho de la competencia desleal lo constituye el hecho de que nadie debe procurarse una ventaja ilícita a expensas de otros para extraer de ello beneficios económicos⁴⁷⁷. La ventaja es ilícita cuando se basa no en la prestación de un servicio real y efectivo, sino, por ejemplo, en el engaño a los consumidores sobre la calidad en la oferta⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ El daño causado al competidor no puede erigirse en un criterio decisivo para determinar la ilicitud de la conducta, puesto que ésta constituye manifestación de un derecho constitucionalmente reconocido y, por tanto, el daño ocasionado en el recto ejercicio del mismo es justo, fruto de la liza concurrencial e inherente a la finalidad del propio acto competitivo (así, vid., en igual sentido, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 125, n. 170).

⁴⁷⁷ FIKENTSCHER, W., "Las tres funciones...", en *RDM*, p. 467.

⁴⁷⁸ FIKENTSCHER, W., "Las tres funciones...", en *RDM*, p. 468. De hecho, el citado autor considera que el principio de prestación de un servicio real y efectivo constituye el fundamento general del derecho de la competencia, tanto del derecho de la competencia desleal como del derecho de las limitaciones de la competencia (vid. supra, p. 181). Tal como se ha advertido, esta investigación no pretende resolver la compleja cuestión en torno a la naturaleza del derecho de la competencia desleal, sino que persigue un objetivo mucho más modesto, cifrado en aprehender la finalidad y el funcionamiento del principio de competencia económica y, en especial, de la disciplina de la competencia desleal, en cuanto marco teórico desde el que se alimenta el entendimiento de la protección del secreto de empresa.

Por tanto, *la ventaja deviene ilícita cuando no responde a la propia eficiencia o al propio esfuerzo, único instrumento del que debe armarse el empresario para acudir al mercado.*

Baste para concluir esta retrospectiva histórica realizada con un emblemático punto de referencia –la ley contra la competencia desleal alemana--, señalar que esta firme construcción doctrinal del ilícito concurrencial y las decisivas reformas legislativas operadas en la UWG, han determinado que se constituya en un sólido y relevante medio de tutela del secreto empresarial⁴⁷⁹. El legislador alemán articula una tutela de diversa intensidad al establecer una *protección penal* del mismo, sobre la que, realmente, pone el acento y una *tutela civil*, mucho menos enfatizada. El resultado es un marco de tutela sin fisuras significativas o, cuando menos, sin problemas que no sean patrimonio común de los ordenamientos vecinos⁴⁸⁰. El estudio de las disposiciones penales que esta ley contiene será objeto de análisis al hilo del examen de las concretas modalidades típicas previstas por el legislador español.

Finalizada la evolución del ilícito concurrencial en el seno del ordenamiento alemán, cuya permeabilidad tanto en los preceptos reguladores del secreto en la UWG como en la propia vertebración de la regulación adoptada en algunos ordenamientos próximos y, en especial, en

⁴⁷⁹ Las reformas legislativas de los párrafos objeto de estudio se cifran en las siguientes: la *Notverordnung* de 9.3.1932; la ley de 25.6.1969; la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* de 2.3.1974 y, especialmente, la 2. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, de 15.5.1986 (así, vid., para una exhaustiva enumeración de las modificaciones de la UWG, HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.* 19. Auf., 1996, anotación número 19 a la introducción a la UWG, p. 123 y, para las que afectan a los párrafos objeto de estudio, vid. SCHÖNFELDER, H., *Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts*, 98. Auf., München, 1999, 73 UWG, pp. 9-10).

⁴⁸⁰ Fundamentalmente se alude a los derivados de la vigencia del deber de secreto, extinguido el vínculo contractual.

el español, resulta indubitada, conviene abordar, desde esta específica perspectiva, la regulación de la competencia desleal en nuestro ordenamiento. Se trata de analizar qué modelo de competencia ha implantado el legislador español y, sobre todo, si a la luz de lo expuesto, pueden confirmarse, en nuestro derecho, las consideraciones formuladas respecto al criterio de delimitación del ilícito desleal.

IV. El derecho de la competencia y el secreto en España: particular referencia a la ley de competencia desleal.

1. Antecedentes de la normativa actual.

Según se acaba de exponer, la reorientación de la disciplina tras la quiebra de los postulados ideológicos corporativos o profesionales y la consagración del denominado «modelo social» han supuesto un apreciable cambio en todas las cuestiones relativas a la fundamentación, dogmática y sistemático-valorativa, de la disciplina. Así, por ejemplo, las atinentes al objeto de protección, a los criterios de valoración de la deslealtad, a los elementos que integran el ilícito concurrencial y, en suma, a la misma naturaleza que tal normativa ostenta⁴⁸¹.

En efecto, ya en el último periodo de la examinada evolución, el derecho contra la competencia desleal surge como ordenamiento general de la actividad concurrencial de todos los agentes económicos (generalmente profesionales) en el mercado mediante normas objetivas de conducta, abandonando las fronteras del derecho privado clásico para ingresar en el ámbito del derecho económico de intervención⁴⁸². El derecho de la

⁴⁸¹ Acerca de los cambios que conforman este nuevo modelo social, vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.*, pp. 104 y ss.

⁴⁸² Así, vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 98 y PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 143 y ss., quien expresamente afirma que la inclusión del

competencia desleal se transforma, así, en un derecho ordenador de las relaciones en el mercado, reconociendo y protegiendo, junto a los intereses de los competidores, los de los consumidores y el interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado, proceso en el que ha tenido un fuerte impacto la recepción del derecho de defensa de la competencia y del derecho de los consumidores⁴⁸³. La finalidad perseguida por la disciplina se cifra en la competencia económica como principio político, que integra en su defensa los intereses de todos aquellos cuya actividad y necesidades económicas y sociales se desenvuelven y satisfacen en el mercado, incluido el interés público⁴⁸⁴.

La ley de competencia desleal española (en adelante, LCD) deviene imprescindible para entender y procurar una adecuada tutela al secreto⁴⁸⁵, pero esta utilidad que proporciona su previsión no ha sido una constante en nuestro derecho. Por ello, conviene analizar cómo se hallaba regulada esta

derecho de la competencia desleal dentro del sistema del derecho económico parece hoy ampliamente aceptada. En efecto, la competencia económica se erige en principio político-institucional de organización y ordenación de las relaciones económicas en el mercado.

⁴⁸³ El influjo del derecho de defensa de la competencia y del derecho de los consumidores es unánimemente subrayado por la literatura; así, vid., por todos, VICENT CHULIÀ, F., "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", en *RGD*, 1993, p. 9987. Así, advierte BERCOVITZ, A., "La competencia desleal", en *Derecho de los Negocios*, n° 20, 1992, pp. 1-2, que con la legislación *antitrust* se transforma el derecho a competir en la obligación de competir. Y si se viola esta obligación, realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencia, se está actuando ilegalmente y se está perturbando el funcionamiento eficiente del sistema competitivo de la economía de mercado. Asimismo, si se compite utilizando medios que no se basan en el propio esfuerzo o en la calidad y mejora de las propias prestaciones, también se desvirtúa el funcionamiento competitivo del mercado. En suma, como se expondrá más adelante, el objetivo básico de la competencia desleal reside en proporcionar un marco jurídico que garantice la competencia económica, esto es, el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, en interés de cuantos participan en él, empresarios competidores y consumidores, y en interés general de que el sistema competitivo funcione, como óptimo medio de atribución de los recursos económicos.

⁴⁸⁴ MASSAGUER FUENTES, J., voz "Competencia desleal (D.º Mercantil)", en *EJB*, Vol. I, p. 1171.

⁴⁸⁵ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

disciplina en el derecho positivo español anterior a la vigente LCD. Esta breve retrospectiva persigue fundamentalmente examinar si, en esa situación, se podía dar respuesta satisfactoria a las demandas de un sistema de competencia desleal con postulados y exigencias propios del denominado modelo social, que, con distinta intensidad y a diferente ritmo, se corresponde al asumido por la mayor parte de los ordenamientos vecinos en la última fase de esta evolución⁴⁸⁶. Y, sobre todo, persigue comprobar qué protección se brindaba al secreto. Para ello, se estudiará la diversa normativa existente, al objeto de constatar la existencia de *cláusulas generales* que permitiesen acoger la tutela de ciertos actos de deslealtad y, en esa medida, pudiesen reprimir la violación de secretos, o bien la presencia de *específicas disposiciones* destinadas a la tutela de los mismos.

Esta lacónica revisión normativa resulta particularmente importante para evidenciar la situación normativa desde la que intervino el legislador de 1991, lo que permitirá entender el amplio marco de tutela por el que se optó en materia de protección civil de secretos de empresa. A su vez, las circunstancias en las que se produjo la aprobación de esta ley y otras normas de carácter sectorial del momento, con una reforma penal en marcha, determinaron que, en gran medida, se prefiriese arbitrar una tutela casi omnímoda, que cubriese el vacío legal existente, a la espera de posteriores previsiones penales que graduasen la diversa intensidad con que deben intervenir las distintas ramas del ordenamiento, en la tutela de bienes jurídicos.

⁴⁸⁶ Como declara MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.*, p. 134, el ilícito concurrencial se presenta como un *ilícito objetivo*, que no precisa de elementos subjetivos; como un *ilícito institucional*, caracterizado por infringir el sentido o función de la institución en la que se integra el derecho que se ejercita; como un *ilícito de peligro*, que no depende de la efectiva producción de un daño, sino de la probabilidad de que éste se produzca; y como un *ilícito de mercado*, que no requiere de una relación de competencia en sentido estricto.

l) Los antecedentes más remotos de derecho interno se limitan a la represión de sólo algunos casos de competencia desleal, previstos sucesivamente en la Ley de Propiedad Industrial de 1902 (en adelante, LPI)⁴⁸⁷, la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 (en adelante, LPR)⁴⁸⁸ y el Estatuto de la Publicidad de 1964 (en adelante, EP)⁴⁸⁹.

a) La LPI carecía en lo sistemático de cláusula general y en lo sustantivo engarzaba la protección de los actos de competencia desleal a la protección de la propiedad industrial⁴⁹⁰. A pesar de los esfuerzos doctrinales por encontrar en el artículo 131 una cláusula general definidora de los actos de competencia desleal, lo cierto es que este precepto resultaba completamente inhábil para absolver dicha función⁴⁹¹. Efectivamente, las objeciones son diversas; de una parte, el tenor del precepto tipificaba un

⁴⁸⁷ Ley reguladora de la propiedad industrial, de 16 de mayo de 1902, cuyo Título X, rubricado "De la competencia ilícita", destina los artículos 131 y 132 a esta materia.

⁴⁸⁸ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, cuyo artículo 3 tipifica el elenco de prácticas concertadas o abusivas que quedan prohibidas.

⁴⁸⁹ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto Español de la Publicidad, cuyo artículo 10, segundo párrafo tipifica la publicidad desleal.

⁴⁹⁰ El artículo 131 LPI establece que «se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley». El artículo 132 LPI tipifica como hechos constitutivos de competencia ilícita: el aprovechamiento de la reputación ajena [apartado c) y g)]; la imitación [apartado a) y b)]; el engaño [apartado d) y f)] y la denigración [apartado e)].

⁴⁹¹ Así, la doctrina denuncia, mayoritariamente, la inidoneidad del precepto como cláusula general; vid., entre otros, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias", en *RDM*, nº 107, 1968, pp. 23 y ss.; GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal (D.º Mercantil)", en *EJB*, Vol. I, p. 1171. Por el contrario, a favor de la consideración del artículo 131 LPI como precepto continente de una cláusula general, vid. GIRÓN TENA, J., "Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo", en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pp. 365 y ss. Resultan comprensibles los esfuerzos doctrinales por hallar una cláusula general que regulase los actos de competencia desleal, auténtica pieza indispensable en el seno de este derecho, pero, indubitablemente, el citado artículo 131 LPI no acogía ninguna cláusula definidora de la deslealtad.

específico acto de competencia desleal (aprovechamiento de la reputación ajena); de otra, se ceñía exclusivamente a la explotación de *derechos* de propiedad industrial *inscritos*; por último, su *naturaleza penal* impedía cualquier interpretación analógica y extensiva⁴⁹². Por tanto, ante la inexistencia de una cláusula general definidora y prohibitiva de la competencia desleal y la no previsión de la violación de secretos como concreto supuesto de competencia desleal en el elenco de actos del artículo 132, debía colegirse la imposibilidad de su represión bajo los mandatos de esta ley.

b) Inserto en el seno de una ley sin cláusula general, el artículo 3 d) de la LPR, que integra formalmente la legislación relativa a la competencia desleal, adolece de serios inconvenientes técnico-legislativos y sustantivos para reprimirla materialmente. En primer lugar, supondría una definición tautológica considerar actos de competencia desleal los que consistan en «desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la

⁴⁹² Así, vid. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *op. ult. cit.*, pp. 25- 26; GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *op. ult. cit.*, p. 391; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal, op. cit.*, pp. 49 y ss. y MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*. Los artículos 131 y 132 LPI responden a los postulados propios del modelo paleoliberal de la competencia, caracterizado por configurar una normativa de la disciplina de carácter fragmentario, típico y penal. A pesar de que la promulgación de la ley en 1902 se corresponda cronológicamente con el modelo profesional que se desarrolla en los ordenamientos próximos desde comienzos del siglo XX, lo cierto es que responde al anterior modelo. En efecto, no puede llegarse a una conclusión de distinto tenor si se compara la dicción del art. 131 LPI con la de los preceptos de otros ordenamientos que, progresivamente, consolidaron verdaderas cláusulas generales. Así, el § 1 de la UWG alemana de 1909, establece que «quien en el tráfico económico con la finalidad de competir desarrolle comportamientos, que infrinjan las buenas costumbres, puede ser demandado para que cese en la realización de éstos e indemnice los daños y perjuicios causados»; el § 1 de la ley federal suiza contra la competencia desleal, de 30 de septiembre de 1943, declara desleal «cualquier abuso de la competencia económica que se realice a través del engaño o de otros medios contrarios a los principios de la buena fe»; el artículo 2598.3 del código civil italiano de 1942, sujeta la deslealtad a la utilización, «directa o indirectamente, de cualquier otro medio que no sea conforme a los principios de la corrección profesional y susceptible de causar daños a una empresa ajena»; el artículo 10 bis, número 2, del Convenio de la Unión de París, considera «acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial».

eliminación de los competidores»⁴⁹³. En segundo término, la prohibición de estos actos se sujeta a que sean el resultado de un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia (ex art. 3 y art. 1⁴⁹⁴) o bien sean realizados por una empresa con posición de dominio en el mercado (ex art. 3 y art. 2⁴⁹⁵). Esta limitación se antoja especialmente perversa si se trata de reprimir la violación de secretos, al someter la aplicación del precepto a que exista una práctica concertada o un abuso de posición de dominio. Como se intuye, las objeciones teóricas formulables son numerosas. En la mayor parte de los casos, el empresario competidor que persigue la violación de secretos no suele ostentar posición de dominio en el mercado. Por otra parte, la conveniencia de sanción de esta conducta no puede residir en el grado de poder que el sujeto activo tiene en el mercado, como resultaría inferible de subsumir en este precepto su castigo. Por el contrario, el bien jurídico protegido aconseja su punición con independencia de que el infractor sea o no empresario competidor y, en este último caso, con irrelevancia de que sea un monopolista o un rival efectivo⁴⁹⁶. A tenor de las consideraciones expuestas, la LPR se revelaba como un medio inidóneo para la represión de la violación de secretos.

c) La principal objeción al EP reside en su restringida aplicación a la actividad publicitaria. El EP tipificaba como ilícita la publicidad desleal y contenía en su artículo 10 una auténtica cláusula general⁴⁹⁷, lo que permitió

⁴⁹³ El artículo 3 LPR establece que «En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en: (...) d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores».

⁴⁹⁴ El artículo 1 LPR prohíbe y define las prácticas concertadas.

⁴⁹⁵ El artículo 2 LPR prohíbe y define las prácticas abusivas.

⁴⁹⁶ Así, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *El secreto industrial...*, op. cit., pp. 397-398.

⁴⁹⁷ El artículo 10, segundo párrafo EP declara que «Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el

cubrir parcialmente la importante laguna que en materia de competencia ilícita o desleal presentaba el ordenamiento español⁴⁹⁸. Sin embargo, esta cláusula sólo pudo aplicarse a una modalidad de competencia económica, a saber, la actividad publicitaria⁴⁹⁹. Su inadecuación para reprimir la violación de secretos es, pues, indiscutible.

II) Ante la insuficiencia de estas normas de derecho interno, la doctrina propuso la aplicación del artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París (en adelante, CUP) para reprimir los actos de competencia desleal en general o las modalidades que no consistían en actividades publicitarias *stricto sensu*⁵⁰⁰. Esta solución de derecho internacional también fue objeto de críticas y, finalmente, desestimada. Ciertamente, a pesar de la aplicación directa en España de las normas del CUP y de la autoejecutividad de su artículo 10 bis, número 2, la vocación del convenio de regular situaciones internacionales cercenó la posibilidad de su invocación por nacionales

descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles».

⁴⁹⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, C., "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias", en *RDM*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹⁹ La doctrina subraya la extraordinaria importancia de esta cláusula, pero no puede sino reconocer su limitada aplicación (así, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "La interpretación jurídica...", en *RDM*, p. 27). En efecto, como el propio autor apostilla, aunque la publicidad constituye una parcela muy importante de la actividad económica empresarial, no representa la única modalidad de competencia, por lo que cualquier otra actividad no publicitaria resulta excluida del ámbito objetivo de la ley.

⁵⁰⁰ El Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1883, para la protección de la propiedad industrial, a cuya revisión de Estocolmo, realizada el 14 de julio de 1967, se adhirió España, contiene en su artículo 10 bis, ya desde la revisión de la Haya de 1925, una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal. Así, el art. 10 bis, párrafo segundo, declara que «Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial». A cobijo de este precepto se sugirió la represión de las modalidades competitivas que no consistiesen en actividades publicitarias. Esta propuesta se debe originariamente a SÁNCHEZ CALERO, A., "Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales", en *Separata de Anales de Moral Social y Económica*, vol. XII, 1966, p. 8. Posteriormente, se acogió a esta tesis, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "La interpretación jurídica...", en *RDM*, p. 27, n. 50.

españoles, a falta de normativa interna que lo autorizase⁵⁰¹. De esta forma, la cláusula general del artículo 10 bis tampoco fue un remedio apropiado para sancionar la violación de secretos, cuya estrecha punibilidad se limitaba a los supuestos en que el perjudicado era un unionista extranjero o un español en el extranjero⁵⁰².

III) La defectuosa regulación de la materia condujo a la doctrina a postular la aplicación del artículo 1902 CC, auténtico cajón de sastre para la represión de cualquier daño ilícito⁵⁰³. Sin embargo, los requisitos inherentes al recurso derivado de este precepto (antijuricidad, intencionalidad y daño) contrarían la propia configuración del ilícito concurrencial (ilícito objetivo, institucional, de peligro y de mercado⁵⁰⁴). La construcción de un ilícito general de deslealtad concurrencial y de una acción de competencia desleal a partir del principio de responsabilidad aquiliana debía superar esta disparidad teórica, en la línea de las directrices seguidas por la jurisprudencia de los países vecinos, cuyo máximo exponente había sido la literatura jurisprudencial francesa⁵⁰⁵. La exuberancia jurisprudencial imprescindible para ajustar ambos ilícitos y salvar los citados obstáculos no

⁵⁰¹ En efecto, la autorización expresa a los nacionales para invocar las normas del CUP cuando fuesen más favorables que la legislación interna, fue una de las soluciones sugeridas por GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp. 404-405. Sin perjuicio de la reclamada promulgación de una norma interna sobre competencia desleal *de lege ferenda* y ante la defectuosa regulación de la materia en el derecho español *de lege lata*, el prof. GÓMEZ SEGADE propuso, a modo de solución transitoria, seguir el ejemplo del derecho comparado permitiendo expresamente la aplicación del CUP (Italia, Francia, Bélgica), a fin de poder avanzar en la represión de la competencia desleal y, sobre todo, en la protección de los secretos empresariales.

⁵⁰² Así, GÓMEZ SEGADE, J.A., *op. ult. cit.*, p. 405. Por el contrario, a favor de la aplicación del artículo 10 bis, vid. SÁNCHEZ CALERO, A., *ibidem* y FERNÁNDEZ NOVOA, C., *ibidem*.

⁵⁰³ Partidario de la aplicación del artículo 1902 CC se muestra GIRÓN TENA, J., "Competencia ilícita...", en *Estudios de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 371-372.

⁵⁰⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁰⁵ Acerca de la dificultad de los requisitos de intencionalidad y daño, vid. GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp. 407-409.

se produjo por parte de los tribunales españoles, que no lograron sentar las bases de un ilícito general de deslealtad a cobijo del artículo 1902 CC⁵⁰⁶. Aunque la violación de secretos devino, en la práctica, subsumible, debido a la perpetración *intencional* por el sujeto activo con producción de *perjuicio* para el poseedor en gran número de casos, lo cierto es que esta respuesta normativa no satisfizo. Permanecían orillados todavía un amplio número de supuestos y se advertía la incomodidad teórica de no encajar en una construcción general del ilícito que se correspondiese con los postulados de estas conductas de deslealtad concurrencial. Antes bien, se trataba de una solución por defecto, cifrada en el recurso a una norma cuyo contenido se ha ido integrando progresivamente por aluvión.

IV) Esta fragmentaria e insuficiente regulación se vio parcialmente remediada por la promulgación de la Ley de Marcas, el 10 de noviembre de 1988 (en adelante, LM)⁵⁰⁷, que regulaba esta materia sectorialmente en sus artículos 87, 88 y 89 y por la Ley General de Publicidad, el 11 de noviembre de 1988 (en adelante, LGP)⁵⁰⁸, que contempla como ilícita la publicidad desleal en sus artículos 1 y 6. A pesar de que la LM supuso una regulación de la competencia desleal más sólida, no logró proporcionar un régimen general ni un concepto definido de la misma. En el artículo 87 se recurrió a la fórmula tradicional de la prohibición general, cifrada en la contrariedad «a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». En el artículo 88, encabezado por un sorprendente «sin perjuicio de lo que se establezca en la

⁵⁰⁶ Como advierte MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación...*, *op. cit.*, p. 48, a pesar de que la aprobación de la Ley de Propiedad Industrial de 1902 pudiese guardar un cierto paralelismo con la evolución en los demás países, lo cierto es que la falta de «sensibilidad» legislativa y jurisprudencial posteriores frenó ese desarrollo y aisló la realidad jurídica española de las corrientes del exterior.

⁵⁰⁷ Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, cuyos artículos 87 a 89 fueron derogados por la vigente LCD.

⁵⁰⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que regula la publicidad engañosa y desleal, en sus artículos 1, 4 y 6.

legislación general sobre la materia», se tipificó un limitado elenco de actos de competencia desleal entre los que no se incluyó la revelación de secretos⁵⁰⁹. A estas deficiencias en lo sustantivo, se sumó en lo procesal la falta de legitimación activa de las asociaciones empresariales y de las asociaciones de consumidores para interponer la acción de competencia desleal. Como ya ha sido advertido por la doctrina, a pesar de su promulgación casi en el último decenio del siglo XX, la LM dio cumplimiento con bastante tardanza histórica a los mandatos unionistas y anacrónicamente proporcionó a una sociedad postindustrial y moderna unas normas ancladas técnicamente en los primeros años del siglo y que responden a los postulados del modelo corporativo de aquel momento⁵¹⁰.

Así pues, con esta dispersión y fragmentariedad normativa se pervive hasta la promulgación de la vigente LCD, primera *regulación general* sobre la competencia desleal⁵¹¹, cuya oportunidad y justificación, no obstante, ha suscitado distinta y confrontada valoración doctrinal⁵¹². Desde luego, por lo

⁵⁰⁹ El elenco de actos tipificados por el derogado artículo 88 LM reproducía básicamente los previstos por el artículo 10 bis, párrafo tercero, CUP, a saber, confusión, denigración y engaño.

⁵¹⁰ Así, MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal...", en *EJB*, *op. cit.*, p. 1172. A mayor abundamiento, como añade el citado autor, se confió su evolución a una jurisprudencia falta de experiencia y de sensibilidad. De hecho, toda la normativa antecitada (Estatuto de la publicidad, CUP, LM) y también las normas sobre publicidad desleal de la LGP reúnen las características propias del modelo corporativo o profesional.

⁵¹¹ La LCD, como norma general, la LGP, reguladora de la publicidad engañosa y desleal, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 7 sanciona el falseamiento de la libre competencia por actos desleales y, por último, algunas normas sobre prácticas comerciales, conforman, junto con los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España, el régimen jurídico vigente de la competencia desleal (así, vid., extensamente, MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, pp. 51-104).

⁵¹² Un significativo sector de la doctrina mercantil se ha mostrado extraordinariamente crítico con la aprobación de la Ley 3/1991, considerándola innecesaria y excusable, a tenor de la regulación de la materia contenida en los artículos 87, 88 y 89 LM y en la LGP. Así, entre las críticas formuladas por el prof. FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal", en *LL*, 2/1991, pp. 1179-1181, merece destacarse la discordancia de terminología y de fondo entre las normas de esta ley y las normas paralelas de la LGP, lo que se convierte en fuente de problemas interpretativos. Más exacerbados son

que se refiere a la tutela de los secretos empresariales, la situación de vacío legal anterior contrasta enérgicamente con la dilatada protección que la LCD les dispensa.

2. El modelo de competencia implantado por la ley española de competencia desleal.

Según se ha descrito, la situación normativa resultaba deficiente y el remedio arbitrado para paliarla (LM) respondía a una realidad ya superada, por lo que la promulgación de la LCD constituyó un significativo hito histórico⁵¹³. Se trata de una ley de carácter general y moderno, que encierra la primera regulación sistemática y completa de la materia en España⁵¹⁴. A

los reproches vertidos por el prof. OTERO LASTRES, J.M., "La nueva Ley sobre Competencia Desleal", en *LL*, 1991, T.4, pp. 1053-1066, cifrados, esencialmente, en los siguientes: 1) el cambio de orientación de la disciplina hacia el modelo social que reclama el legislador es más aparente que real, de modo que, en realidad, no se trata de una legislación innovadora; 2) se censura que la regulación de la competencia se haya llevado a cabo haciendo abstracción de que ésta se produce, generalmente, entre empresarios; 3) se estima desacertado el criterio de la buena fe adoptado en la cláusula general definidora del acto desleal, resultando más adecuado el tradicional de las «normas de corrección y buenos usos mercantiles», adoptado por el art. 6 b) *in fine* LGP. Por su parte, GIMENO OLCINA, L., "Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal", en *LL*, 1993, T. 2, pp. 941-957, en una acerada réplica a un trabajo de WIRTH, A. ("Supuestos procesales en la nueva Ley de Competencia Desleal", en *Derecho de los Negocios*, nº 24, 1992, pp. 1-9), recopila y asume gran parte de las críticas formuladas a la ley, imputando al citado autor «una visión conceptualista y académica del derecho», que lo aleja «de los problemas que plantea la aplicación práctica de la ley». Por el contrario, se muestran favorables MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal...", en *EJB*, *op. cit.*, pp. 1172 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", en *RGD*, 1993, pp. 9985 y ss.; también BERCOVITZ, A., "La competencia desleal", en *Derecho de los Negocios*, nº 20, 1992, pp. 1 y ss., formula una valoración positiva de la ley, salvo puntuales matizaciones que propone, en especial, respecto de la expresión de la cláusula general. En definitiva, el aspecto en mayor medida susceptible de censura reside en su contradicción con otra norma vigente en el ordenamiento, a saber, la LGP, cuya derogación expresa debería haber sido afrontada. Quizá, tal como afirma VICENT CHULIÁ (p. 9976, n. 2), no se quiso asumir la responsabilidad que suponía derogar un ley entera (LGP) y normas concretas de otra (LM), cuya entrada en vigor se había producido escasamente hacía dos años.

⁵¹³ Así se pronuncia MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal...", en *EJB*, *op. cit.*, p. 1172.

⁵¹⁴ La ley se compone estructuralmente de cuatro capítulos. El primero de ellos contiene diversas disposiciones generales que fijan, respectivamente, su finalidad, ámbitos objetivo, subjetivo y territorial (arts. 1 a 4 LCD). El segundo prevé una cláusula general definidora de

pesar de que su recepción por la doctrina ha sido polémica, satisfizo por completo las necesidades de modernidad y capacidad operativa de las que había adolecido cualquier norma anterior⁵¹⁵. Lo avanzado de su concepción y la notoria influencia del derecho de la competencia desleal alemán y suizo han permitido consagrar principios fruto de una esforzada evolución jurisprudencial y doctrinal de estos países y que, actualmente, se reclaman ya en nuestro derecho como postulados irrenunciables [así, la expresa finalidad institucional atribuida a la protección de la competencia (artículo 1 y preámbulo); la supresión de la intencionalidad (artículo 2), de la condición de comerciante y de la relación de competencia (artículo 3) como presupuestos de aplicación de la ley; la recepción de intereses metaempresariales relacionados con la competencia como principio constitucional político-económico y político-social en el criterio general de deslealtad (artículos 1 y 5), entre otros postulados generales y específicos⁵¹⁶].

Así pues, conviene analizar ya qué modelo de competencia implanta y si responde, verdaderamente, a las exigencias del denominado modelo social, consagrado en el derecho alemán y en gran parte de los ordenamientos europeos modernos. A nuestro entender, resulta particularmente relevante el artículo 1 LCD, intitulado sin ambages con el término «finalidad» y cuya exégesis, por tanto, se debe acometer⁵¹⁷.

la competencia desleal (art. 5 LCD) y un amplio elenco de actos de competencia desleal, en particular (arts. 6 a 17 LCD). El capítulo tercero regula las acciones derivadas de la competencia desleal y la legitimación activa y pasiva para ejercerlas (arts. 18 a 21 LCD). Por último, el capítulo cuarto establece varias normas procesales (arts. 22 a 26 LCD).

⁵¹⁵ Así, MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*.

⁵¹⁶ En igual sentido, MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*.

⁵¹⁷ La expresa declaración de la finalidad de la ley en el articulado de la misma constituye una rareza histórica que reclama cierta reflexión. La inusual mención de la finalidad de la ley extramuros del preámbulo ha sido ya advertida por el prof. MASSAGUER FUENTES, J.J., *op. ult. cit.*, p. 106. En efecto, en la legislación mercantil revisada no se ha hallado ninguna norma (de un total de 34 disposiciones) que, expresamente, declare en el texto articulado su finalidad. Sólo cuatro de ellas destinan un precepto a especificar el *objeto* de la ley (art. 1 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; art. 1

El artículo 1 LCD establece que la ley «tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal»⁵¹⁸.

El legislador declara la competencia económica como finalidad e interés protegido por la ley. Por otra parte, la literatura jurisprudencial y doctrinal considera, unánimemente, la libertad de competencia como núcleo esencial de la libertad de empresa⁵¹⁹. Así pues, en buena lógica, ello suscita diversas consideraciones. De una parte, la integración de la ley de

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; art. 1 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y art. 1 Ley de 22 de diciembre de 1949, de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque). Como se expone posteriormente, probablemente el legislador mercantil insiste en la finalidad de la ley para evitar desviaciones que frustren en la práctica su propia *ratio*. No debe olvidarse que, en nuestro derecho, el tránsito de un modelo a otro no representa la culminación de una evolución paulatina y progresiva por parte de la literatura doctrinal y jurisprudencial, sino que supone una clara ruptura con la disciplina vigente con anterioridad.

⁵¹⁸ Como se ha observado, la LCD española incorpora la experiencia del derecho comparado y recibe, así, la influencia de la avanzada literatura legislativa y jurisprudencial suiza y de la literatura doctrinal alemana. Así, este precepto se ha inspirado en el artículo 1 de la ley federal suiza de la competencia desleal, de 19 de diciembre de 1986, que establece: «La presente Ley intenta garantizar, en interés de todas las partes interesadas, una competencia leal y que no sea falseada». En efecto, éste es el objetivo perseguido por el legislador español como, expresamente, declara en el preámbulo de la ley, en su apartado III, número 1: «..., la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Éste deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección».

⁵¹⁹ Así, vid., en la doctrina, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 160-165 y DEL MISMO, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", en *RDM*, nº 152, 1979, pp. 220-239; ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", en *RDM*, nº 169-170, 1983, pp. 325-335; DE GISPÉRT PASTOR, M.T., "La noción de empresa en la Constitución española", en AA VV, *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, 1989, pp. 43 y ss., entre otros. En la jurisprudencia, vid. especialmente, STC 225/1993 [(RTC 1993, 225); Ley valenciana de ordenación del comercio y superficies comerciales] y, además, SSTC 88/1986 [(RTC 1986, 88); Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales], 83/1984 [(RTC 1984, 83) Ley de Bases de Sanidad Nacional] y STS 2-3-1995 [(RJ 1995, 2192); precios de especialidades farmacéuticas] y STS 3-10-1995 [(RJ 1995, 6982); Agentes de la Propiedad Inmobiliaria]

competencia desleal en las normas de salvaguardia del orden económico constitucional⁵²⁰; de otro lado, la reinterpretación de sus elementos básicos y, en particular, de su interés o bien jurídico protegido, como pieza clave de su finalidad, desde la Constitución económica⁵²¹. Así pues, la competencia económica cuya tutela interesa el ordenamiento español se asienta en un heterogéneo fundamento, de carácter individual de una parte y de marcada impronta instrumental o funcional de otra.

Como se sabe, la competencia económica se asienta en el *derecho individual* de todo ciudadano *a desarrollar una actividad económica* en el mercado y a concurrir y a competir con quienes se dediquen a la misma o a otras actividades en el mercado. Así, engloba la libertad de acceso al mercado y la libertad de determinación de las condiciones en que ha de tener lugar el desenvolvimiento de su actividad económica, tanto del lado de la oferta (libertad de elección de actividad, de medios de producción o de mediación de servicios, de las técnicas de la oferta, de las condiciones de contratación, de las características de las prestaciones) como de la demanda (libertad de elección entre las diversas ofertas, sobre todo por parte de los consumidores y usuarios)⁵²².

⁵²⁰ El principio de libertad económica se erige en uno de los grandes principios del orden económico, del que derivan las reglas de libertad de mercado, libertad de empresa, libertad de concurrencia económica y libertad de contratación. Este y otros principios jurídicos generales que inspiran y presiden la organización económica de un país en cada momento de su historia constituyen lo que se denomina en sentido estricto *orden público económico* (así, vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Introducción, Teoría del contrato, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 42 y ss.). De ahí que la ley reguladora de este principio, que además forma parte de la constitución económica (art. 38 CE), integre una de las normas de salvaguarda del orden económico constitucional.

⁵²¹ Así, MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 109. En torno al artículo 38 CE se ha propuesto la construcción de una teoría unitaria, integradora y sistemática del ilícito general en la competencia (así, vid. FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, pp. 52-54).

⁵²² Así es unánimemente reivindicado por la doctrina; vid., entre otros, ROJO, A., "Actividad económica pública...", en *RDM*, *op. cit.*, pp. 327 y ss.; FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 163; VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre...", en *RGD*, *op. cit.*, pp. 9982-9983; MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 110.

Sin embargo, la tutela de la competencia no se agota en esta dimensión individual sino que asume su instauración como *principio institucional de ordenación y organización de las relaciones económicas en el mercado*, esto es, como principio regulador del sistema económico. Al gravitar el sistema económico constitucional sobre la libertad de empresa y, por ende, sobre la libertad de competencia surge para el legislador ordinario la obligación de impedir que ese funcionamiento eficiente del mercado pueda verse perturbado y falseado por prácticas desleales⁵²³. Se persigue asegurar la propia funcionalidad y eficiencia de la competencia económica, cifrada en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos⁵²⁴. En este sentido, la competencia constitucionalmente reinterpretada implica, entre otros condicionamientos, un sistema caracterizado por la igualdad de oportunidades de todos los que acceden al mercado (arg. ex art. 9.2, 14 y 38 CE)⁵²⁵. Se trata de una competencia de corte funcional, sometida no sólo a objetivos político-económicos sino también político-sociales⁵²⁶. La

⁵²³ Así, vid. preámbulo II, párrafo cuarto.

⁵²⁴ Esta finalidad es reconocida por el legislador en el preámbulo III, 2, párrafo quinto.

⁵²⁵ Como ha advertido FONT GALÁN, J.I., "Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia", en *RDM*, nº 146, 1977, p. 553, la *par conditio concurrentium* o igualdad jurídica de los agentes económicos se halla estrechamente vinculada a la competencia por eficiencia. Esta igualdad jurídica implica que la lucha competitiva debe sustentarse sobre unos mismos elementos conformadores de las prestaciones u ofertas al consumidor, tales como el precio y la calidad de los productos o servicios, las condiciones de contratación y pago, los servicios accesorios o de post-venta, las garantías, la promoción, la propia organización empresarial (*Leistungswettbewerb*). Sólo cuando la lucha se establece en torno a estos elementos, se hace posible que la competencia, como sistema organizativo de las actividades y relaciones económicas, redunde en beneficio de la generalidad y devenga esencial para los intereses de los consumidores y de la economía del país, permitiendo al sistema económico competitivo lograr sus objetivos.

⁵²⁶ Llenas de autoridad resultan las reflexiones del prof. MASSAGUER FUENTES, quien somete imperativamente la estructura del sistema competitivo y todos los logros que de ella se siguen a la obtención de los fines propios de la organización sociopolítica: «el establecimiento de un orden económico y social justo, la promoción del progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (Preámbulo CE) y el establecimiento de la justicia, libertad e igualdad (art. 1 CE)» (en *Comentario a la ley...*, op.

consecución de estos logros requiere que los agentes económicos no desvirtúen el sistema competitivo, no vulneren ni pongan en peligro la dimensión ordenadora y organizadora de la competencia económica.

A este efecto resulta imprescindible que el principio político-institucional asuma, también, *naturaleza normativa*, como principio ordenador de las conductas de todos los que intervienen en el mercado para intercambiar bienes y servicios⁵²⁷. Así, la preservación de la competencia requiere de quienes la ejercen que concurren en el mercado de forma independiente y armados exclusivamente con su propia eficiencia⁵²⁸.

Sin duda, el reconocimiento de esta función social de la competencia basta para dar cabida, como objetos de tutela, no sólo a intereses individuales sino también generales, por constituir un postulado inherente al modelo de competencia expuesto. Sin embargo, el legislador insiste y así lo exige expresamente en la dicción del precepto analizado, al declarar que la protección de la competencia se vertebra «en interés de todos los que participan en el mercado» (artículo 1 LCD), esto es, de quienes acuden a él para intervenir económicamente en el proceso de intercambio de bienes y servicios.

En efecto, en la represión de la competencia desleal se acogen los intereses de todos los que persiguen la consecución de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus heterogéneas necesidades a través del

cit., p. 111; vid., en igual sentido, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 124). A mayor abundamiento esta exigencia constitucional se halla reforzada por otros preceptos, como el artículo 51 CE, destinado a la protección del consumidor, con las salvedades que más adelante se señalarán.

⁵²⁷ Así, MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*.

⁵²⁸ Así, vid., por todos, BERCOVITZ, A., "La competencia desleal", en *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 2 y 8-10.

mercado y que se cifran, junto al de los competidores o agentes económicos profesionales⁵²⁹, en el interés de los consumidores y en el interés de la generalidad o interés público⁵³⁰. Ahora bien, dada la proximidad e interrelación de todos estos valores o intereses, conviene abordar con cautela cuál es la tutela otorgada desde la específica finalidad de la ley, cifrada en *la protección de la competencia por sí misma considerada*, lo que deberá guiar la interpretación y/o la integración del resto del articulado, ya que no se trata de una mera declaración programática. Así pues, una recta

⁵²⁹ El artículo 3 LCD establece: «1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. 2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal». La delimitación del ámbito subjetivo pergeñada por la ley evidencia la desmercantilización de la disciplina. En efecto, no sólo no se requiere la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación, sino que el control de deslealtad no se reduce ya a la actividad del comerciante. Así, el control de deslealtad se ejercerá sobre los comportamientos de: 1) todos los empresarios, mercantiles y civiles (agrarios, ganaderos y artesanos); 2) los profesionales liberales (preámbulo II, 2, segundo párrafo); 3) las corporaciones o entes públicos, en cuanto concurren en el mercado, a través de la creación de empresas y de la contratación con empresas que les suministran bienes y servicios (así, vid., extensamente, VICENT CHULIÀ, F., «Poderes públicos y Derecho de la competencia», en *RGD*, 1993, pp. 3373 y ss.). Si reina unanimidad doctrinal respecto al ámbito enunciado, surge la discrepancia respecto a si la ley traspasa el último círculo (la empresa, en sentido general) y da un paso más allá, aplicándose también a cualquier persona física o jurídica que concorra en el mercado de forma esporádica. Así, según una *interpretación amplia* (posición del prof. VICENT CHULIÀ, F., «Otra opinión sobre...», en *RGD*, *op. cit.*, pp. 9995-9997), también el particular que, incluso en una actuación aislada, concorra en el mercado, queda sometido a la LCD; por el contrario, con arreglo a una *interpretación más restringida* (postura del prof. MASSAGUER FUENTES, J., «Competencia desleal...», en *EJB*, *op. cit.*, p. 1179), los actos de competencia desleal sólo caben en el contexto de actividades profesionales, de actividades económicas organizadas de producción o comercialización de bienes o servicios para el mercado. Desde luego, se carece de méritos para abordar una discusión de tal calado, pero se nos antoja extraordinariamente relevante la advertencia formulada por el prof. MASSAGUER FUENTES, al insistir en que la exigencia de profesionalidad se proyecta sobre la acción y su significado, no sobre el autor. En efecto, es indistinto que el acto haya sido realizado materialmente por un agente económico profesional o por quien no reviste esta consideración; lo definitivo es, en ambos casos, que la acción contribuya a la promoción de las prestaciones de un agente económico profesional y persiga esa finalidad. Así, el comportamiento del no profesional que se inmiscuye en la acción de mercado de otros al objeto de promover o asegurar sus prestaciones equivale, entonces, al del profesional. En este sentido, parece que el centro de gravedad se desplaza al comportamiento y, en concreto, a su función o finalidad, que es, por otra parte, lo que define el acto competitivo.

⁵³⁰ Así es declarado por el legislador en el preámbulo, II, segundo párrafo *in fine* y reclamado por la doctrina (vid., por todos, BERCOVITZ, A., «La competencia desleal», en *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 2-3).

inteligencia del artículo 1 LCD conlleva que estos intereses, considerados tanto individual como colectivamente, no admitan una reinterpretación que abra el ámbito de protección a *valores metaconcurrentiales*, ni por lo que se refiere al empresario competidor, ni al consumidor ni al interés general, cuya protección se anuda, en este ámbito, a la del proceso competitivo.

I) En cuanto al *empresario competidor*, ya se ha expuesto la superación de una protección ceñida a la tutela de un derecho subjetivo del mismo. Así, conviene formular algunas precisiones respecto de los otros intereses tutelados, a saber, el del consumidor y el relativo al interés general.

II) Desde luego, la recepción del *interés del consumidor* en el sistema previsto por la ley de competencia desleal es intensa y su consideración ha presidido el plano teleológico, el estructural y el operativo⁵³¹. Por ejemplo, en lo que atañe a este último, se legitima activamente a los consumidores a título individual (persona que participe en el mercado cuyos intereses resulten directamente perjudicados o amenazados, ex art. 19.1 LCD) y a título colectivo (asociaciones de consumidores, ex artículo 19.2 b) LCD)⁵³².

⁵³¹ Como se sabe, los intereses generales del consumo se hallan presentes en la finalidad de la represión de la competencia desleal (entre otros, ex art. 1 LCD) (plano teleológico), en la construcción del ilícito de deslealtad concurrencial (entre otros, ex art. 5 LCD) (plano estructural) y en la atribución de legitimación para el ejercicio de la acción de competencia desleal (ex art. 19 LCD) (plano operativo) (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal...", en *EJB, op. cit.*, p. 1176).

⁵³² La salvaguarda de esta dualidad de interés individual e interés colectivo en el ámbito de la legitimación activa es, como ha señalado el prof. MASSAGUER FUENTES (en *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 560), exigencia sistemática del modelo de tutela de corte institucional de la competencia (art. 1 LCE) y de los presupuestos materiales del ilícito de deslealtad concurrencial (arts. 2 y 3 LCD). De otra opinión se muestra OTERO LASTRES, J.M., "La nueva Ley sobre Competencia Desleal", en *LL*, 1991, T.4, p. 1056, para quien la intervención de las asociaciones de consumidores refrenda la naturaleza conflictual que sigue ostentando la disciplina, puesto que incluso, en este supuesto, «la represión del acto de competencia desleal acaba beneficiando también a los empresarios del sector con los que mantiene un relación de competencia el empresario demandado por dicha asociación. Por lo cual, (...) el ordenamiento de la competencia desleal resuelve un conflicto que afecta a los competidores entre sí». Desde luego, no puede compartirse esta postura. En efecto, el reconocimiento en la LCD de una legitimación activa a título colectivo es concebida como un

Ahora bien, como se ha advertido, el interés general del consumo comprometido en la ley de competencia desleal *no es el derecho de defensa de consumidores y usuarios*⁵³³, cuya salvaguardia se reserva a otro ámbito jurídico, sino que reclama la protección de la competencia por sí misma considerada, la tutela de un orden concurrencial libre y no falseado, en cuya dinámica el consumidor desempeña un papel extraordinariamente relevante. Como se sabe, el consumidor asume con su elección de mercado el papel de último árbitro, de modo que su preferencia determina los productos y servicios que se han de ofrecer, su cantidad, su calidad y su precio, entre otras prestaciones. De ahí que en la lógica concurrencial se asigne al consumidor el papel de regulador último del funcionamiento del mercado y de maximizador de utilidades. Y, en esa medida, la previsión de la deslealtad frente al consumidor no es tanto una agresión a los intereses generales del consumo en relación con la competencia económica, cuanto una agresión al propio orden concurrencial, cifrada en el falseamiento del papel atribuido al consumidor⁵³⁴.

III) El interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado aparece declarado expresamente en el

medio de tutela de los intereses del conjunto de partícipes en el mercado, de cuyo ámbito no resulta posible excluir a los consumidores. La repercusión que la órbita de sucesos (independientemente de cuál sea el factor desencadenante) que afectan a un competidor (éxito, fracaso, captación de nuevos clientes, pérdida de cuotas de mercado y, por tanto, también, posibles demandas generadoras de daños y perjuicios) suele tener en el resto no evidencia la pervivencia de la disciplina como mero derecho de solución de conflictos entre empresarios competidores, sino la propia lógica inherente al fenómeno concurrencial.

⁵³³ Así, la doctrina advierte que la prohibición de un mismo comportamiento por las normas sobre competencia desleal y por aquellas otras dictadas específicamente para la protección de los consumidores presenta diferencias importantes (BERCOVITZ, A., *op. ult. cit.*, p. 3). En efecto, la LCD no constituye el cauce adecuado para tutelar al consumidor frente al empresario en la desigual posición en que ambos se encuentran en el mercado (MASSAGUER FUENTES, J., *op. ult. cit.*, p. 1177).

⁵³⁴ Así es advertido por MASSAGUER FUENTES, J., *op. ult. cit.*, p. 1177 y BERCOVITZ, A., *op. ult. cit.*, pp. 2-3.

preámbulo de la ley⁵³⁵. Por ello, a pesar del olvido del legislador en el articulado (art. 1 LCD), este *interés de la generalidad o interés público* en la protección de la competencia desleal ha penetrado, igualmente, en la vertebración de la ley, tanto desde un punto de vista teleológico como estructural⁵³⁶. Adolece, por el contrario, de capacidad operativa, a tenor de la falta de legitimación de la Administración para ejercer la acción de competencia desleal⁵³⁷. De nuevo, debe advertirse que el interés general no admite enjuiciamientos metaconcurrentiales, sino que alberga, junto con el resto de intereses protegidos, la salvaguarda de la competencia libre y leal. Se persigue asegurar el funcionamiento eficiente del propio sistema competitivo y para ello deviene condición indispensable el aseguramiento de los propios postulados estructurales del mercado. El interés público interesa, pues, el impedimento y la represión de las conductas que distorsionan y desvirtúan el óptimo funcionamiento del sistema, objetivo apetecido no sólo en interés de los partícipes económicos sino también en el de la generalidad.

Sin duda, todos estos intereses se hallan estrechamente vinculados, de modo que si se produce la lesión de alguno de ellos, repercute y perturba

⁵³⁵ El interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado aparece declarado expresamente en el preámbulo, II, segundo párrafo *in fine*.

⁵³⁶ En efecto, el interés público en la protección contra la competencia desleal se halla presente en la finalidad de la represión de la competencia desleal (entre otros, ex art. 1 y preámbulo, II, segundo párrafo *in fine* LCD) (plano teleológico) y en la construcción del ilícito de deslealtad concurrencial (entre otros, ex art. 5 LCD) (plano estructural) (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J., "Competencia desleal...", en *EJB, op. cit.*, p. 1177).

⁵³⁷ En cambio, la Administración está legitimada para interponer la acción por publicidad ilícita (art. 25.1 LGP) y para instruir *ex officio* y resolver expedientes contra actos de competencia desleal que falseen la competencia y afecten al interés público (art. 7 LDC) (así, MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*). Como se sabe, ambas leyes (LCD y LDC) interesan la protección de la misma institución, a saber, la competencia, aunque en el caso de la LDC sólo se ve tutelada desde la perspectiva de la salvaguarda de los intereses públicos, como así se desprende del propio preámbulo de la ley, cuyo objetivo se endereza a «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público» (segundo párrafo). De ahí que la LCD sea considerada ley general frente a la LDC (también frente a la LGP), que asume carácter de ley especial (así, VICENT CHULIÀ, F., "Otra opinión sobre...", en *RGD, op. cit.*, pp. 9988-9989).

el correcto funcionamiento del resto. Ahora bien, a tenor de lo expuesto, en el seno de esta ley, *los intereses sólo son tutelados en la medida en que tengan incidencia en el proceso competitivo*, esto es, desde la específica finalidad de la ley.

Esta interpretación estrictamente concurrencial significa que la protección del interés del empresario competidor no se proyectará sobre lesiones que éste pueda sufrir, sin incidencia ninguna en el proceso competitivo. Por el contrario, sí lo hará sobre todas aquellas informaciones, conocimientos ideas, que sean fruto del propio esfuerzo, puesto que la actividad por la mejora de las propias prestaciones es la que debe alimentar mercados eficaces, transparentes y altamente competitivos.

De igual modo, por lo que se refiere a la tutela del consumidor, para que el *sistema económico cumpla sus objetivos* óptimamente y, por tanto, para que la eficiencia de las prestaciones sea el único baremo que gobierne el éxito de los agentes económicos y, en especial, atribuya el triunfo al mejor en la lucha competitiva, *es indispensable que el consumidor pueda decidir* (con las salvedades inherentes a este contexto) racionalmente, es decir, con libertad material de decisión⁵³⁸. Para ello deviene indispensable que esa lucha competitiva se desenvuelva sobre la base de una actividad de mejora de las propias prestaciones (eficiencia) y no sobre la de obstaculización de los competidores (interferencia) o de aprovechamiento del esfuerzo ajeno (parasitismo). Ni la *ventaja concurrencial* puede provenir del falseamiento del sistema, a costa del resto de partícipes y, en especial, de los consumidores, que ven perturbada su libertad de decisión, al no elegir en base a la mejora de la prestación, ni el *daño* que se infiere al resto de competidores puede convertirse en el «medio» de la actividad competitiva --

⁵³⁸ BERCOVITZ, A., *op. ult. cit.*, p. 2 y MASSAGUER FUENTES, J., *ibidem*.

el medio para prosperar y mantener la posición en el mercado sólo puede radicar en la mejora de las propias prestaciones--, en vez de en el «resultado» --el daño sí se reputa un resultado legítimo si descansa en la propia eficiencia⁵³⁹--.

Por último, el *interés público en el funcionamiento eficiente del sistema* competitivo reclama, a su vez, *la sanción de las conductas que llevan a cabo una alteración de esta estructura* y que no se basan en el propio esfuerzo del agente económico ni en la calidad o ventajas de las prestaciones que ofrece⁵⁴⁰.

En resumen, el legislador español ha abandonado el recurso a la disciplina de la competencia desleal como mecanismo de solución de conflictos entre empresarios competidores y la consagra como instrumento de control de los comportamientos ejercidos por los agentes económicos en el mercado y, por tanto, como derecho ordenador y organizador de las relaciones económicas que en el mismo se suscitan. La construcción del ilícito de deslealtad concurrencial ya no se articula sobre la lesión de derechos subjetivos del empresario competidor, sino en torno a la infracción de normas objetivas generales de conducta que afectan por igual a todos los que acceden al mercado para intervenir económicamente y que fijan los lindes institucionales a su libre actuación en el mercado⁵⁴¹. El ilícito de deslealtad se configura, pues, como ilícito objetivo y de peligro. No se produce la desatención del interés del empresario competidor (en puridad,

⁵³⁹ Vid., en análogo sentido, PAZ-ARES, C., "El ilícito concurrencial:...", en *op. cit.*, pp. 54-55.

⁵⁴⁰ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 117 y BERCOVITZ, A., "La competencia desleal", en *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁴¹ En igual sentido, vid., por todos, MASSAGUER FUENTES, J.J., *op. ult. cit.*, p. 108. Esta proyección de la ley sobre todos los sujetos que concurren en el mercado, aun con los matices expuestos, evidencia también su *carácter general*.

agente económico, generalmente profesional), pero *ya no aparece como el fin último ni único de la protección de la competencia desleal*. El objetivo básico es la salvaguarda de la propia competencia económica y la preservación de un funcionamiento eficiente del sistema competitivo, en interés de cuantos participan en el mercado (competidores y consumidores) y en interés de la generalidad. Y de ahí la imposibilidad de sancionar conductas sin incidencia en el proceso competitivo. El fundamento radicalmente individualista de la disciplina se reorienta por la presencia de los intereses generales del consumo y del interés público o de la generalidad, como corresponde a un modelo de tutela institucional de la competencia económica.

En suma, pues, atendido el objetivo propuesto, puede concluirse que el modelo implantado por el legislador español es un modelo avanzado, parangonable al de la legislación alemana y que responde a los postulados esenciales del denominado modelo social. A continuación debe abordarse ya el segundo de los objetivos marcados, cifrado en determinar si pueden, asimismo, confirmarse las consideraciones formuladas sobre el criterio de delimitación del ilícito desleal.

3. El criterio delimitador del ilícito desleal: actividad no basada en el propio esfuerzo.

El artículo 5 de la LCD que define y prohíbe la deslealtad concurrencial establece que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

La ley de 1991 ha optado por un criterio general, la buena fe, distinto a los más tradicionales de «corrección profesional y buenos usos mercantiles» (artículo 87 LM; ley de marcas), de «usos honestos en materia

industrial o comercial» (artículo 10 bis, segundo párrafo CUP; convenio de la unión de París) o el más reciente de «normas de corrección y buenos usos mercantiles» [artículo 6 b) *in fine* LGP; ley general de publicidad]⁵⁴². Por el contrario, en la línea directriz ya expuesta, el legislador ha optado por una cláusula general similar a la que predomina en gran parte de los ordenamientos europeos y especialmente inspirada en la ley suiza de competencia desleal, de 19 de diciembre de 1986⁵⁴³.

El criterio de la deslealtad se define, pues, por la contrariedad objetiva de la conducta a las exigencias de la buena fe⁵⁴⁴. Así, la antijuricidad del ilícito reside en la infracción de normas de conducta que se infieren del principio de la buena fe y que devienen límites institucionales y funcionales al derecho a ejercer libremente una actividad económica en el mercado

⁵⁴² La cláusula del artículo 5 LCD ha sido objeto de exasperadas críticas (así, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal", en *LL, op. cit.*, pp. 1180-1181; OTERO LASTRES, J.M., "La nueva Ley sobre...", en *LL, op. cit.*, pp. 1058-1059; GIMENO OLCINA, L., "Algunos problemas de la Ley de...", en *LL, op. cit.*, pp. 945-947). De las diversas objeciones que se han formulado, merece la pena destacar dos de ellas. En primer lugar, se ha censurado la importación de un criterio (la buena fe) extraordinariamente desarrollado por el moderno derecho civil suizo pero extraño al derecho histórico español en la materia, cuya difícil interpretación se exacerba al dividirse la doctrina entre un entendimiento de la misma en sentido objetivo (VICENT CHULIÀ, *op. ult. cit.*, pp. 9978, 9983 y 9997) y otro en sentido subjetivo (GIMENO OLCINA, *op. ult. cit.*, p. 945). En segundo lugar, se ha esgrimido la disparidad de este criterio con el previsto en el art. 6 b) LGP, regulador de la publicidad desleal, lo que puede no sólo contribuir a una dispersión hermenéutica sino permitir que lo desleal en una y otra ley resulten cosas distintas. Sin poder profundizar en este debate, baste recordar que, según autorizada doctrina (así, vid. VICENT CHULIÀ, *op. ult. cit.*, pp. 9978-9980 y MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 149), cualquier conflicto entre ambas normativas debe resolverse a favor de la LCD por obra del principio de prioridad temporal.

⁵⁴³ En efecto, la cláusula general se inspira en la LCD suiza, cuyo artículo 2 establece que: «Es desleal e ilícito todo comportamiento o práctica que es engañoso o contraviene de cualquier otra forma las reglas de la buena fe y que influye sobre las relaciones entre competidores o entre proveedores y clientes».

⁵⁴⁴ La LCD es especial respecto del artículo 7 del Código Civil (ejercicio abusivo de un derecho), al regular de forma minuciosa el ejercicio de un derecho (el de competir) y de sus límites (así, VICENT CHULIÀ, *op. ult. cit.*, p. 9984). Por ello, el ilícito concurrencial constituye un especial ejercicio abusivo de un derecho.

(artículo 38 CE)⁵⁴⁵. Este criterio de la buena fe permite, así, consagrar la naturaleza del ilícito desleal como abuso institucional de la competencia⁵⁴⁶.

En buena lógica, pues, si se trata del derecho a ejercer libremente una actividad económica, parece que la cláusula prevista en el artículo 5 (como el resto de preceptos) deberá dotarse de contenido a partir de la constitución económica, esto es, a partir de las exigencias que la constitución anuda a la competencia y que se cifran tanto en el respeto del núcleo esencial de la libertad de empresa (libertad de acceso y desenvolvimiento en el mercado, tanto del lado de la oferta como del de la demanda) como en la omisión de conductas que entorpezcan, perturben o falseen la dimensión organizadora y ordenadora de la competencia, amenazando la estructura competitiva del mercado y/o el *modus operandi* de sus partícipes⁵⁴⁷, lo que acontece siempre que se actúa sin basarse en la propia eficiencia o esfuerzo.

Así pues, la cláusula general se alimenta del principio de *competencia por los méritos, por el propio esfuerzo o por eficiencia de las prestaciones*, cuya conculcación define, a nuestro parecer, el ilícito de deslealtad concurrencial. De esta manera, la competencia económica es considerada por el ordenamiento como un bien en sí mismo, que, *si se basa en el propio esfuerzo y en la mejora de las propias prestaciones*, estimula a los sujetos

⁵⁴⁵ Vid., por todos, MASSAGUER FUENTES, J.J., "Competencia desleal...", en *EJB, op. cit.*, p. 1180.

⁵⁴⁶ El propio legislador declara que en el artículo 5, «implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de la competencia» (preámbulo, III, 1).

⁵⁴⁷ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., "Competencia desleal...", en *EJB, op. cit.*, p. 1180 y en *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 154. Por supuesto, se hace referencia al *modus operandi* institucionalmente típico.

económicos, organiza y ordena sus relaciones y logra la óptima asignación de recursos⁵⁴⁸.

Sentado lo anterior, el desarrollo no puede ser sino una conclusión lógica respecto del sistema implantado por la propia LCD. Es decir, a tenor del artículo 1 LCD, que constriñe a la integración de los preceptos desde la vinculación de la propia ley al orden económico constitucional, y del artículo 5 LCD, que define como ilícito desleal la actividad no basada en el propio esfuerzo, se trata de proyectar esta configuración genérica del ilícito desleal sobre todo el articulado y sobre todos sus instrumentos, que deben, asimismo, participar de su configuración.

Así, la proyección de las conclusiones alcanzadas asume una singular importancia en la protección del secreto.

En primer lugar, la delimitación entre lo lícito e ilícito en materia de competencia desleal descansa en el principio de competencia por el propio esfuerzo (ex art. 5 LCD), en cuya virtud los concurrentes deberán acudir al mercado de forma independiente y armados sólo de su propia eficiencia. Así, cuando en la lucha económica los empresarios compiten no en base a su propia actividad, sino empleando medios o modos reprobables al objeto de esquivar el riesgo intrínseco a la diaria pugna competitiva⁵⁴⁹, se altera

⁵⁴⁸ El logro de estos objetivos se produce, sobre todo, si se trata de un competencia por el esfuerzo en la mejora de las prestaciones y no de una competencia destructiva, enderezada a la eliminación del competidor. De ahí el desprecio de cualquier práctica no basada en el mérito propio, sino en el aprovechamiento o explotación del esfuerzo ajeno o en la obstaculización del resto de participantes en el mercado (así, vid. HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.* 19 Auf., 1996, anotaciones nº 162-163 a la introducción a la UWG, p. 181 y anotaciones nº 208 y 438 al § 1 UWG, pp. 511-512 y 605; BERCOVITZ, A., "La competencia desleal", en *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 2 y 8-10; VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre...", en *RGD*, *op. cit.*, p. 9981, entre otros).

⁵⁴⁹ Con acierto, observa BAYLOS CORROZA, H., *op. ult. cit.*, p. 259, que en la lucha concurrencial no existen estados seguros y plenamente consolidados, sino situaciones en que la subsistencia constituye una pugna diaria en la que siempre se está en un más o en un menos con respecto al día anterior.

inadmisiblemente la igualdad de las reglas del juego⁵⁵⁰. En estos casos, la competencia ya no puede encontrar justificación en su propia capacidad de funcionamiento o rendimiento (*Leistungsprinzip*), que reclama la correspondencia entre el esfuerzo realizado por el competidor y el resultado obtenido⁵⁵¹. Por ello, cualquier perjuicio producido como consecuencia de una actuación falseadora de la competencia resulta ilícito⁵⁵². De ahí que la violación de secretos se configure como un acto de competencia desleal⁵⁵³, reputándose el daño que se ocasiona intolerable e injusto puesto que el

⁵⁵⁰ En efecto, esta igualdad de los competidores se ve quebrantada cada vez que se impone en el mercado una oferta a través de medios incorrectos e ilícitos. En suma, cada vez que un competidor se coloca en una posición más ventajosa como consecuencia no del propio esfuerzo (así, vid. FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica...*, *op. cit.*, p. 124, n. 240).

⁵⁵¹ Sobre la formulación del principio de competencia basada en las propias prestaciones o de competencia por eficiencia (*Leistungsprinzip* o *Leistungswettbewerb*), vid., entre otros, FONT GALÁN, J.I., "Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia", en *RDM*, nº 146, 1977, pp. 551-552, n. 59. Al efecto, baste formular una breve reflexión. Según este principio, los competidores deben organizar y promover su actividad con medios basados en las propias prestaciones, entendiendo que este concepto se refiere a toda la actividad del competidor, en la que deben incluirse la publicidad, la investigación del mercado, los avances tecnológicos, las relaciones públicas, esto es, todo lo relativo a la organización industrial o comercial de la empresa y, en general, el esfuerzo personal y la laboriosidad del empresario. Como se observa, pues, el significado económico-social que encarna este principio radica en la aspiración a que la elección en las compras de los consumidores esté determinada por la calidad intrínseca de los productos o servicios, sin que se vea falseada por otros elementos.

⁵⁵² Entiéndase el concepto de *perjuicio* en el modo expuesto anteriormente, vid. supra.

⁵⁵³ Aisladamente, MASCAREÑAS, C.E., en *Los delitos contra la propiedad industrial*, Barcelona, 1960, pp. 185 y, en especial, 190-191, rechaza que los actos de revelación o abuso de secretos puedan ser considerados actos de competencia ilícita, que el citado autor equipara a la competencia desleal. En su opinión, en estos casos no se trata de actos dirigidos al público para atraer y conquistar a los compradores, es decir, no se da la competición frente al público en la que consiste la competencia ilícita. Se trata de una lucha entre contrincantes, en la que uno puede quedar dañado y como consecuencia puede haber una desviación de la clientela, pero no son actos dirigidos a la clientela para desviarla. No puede compararse la identificación de estos supuestos con una mera lesión de la posición jurídica del empresario, ni una concepción de la competencia desatenta a la tutela del interés individual del empresario (repárese en que la competencia abraza una pluralidad de intereses, de la que no resulta dable excluir el individual del propio competidor).

*aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno no forma parte de una lucha concurrencial libre y eficaz*⁵⁵⁴.

El empresario debe presentarse en el mercado y competir en base a la calidad de sus propias prestaciones. Ello robustece el cumplimiento de la función socioeconómica que la competencia económica debe cumplir, a saber, posibilitar que los consumidores, en el ejercicio de su libertad de decisión y tras comparar las prestaciones ofrecidas por los empresarios, decidan quién es el mejor. Para que este proceso de selección sea puro es imprescindible ofrecer al mercado las propias prestaciones y no las ajenas⁵⁵⁵. Además, de este modo, el empresario se ve impulsado a esforzarse y mejorar continuamente sus ofertas al objeto de triunfar en la continua pugna en la que decide el consumidor-contratante. Todo ello evidencia el beneficio que la protección del secreto asume para el consumidor, para la comunidad y para la economía en general.

En segundo término, estrechamente vinculado con lo que se acaba de exponer, la necesidad de trascendencia concurrencial de la conducta (*ex art. 1 LCD*) supone desterrar la concepción de que la tutela del secreto se proyecta, con independencia de su incidencia en el proceso competitivo,

⁵⁵⁴ En estos casos, los consumidores se ven atraídos no por el mejor empresario, sino por el que utiliza medios ilícitos, por el que ha acudido a una competencia sin esfuerzo, es decir, a una acción en la que el resultado no está en *proporción* con el mérito. Todo ello entorpece la marcha del último regulador del funcionamiento del mercado, es decir, obstaculiza que, realmente, el éxito o el fracaso del empresario competidor resida en la *libre elección del usuario o consumidor*.

⁵⁵⁵ Tiene razón FONT GALÁN, J.I., en "La crisis de la «relación de competencia» como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal", en *RFDUCM*, 1987, p. 242, n. 23, al afirmar que la libertad de elección en el mercado del consumidor sólo puede venir suficientemente garantizada a través de un complejo cinturón protector de normas jurídicas pertenecientes a ámbitos disciplinarios distintos. Precisamente, la deseada integración de todas estas normas, cuyo examen no puede abordarse, se endereza a aquel objetivo final, cifrado en que la elección del consumidor pueda ser efectivamente el resultado del libre funcionamiento de la competencia.

sobre las lesiones que pueda experimentar el titular en su derecho⁵⁵⁶ o en su señorío sobre éste⁵⁵⁷. Una inteligencia adecuada de la finalidad y objeto de la ley cercena cualquier interpretación en este sentido. De ahí que no pueda concebirse una interpretación de los preceptos reguladores del secreto, anclada en postulados que no se corresponden con los propios del modelo social implantado por la LCD. Al objeto de seguir un planteamiento coherente, de este concepto y modelo de competencia se partirá en la interpretación de la tutela penal del secreto.

4. La tutela del secreto empresarial en el modelo instaurado por la ley de competencia desleal.

La competencia económica, en cuanto principio político y *normativo*, ordenador de la conducta de los agentes económicos en el mercado, exige de ellos que concurren de forma independiente y exclusivamente armados con la propia eficiencia para el intercambio de bienes y servicios (arg. *ex art.* 1 y 5 LCD). Todos los instrumentos que integran la competencia comparten su finalidad y el secreto, en cuanto pieza central de la ley, también. Así, este mandato, que se reclama con independencia de los particulares requisitos previstos por cada uno de los preceptos de la ley, deberá proyectarse a la regulación del secreto empresarial que la misma contiene.

⁵⁵⁶ Así ha sido sostenido por GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal...", en *op. cit.*, p. 105 y en pp. 95, 97, 98, 99. En igual sentido, vid. VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de...*, *op. cit.*, p. 1076 y OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Pamplona, 1994, p. 230.

⁵⁵⁷ Así, GALÁN CORONA, E., *op. ult. cit.*, p. 104, afirma que se tutela el secreto «en cuanto bien –inmaterial- sobre el que recae el señorío del empresario».

La LCD proporciona un amplio sistema de tutela del secreto, que se articula en torno a dos vías⁵⁵⁸.

Por una parte, como mecanismo fundamental y preeminente, la ley destina el artículo 13 a la regulación de la violación de secretos empresariales⁵⁵⁹, al que vincula sistemáticamente el artículo 14, dedicado a tipificar la inducción a la infracción contractual⁵⁶⁰.

De otra parte, a modo de cajón de sastre, la cláusula general (art. 5 LCD) constituye una norma sustantiva, de la que derivan deberes jurídicos para los particulares y cuya infracción puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal⁵⁶¹. Así, ciertos actos que devienen

⁵⁵⁸ En este momento, sólo se formulará una visión general del sistema de tutela. Su análisis particularizado se abordará paralelamente al estudio de las modalidades típicas en sede penal.

⁵⁵⁹ El artículo 13 LCD, rubricado como *violación de secretos* e inspirado en el analizado artículo 6 de la ley de competencia desleal suiza, establece que:

«1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto».

⁵⁶⁰ El artículo 14 LCD, cuya dicción y vinculación sistemática al artículo 13 también parecen asentarse en ley suiza [art. 4, letra c) LCD], determina que:

«1. Se considera desleal la inducción a trabajadores y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas».

⁵⁶¹ Como advierte la doctrina (vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., "Competencia desleal...", en *EJB, op. cit.*, p. 1180 y BERCOVITZ, A., *op. ult. cit.* p. 6), la cláusula general actúa como una válvula de autorregulación del sistema; de una parte, asegura su adaptación a las circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales, de otra, permite que

supuestos limítrofes o comportamientos antesala de la violación de secretos pueden resultar acreedores del reproche de deslealtad a cobijo del artículo 5 LCD.

A pesar de que no resulta posible abordar en profundidad un análisis de estos preceptos, sí deviene conveniente formular una breve exégesis de los comportamientos previstos, como paso indispensable de una posterior delimitación entre el ámbito de tutela proporcionado por la LCD, de carácter civil y el arbitrado por el código penal⁵⁶².

Con arreglo a lo establecido en los artículos 13 y 14 LCD, la violación de secretos puede ser perpetrada mediante las siguientes conductas típicas⁵⁶³:

a) divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se ha accedido legítimamente, pero con deber de reserva (art. 13.1, primer inciso LCD)⁵⁶⁴;

comportamientos extraños a los tipos en particular puedan someterse de inmediato al control de deslealtad concurrencial.

⁵⁶² Al respecto, ténganse en cuenta las consideraciones formuladas al comienzo del epígrafe, en el estudio de los antecedentes de la LCD.

⁵⁶³ Según se ha señalado ya y se tiene, ahora, ocasión de constatar, la LCD española recibe la influencia de la avanzada literatura legislativa y jurisprudencial suiza y de la literatura doctrinal alemana.

⁵⁶⁴ El artículo 5 LCD suiza prevé que: «Actúa de manera desleal aquel que, en particular: a) Explora de forma indebida el resultado de un trabajo que le ha sido confiado, por ejemplo, de ofertas, cálculos o proyectos». Este precepto se endereza a la protección del resultado de un trabajo, así que sólo el recurso a la cláusula general –art. 2 LCD suiza-- permitirá tutelar informaciones (como, por ejemplo, la intención de lanzar un nuevo producto) confiadas en el ámbito de una relación de negocios, pero que no constituye o es fruto de una prestación. El artículo 5 LCD, asimismo, afirma que: «Actúa de manera desleal aquel que, en particular: b) Explora el resultado de un trabajo de un tercero, por ejemplo, de ofertas, cálculos o proyectos, aun sabiendo que ese resultado le ha sido entregado o hecho accesible de forma indebida».

b) divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se ha accedido ilegítimamente, por medio de espionaje o procedimiento análogo (art. 13. 1, segundo inciso LCD⁵⁶⁵) o por medio de inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD)⁵⁶⁶;

c) adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo (art. 13.2 LCD)⁵⁶⁷.

Dado el carácter necesariamente sucinto que este análisis asume, únicamente se esbozarán algunos de los aspectos que se estiman más conflictivos o interesantes.

Debe indagarse, en primer término, la significación que asumen los sustantivos nucleares de estas conductas⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ El artículo 6 LCD suiza establece que: «Actúa de manera desleal aquel que, en particular, explota o divulga secretos de fábrica o de negocios a los que ha accedido con engaños o de los que ha tenido conocimiento indebidamente de cualquier otro modo». Obsérvese que este precepto no castiga el acceso o la captación ilícita de un secreto, sino que sólo se aplica si a dicha obtención ilegítima sigue su explotación o divulgación (así, vid. WENIGER, O., *La protection...*, *op. cit.*, pp. 208-213).

⁵⁶⁶ El artículo 4, letra c) LCD suiza establece que: «Actúa de modo desleal quien, en particular: (...) c) Induce a los trabajadores, mandatarios o auxiliares a traicionar o acceder por engaño a los secretos de fábrica o de negocios de su empleador o mandante». Este precepto implica una relación contractual, en cuya virtud la persona destinataria de la inducción presta una relación de servicio y se halla vinculada por una obligación de confidencialidad. Sin embargo, tras la extinción del contrato esta norma deviene inaplicable, por lo que sólo la cláusula general del artículo 2 podrá ser invocada para reprimir la conducta de quien intenta procurarse un secreto mediante la intermediación de un antiguo empleado de un competidor (así, vid., para un mayor análisis de este precepto, WENIGER, O., *La protection...*, *op. cit.*, pp. 206-208).

⁵⁶⁷ Sorprendentemente, el legislador suizo ha preferido no incluir el espionaje empresarial en el catálogo de actos desleales. De modo que ante esta laguna y a tenor de la imposible subsunción de esta conducta en el citado art. 6 LCD, los tribunales suizos han recurrido a la cláusula general (art. 2 LCD suiza) para reprimir civilmente la mera captación o acceso ilícito de conocimientos.

⁵⁶⁸ En la medida en que estas modalidades –divulgación, explotación, adquisición—coinciden, esencialmente, con las previstas por el código penal, será al abordar el análisis de las acciones típicas cuando se formulen las oportunas precisiones(vid. infra, parte II, capítulo III). En este momento, sólo se persigue esbozar el ámbito de protección de los secretos otorgado por la LCD.

La *divulgación* comprende toda comunicación hecha por cualquier medio que permita su posterior utilización. Así, engloba tanto la mera revelación del secreto a una o varias personas no autorizadas, independientemente de que pertenezcan a la propia organización empresarial del titular del secreto o sean terceros ajenos, como la difusión del secreto al público en general. No se requiere que el receptor de la comunicación utilice de hecho el secreto revelado, que obtenga un provecho o que pueda comprenderlo. Basta con que pueda utilizarlo ulteriormente, de forma que, en aquellos casos, en que por cuestiones atinentes al destinatario o bien por cuestiones relativas a la información (conocimientos insuficientes y, por tanto, inservibles), resulte imposible tal utilización y, por ende, no exista ni pueda existir riesgo de pérdida del valor del secreto para su titular, no se formula reproche de deslealtad⁵⁶⁹.

La *explotación* consiste en la utilización de la información idónea para ser aprovechada con cualquier finalidad –de las específicamente incorporadas en la LCD⁵⁷⁰-- y por cualquier medio⁵⁷¹. Así, la explotación comprende tanto la revelación de la información a cambio de una contraprestación económica como el empleo de la información por el sujeto concedor en su propia empresa. No se exige que se produzca la comercialización de los productos fabricados o servicios prestados con el

⁵⁶⁹ En análogo sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 394 y GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal...", en *op. cit.*, p. 97.

⁵⁷⁰ Como se recordará, el art. 13.2 LCD declara que la persecución de las violaciones de secretos precisa que la violación haya sido efectuada *con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto*.

⁵⁷¹ La explotación coincide con una de las acciones típicas previstas por el código («utilización»). A nuestro parecer, como se propondrá, la interpretación teleológica de dicha modalidad de ataque reclamará, en primer lugar, vincular el uso del secreto al ámbito de la competencia económica y, en esa medida, la utilización implicará un aprovechamiento económico del secreto (así, vid. *infra*, parte II, capítulo III, epígrafe 5.1, relativo al concepto de utilización).

uso del secreto, ni que éste haya perdido su entero valor para su titular ni, en suma, la efectiva obtención de alguna ventaja al que usa el secreto ni un efectivo perjuicio a su titular⁵⁷².

La *adquisición* implica el acceso a la información, de cualquier forma y por cualquier medio (mera captación intelectual; con apoderamiento de la información en soportes; con reproducción o copia de la información, ya sea ésta por medios manuales o procedimientos técnicos, entre otros).

Por último, una vez abordada escuetamente la significación de las acciones previstas por la LCD, sólo se formularán algunas consideraciones que las mismas plantean.

l) La legitimidad del acceso al secreto empresarial reside bien en una voluntaria comunicación del titular del secreto o de cualquier tercero que cuente con su autorización, al destinatario (normalmente, el trabajador), para el mejor desempeño de su función, bien en el resultado del propio trabajador en el desempeño de su función. Así, el deber de secreto o de reserva suele tener origen legal o contractual⁵⁷³. Precisamente, en lo que atañe a este segundo supuesto, especialmente conflictiva deviene la extinción de este deber de reserva de naturaleza convencional. Sin menosprecio ni simplificación de la exuberante polémica inherente a la perduración de los deberes de sigilo, valga, sucintamente, advertir que ni conviene despreciar la *ratio* de la ley ni pueden desatenderse los deberes generales derivados de la

⁵⁷² En igual sentido, MASSAGUER FUENTES, J.J., *ibidem*. Por el contrario, GALÁN CORONA, E., *op. ult. cit.*, 98 y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 114, afirman la obtención de algún tipo de ventaja.

⁵⁷³ Para un exhaustiva mención de los deberes legales de secreto, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, pp. 397-398.

buena fe, vigentes tras la extinción del contrato de trabajo, en el enjuiciamiento particularizado del caso concreto⁵⁷⁴.

II) En lo atinente a la divulgación y explotación de secretos a los que se accede ilegítimamente, en la línea sugerida por el prof. MASSAGUER FUENTES⁵⁷⁵, la ilegitimidad del acceso al secreto que sostiene la divulgación y explotación del artículo 13.1 LCD no debe interpretarse apegada a la literalidad de la ley y ceñida, por tanto, a la adquisición mediante espionaje o procedimiento análogo o mediante cualquiera de las conductas que integran la inducción a la infracción contractual. A tenor de los supuestos que la realidad económica proporciona (divulgación, explotación y, en general, utilización de información en cuyo acceso ilícito no se participa pero del que se tiene conocimiento), parece aconsejable la apertura de la ley a fin de impedir que esta concatenación de ilicitudes (inicial acceso y posterior divulgación con uso final legítimo de otro sujeto distinto) desemboque en un empleo legítimo del secreto que lesiona, de igual modo, la posición ganada por el empresario titular y el correcto

⁵⁷⁴ En el ámbito del derecho comparado, el tribunal federal suizo se muestra cada vez más inclinado a admitir la subsistencia de un deber de confidencialidad tras la extinción del contrato, cuya infracción sólo puede motivar el reproche civil de deslealtad al amparo de la cláusula general (art. 2 LCD, puesto que, como se señalado –vid. supra--, el art. 4 c) LCD suiza, reclama la vigencia de la relación contractual). Y en la determinación acerca de si esta obligación de confidencialidad postcontractual existe, los tribunales suizos otorgan una extraordinaria importancia al *puesto de confianza* asumido por el trabajador (vid., para un mayor análisis, WENIGER, O., *La protection...*, *op. cit.*, pp. 220-223). Sin duda, dada la complejidad de la concreción jurídico-temporal de las obligaciones de reserva, a nuestro parecer, no es posible formular una respuesta certera. En este sentido, el criterio del *puesto de confianza* se revela una pauta idónea como criterio indiciario de la importancia de la información y que, por tanto, debe ser combinado con otros en esa línea de razonamiento. Esto es, a nuestro juicio, la perduración de los deberes de sigilo reclama, indubitadamente, la conjugación de múltiples argumentos, entre los que destaca *la propia naturaleza de la información*; en otras palabras, parece que debe tenerse muy en cuenta en qué medida el valor y el uso de esa información depende de su completo mantenimiento en secreto (por ejemplo, la fórmula de la coca-cola), aunque también es cierto que, en la actualidad, gran parte de informaciones son perecederas, lo que simplifica, en cierta forma, la cuestión. De ahí que el criterio del *puesto de confianza* per se, sin atender a los matices expuestos, no se muestre convincente.

⁵⁷⁵ MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, pp. 400-401.

funcionamiento del mercado. Así, otras adquisiciones que, a tenor de lo expuesto y a la vista de las circunstancias, puedan reputarse ilegítimas integrarán la desvaloración fundamentadora del artículo 13.1 LCD⁵⁷⁶.

En definitiva, la protección que la LCD brinda al secreto empresarial es extraordinariamente amplia, lo que probablemente generará un solapamiento entre los preceptos examinados y la previsión que de esta materia realiza el código penal⁵⁷⁷.

Este solapamiento no impedirá, sin embargo, llevar a cabo una tarea de delimitación jurídica entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, para lo que deviene necesario previamente identificar el bien jurídico o interés tutelado en el ámbito penal.

Enderezado a tal cometido, por el momento, baste recordar que será precisamente el criterio definidor de la conducta desleal el que deberá, asimismo, presidir la delimitación, selección e interpretación del bien jurídico protegido penalmente, esto es, el principio del propio esfuerzo y de las propias prestaciones. En efecto, sólo de la propia eficiencia podrá acudir armado el empresario al mercado, como modo de avance y progreso en su actividad económica.

Una vez estudiado el derecho mercantil, en cuanto normativa extrapenal imprescindible para una recta inteligencia de algunos elementos típicos, analizada exhaustivamente la competencia económica y, en concreto, la competencia por el propio esfuerzo, como nuclear concepto

⁵⁷⁶ Distinta será la interpretación de la modalidad de acción, equiparable a la adquisición, prevista por el código penal («apoderamiento»), ámbito en el que las garantías del principio de legalidad impiden cualquier interpretación extensiva.

⁵⁷⁷ Este solapamiento será objeto de reflexión detenida más adelante, vid. infra, capítulo IV, epígrafe 3.4.

vertebrador en el que se asienta el presente objeto de investigación, esto es, el secreto de empresa, deben proyectarse ya las conclusiones alcanzadas a los preceptos reguladores de la tutela del secreto.