

PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «La imitación en el Derecho de la competencia desleal», ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 645.

La obra que se comenta acomete con ejemplar espíritu científico la exégesis del artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal (LCD) sobre la imitación. Ya en las consideraciones generales el autor deja fijadas claramente las bases sobre las que asienta su estudio y los objetivos concretos que persigue. Es de agradecer que cumpla fielmente los propósitos iniciales que se ha trazado y que no haya caído en la fácil tentación de abarcar el estudio de otras figuras jurídicas afines a la imitación.

El trabajo consta de cinco capítulos en los que se desmenuzan los cuatro supuestos fundamentales de imitación desleal regulados en la LCD. Sistemáticamente se analizan la imitación desleal por explotación del esfuerzo ajeno, por obstrucción, por confusión y por aprovechamiento de la reputación ajena. Se puede adelantar desde ahora que la meta mediata que se pretende es la de averiguar si existe o no un verdadero derecho a imitar y para alcanzarla el autor es consciente de los pasos que tiene que seguir. Tal y como lo expone en sus primeras páginas, en primer lugar define el vasto fenómeno de la imitación y clasifica sus formas de aparición para determinar las que tienen o no relevancia para el Derecho de la competencia desleal. Posteriormente examina las doctrinas tradicionales para valorarlas críticamente a la luz de la nueva legislación y por último sienta la hipótesis con la que se va a trabajar. En este caso, ya se ha dicho, es la defensa de la libertad de imitación o derecho a imitar.

Portellano Díez parte razonándola de la idea de que es importante juzgar positivamente la imitación y configurar restrictivamente sus límites, en lugar de partir de una concepción negativa de la imitación y ofrecer a modo de concesión algunas excepciones. Para llegar a esta afirmación se guía por dos criterios esenciales: la racionalidad económica de la imitación, es decir, su funcionalidad respecto del sistema competitivo que la ley quiere promover y la racionalidad sistemática de la regulación de la imitación, es decir, su congruencia con las valoraciones legales del derecho de la competencia y sectores vecinos. Son estas dos preocupaciones las que alumbran constantemente todo el camino de la investigación. Racionalidad económica y racionalidad sistemática son las lentes con las que se ayuda para obtener un resultado satisfactorio a la demanda que se ha planteado: ¿conviene establecer un derecho a imitar?

Hay que resaltar la primera conclusión que el autor obtiene en este estudio: la imitación no desincentiva la inversión en innovación, puesto que la amortización de costes e incluso la obtención de beneficios casi siempre es posible gracias a los mecanismos que el propio mercado provee y que configuran su autoeficiencia, como son los retrasos normales en la imitación, ventajas competitivas del pionero, las barreras de entrada y de salida y movilidad del mercado. Pero además, en contra de lo que pudiera parecer, la imitación estimula la innovación debido al carácter acumulativo y autogenerativo de la tecnología.

El problema de la prohibición de la imitación que comporta un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 LCD *in fine*) se resuelve defendiendo, siempre desde la perspectiva económica y sistemática, la necesidad de restringir la interpretación de este veto legal únicamente a la

imitación por reproducción. Los argumentos tradicionalmente esgrimidos para fundamentar la deslealtad de la imitación eran la explotación de valores ajenos: el esfuerso y la reputación de otros. Sin embargo estos fundamentos deben considerarse insuficientes, además de estar lastrados por los tópicos sobre la imitación y por resabios del modelo corporativista de la disciplina de la competencia desleal (capítulo primero).

En el capítulo segundo se aborda el problema de la imitación desleal por obstaculización. Para el autor la única justificación racional para afirmar la deslealtad de la imitación es la obstruccionista. La prohibición de este tipo de imitaciones cuadra perfectamente con los objetivos que persigue la LCD tendentes a establecer las condiciones que posibiliten el surgimiento de una estructura de mercado que favorezca la inversión en investigación y desarrollo (I+D). Para alcanzar este objetivo resulta imprescindible la represión de la estrategia imitatoria continuada de *fast second* de las grandes empresas sobre las iniciativas de las de menor tamaño (táctica que consiste en que la gran empresa espera tranquilamente a que los competidores de menor tamaño y con menos recursos innoven e imitarles rápidamente). La prohibición es una regla eficiente para evitar que las pequeñas empresas se vean desencorajadas a la hora de invertir en I+D porque las grandes imitan sistemáticamente sus prestaciones e iniciativas que impiden su asentamiento en el mercado o el aumento de su cuota de mercado.

Los capítulos tercero y cuarto analizan detalladamente los aspectos problemáticos de la imitación confusoria (arts. 6 y 11.2 LCD). La confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia última del producto o servicio que se ofrece en el mercado. Este modo de imitación desleal, a juicio del autor, debe prohibirse porque es fuente de ineficiencias, porque perturba el funcionamiento competitivo del mercado que sólo puede funcionar si las ofertas están debidamente diferenciadas. El análisis de esta figura se aborda delimitando los dos tipos distintos de imitación por confusión que regula la LCD. La imitación de creaciones formales (signos distintivos) y de las creaciones materiales (innovaciones técnicas y estéticas).

En el último capítulo se abarca la cuestión de la imitación desleal por aprovechamiento de la reputación ajena. En principio debe juzgarse positivamente, desde el plano económico, la protección jurídica de la reputación, pero en su diseño debe tenerse en cuenta que la posesión de buena fama no excluye por completo la posibilidad de comportamientos oportunistas, es decir, que se engañe al consumidor mediante una alteración de la calidad de los productos o servicios ofrecidos. Además, la protección de la buena reputación no debe comportar el cierre del mercado a la entrada de nuevos competidores.

Hay que compartir necesariamente con el prof. Paz-Ares, prologuista de este libro y maestro de su autor, la opinión de que Portellano Díez ha sabido aunar en esta obra, con inteligencia y eficacia dos tradiciones culturales tan distintas como distantes —la procedente del *law & economics* y la procedente de la *Wertungsjurisprudenz*. El resultado final es una obra científica que, como todas las que verdaderamente merecen este nombre, es sugerente y cautivadora.